

I PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI
L'EUROPEIZZAZIONE, L'INTERNAZIONALIZZAZIONE

E

LA DISCIPLINA DEI PROCEDIMENTI "GENERALI" DELLA REGOLAZIONE

Mario Savino e Giulio Vesperini

SOMMARIO: Premessa. – PARTE I: L'EUROPEIZZAZIONE E L'INTERNAZIONALIZZAZIONE DEI PROCEDIMENTI.

– 1. Il superamento del principio di esclusività statale nella sfera esecutiva: vincoli europei e globali per le amministrazioni nazionali. – 2. La conformazione europea dei procedimenti nazionali. – 2.1. La trasparenza. – 2.2. La partecipazione. – 2.3. La motivazione. – 3. La conformazione globale dei procedimenti nazionali. – 3.1. La trasparenza. – 3.2. La partecipazione. – 3.3. La motivazione. – 4. Conclusioni. – PARTE II: LA DISCIPLINA DEI PROCEDIMENTI "GENERALI" DELLA REGOLAZIONE. – 1. Nozioni e problemi. – 1.1. Gli atti e i procedimenti amministrativi generali. – 1.2. La nozione di regolazione. – 1.3. Il problema dei procedimenti "generali" davanti alle autorità di regolazione. – 2. La disciplina di rango legislativo. – 2.1. Le norme generali. – 2.2. Le norme di settore. – 3. Le norme di auto-disciplina delle autorità di regolazione. – 3.1. Nei settori di servizio pubblico. – 3.2. Nei mercati finanziari. – 4. Le ragioni di inadeguatezza della disciplina attuale. – 4.1. La tutela dei privati. – 4.2. La riconduzione delle amministrazioni non indipendenti al modello regolatorio. – 4.3. L'osservanza dei vincoli europei e globali. – RACCOMANDAZIONI FINALI.

Premessa

Lo studio dei procedimenti amministrativi è stato tradizionalmente accompagnato e condizionato, per un verso, da una pressoché esclusiva attenzione al diritto interno, di matrice statale; per l'altro, da un prevalente interesse per l'attività autoritativa e di prestazione delle amministrazioni nazionali.

Le ragioni di questo duplice orientamento degli studi in materia sono facilmente individuabili. Da un lato, la disciplina dell'attività amministrativa è stata sempre appannaggio dello Stato (e, al limite, delle sue articolazioni interne). L'impossibilità per le fonti ultra-statali di raggiungere la sfera amministrativa domestica era – e, in parte, è tuttora – considerata un inevitabile riflesso interno della sovranità statale. Dall'altro, la particolare rilevanza della dialettica tra autorità e libertà ha a lungo sorretto lo sviluppo del diritto amministrativo interno, e perciò non sorprende che la cultura amministrativa

abbia manifestato una maggiore sensibilità verso le strutture amministrative dotate di poteri autoritativi e di erogazione.

La recente emersione di un diritto amministrativo europeo e globale, da un lato, e della funzione di regolazione, dall'altro, giustifica la scelta, qui operata, di focalizzare l'attenzione su due dei versanti che l'approccio tradizionale ha lasciato maggiormente in ombra: l'«europeizzazione» ed «internazionalizzazione» dei procedimenti amministrativi nazionali, e la disciplina dei procedimenti generali in materia di regolazione.

Questa scelta è indotta dalla esigenza di tener conto degli spunti forniti dalla scienza amministrativistica più attenta alle nuove tendenze. Sotto il primo profilo, si tratta di «aggiornare» la visione dei procedimenti come oggetto di una disciplina esclusivamente nazionale. Come si vedrà, un numero crescente di norme e principi si impongono “dall'alto” alle amministrazioni nazionali, condizionandone l'attività. Sotto il secondo profilo, diverse sono le voci che sottolineano l'urgenza di una più adeguata disciplina dei procedimenti in materia di regolazione, ed in particolare di quelli a carattere generali, di cui la legge sul procedimento – si allude, ovviamente, alla l. 7 agosto 1990, n. 241 – si disinteressa. A questi due temi, dunque, sono dedicate le due parti che compongono il presente lavoro.

PARTE I: L'EUROPEIZZAZIONE E L'INTERNAZIONALIZZAZIONE DEI PROCEDIMENTI

1. Il superamento del principio di esclusività statale nella sfera esecutiva: vincoli europei e globali per le amministrazioni nazionali

Ancora alcuni anni fa, si dubitava dell'esistenza di un diritto amministrativo oltre lo Stato, perché si riteneva che esso fosse senza oggetto¹. Questa convinzione era fondata su un duplice assunto: che la Comunità europea e le organizzazioni internazionali in generale non avessero una propria *street-corner administration*, ma si limitassero, secondo il modello dell'esecuzione indiretta, a «far fare»; che la disciplina delle amministrazioni domestiche fosse dettata esclusivamente dai diritti interni. Questa impostazione, tuttora prevalente in molte organizzazioni, risponde all'esigenza di

¹ Per tutti, M.S. Giannini, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, (1967), ora in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003, p. 982 ss.

preservare la sovranità statale nella sfera amministrativa (c.d. autonomia istituzionale degli Stati)². Per questo, di regola, le organizzazioni internazionali prendono decisioni che non eseguono direttamente, lasciando, piuttosto, che siano le amministrazioni domestiche a provvedere all'attuazione.

L'autonomia amministrativa degli Stati membri ha subito, nel corso degli anni, una progressiva erosione, a causa della crescente ingerenza dei poteri europei e globali nella sfera dell'esecuzione. I due assunti sopra menzionati hanno, perciò, iniziato a vacillare.

Il primo – secondo cui il potere esecutivo, a livello europeo e globale, non esisterebbe o sarebbe programmaticamente ridotto ai compiti di gestione interna – è stato smentito da un duplice sviluppo. Da un lato, la Commissione europea e numerose altre istituzioni internazionali hanno cominciato ad esercitare rilevanti compiti di esecuzione diretta. Dall'altro, sono emersi modi di esecuzione più complessi, studiati con maggiore cura in riferimento alla dimensione europea (si allude alla coamministrazione³, al concerto europeo dei regolatori⁴, all'integrazione decentrata⁵), che sfuggono all'alternativa tra esecuzione indiretta e diretta, e che assegnano ad entità amministrative sopranazionali importanti compiti di attuazione.

Ancora più interessante – nella prospettiva di questa indagine – è il superamento del secondo assunto tradizionale, secondo cui le amministrazioni nazionali sarebbero regolate esclusivamente dai diritti amministrativi nazionali. Sono ormai molteplici le norme dell'Unione europea, dell'Organizzazione mondiale del commercio e di altre organizzazioni internazionali che definiscono le funzioni degli apparati amministrativi nazionali, individuano il disegno strutturale di certi uffici statali, o dettano le regole procedurali che questi debbono seguire. Ciò accade, ad esempio, per la disciplina dei compiti di natura regolatoria che nascono dalla progressiva liberalizzazione dei servizi

² Sul principio dell'autonomia istituzionale degli Stati membri dell'Unione europea, L.M. Díez-Picazo, *What does it mean to be a State within the European Union?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico*, 2002, p. 655 ss. Per la sua specificazione in riferimento alla sfera amministrativa, H. Oberdoff, *Une Communauté administrative pour l'Europe ou l'administration en réseau*, in *Revue politiques et management public*, 1997, vol. 15, n. 3, p. 8, e S. Kadelbach, *European Administrative Law and the Law of a Europeanized Administration*, in C. Joerges e R. Dehousse (eds.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, cit., p. 169 ss.

³ C. Franchini, *Amministrazione italiana e amministrazioni comunitarie. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, Cedam, 1993.

⁴ S. Cassese, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, cit.

⁵ E. Chiti, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, Cedam, 2002.

pubblici⁶. Il legislatore ultra-statale non si limita, in tali casi, a stabilire il principio o precetto giuridico da far applicare, ma disciplina direttamente le funzioni, l'organizzazione e le procedure delle amministrazioni domestiche, sostituendosi al legislatore nazionale e comprimendo l'autonomia amministrativa degli Stati.

Si assiste, in tali ipotesi, ad una vera e propria conformazione, comunitaria o globale, del diritto amministrativo nazionale⁷, che dimostra come un diritto amministrativo oltre lo Stato esista ed abbia un suo oggetto ben definito. Quel diritto consiste dei principi e delle norme che regolano non solo gli apparati burocratici dell'Unione europea e delle altre organizzazioni internazionali, ma anche le amministrazioni nazionali, chiamate ad agire come terminali esecutivi di ordinamenti compositi regionali e globali.

Obiettivo della prima parte del presente lavoro è evidenziare l'indebolimento dell'autonomia amministrativa statale sotto un profilo specifico: quello che attiene alla disciplina dei procedimenti amministrativi nazionali. Si analizza, in particolare, il crescente rilievo dei principi comunitari e globali in relazione agli istituti di partecipazione, trasparenza e motivazione. La finalità complessiva è verificare quali vincoli procedurali siano imposti alle autorità domestiche dal diritto amministrativo di fonte ultra-statale.

2. La conformazione europea dei procedimenti nazionali

Il problema della differenziazione regolatoria, come possibile ostacolo al corretto funzionamento del mercato comune, è affrontato dalle istituzioni europee ricorrendo a

⁶ Ancora una volta, il fenomeno è stato studiato in misura prevalenza in relazione al processo di integrazione europea. Qui, la disciplina organizzativa dell'amministrazione nazionale incaricata dell'esecuzione resta di competenza interna, la disciplina delle funzioni è dettata da fonti comunitarie, secondo un modello analogo a quello dell'autarchia. La rilevazione di questo fenomeno ha indotto a qualificare le autorità amministrative indipendenti «enti autarchici comunitari» (in proposito, F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Mulino, 2000, p. 75 s., Id., *Stato e mercato: convergenze e divergenze nei diritti amministrativi in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2000, n. 3, p. 511, e Id., *Le autorità indipendenti fra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in Id., *Le leggi del mercato*, Bologna, Mulino, 2002, p. 97). Non mancano, tuttavia regole internazionali volte a disciplinare profili dell'attività delle autorità nazionali di regolazione: come si vedrà, sono state emanate in sede Gats norme in materia di servizi di telecomunicazione.

⁷ L'espressione è di S. Cassese, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, p. 93. Sul tema qui affrontato, si vedano gli scritti raccolti in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, a cura di S. Cassese e F. Bignami, Milano, Giuffrè, 2004.

diverse tecniche. Le più note sono l'armonizzazione e il mutuo riconoscimento o principio di equivalenza.

La Comunità si avvale, però, anche di altre tecniche complementari. Una di esse è l'«europeizzazione» dei principi del procedimento amministrativo: istituti procedurali tratti da taluni diritti amministrativi vengono estesi a tutti gli Stati, in modo da consentire loro di conservare regole diversificate, ma imponendone una applicazione aperta alla partecipazione degli interessati e non discriminatoria. Uno dei fini della conformazione comunitaria dei procedimenti nazionali è, infatti, quello di evitare che gli Stati membri si avvalgano dei loro poteri amministrativi per favorire le imprese domestiche.

Ciò spiega perché la piena realizzazione del mercato comune abbia determinato l'introduzione di un numero considerevole di disposizioni che interessano le garanzie di legalità ed imparzialità connesse ai procedimenti amministrativi nazionali. Si tratta, come si vedrà, per lo più di norme settoriali, volte a dare attuazione a norme del Trattato o a formalizzare principi emersi nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Di seguito, l'attenzione è rivolta, in particolare, ai principi procedurali di trasparenza, partecipazione e motivazione.

2.1. La trasparenza

Il principio di trasparenza, inteso come diritto d'accesso ai documenti amministrativi, è disciplinato dal diritto europeo solo in riferimento alle istituzioni comunitarie. Il principio è sancito dall'art. 255 Tr. Ce, secondo cui «qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione». La disciplina analitica è dettata dal regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1049/2001, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, e dai regolamenti interni delle istituzioni comunitarie.

Non vi sono, invece, norme comunitarie di carattere generale che si occupino della trasparenza in generale, o del diritto d'accesso in particolare, in riferimento all'attività amministrativa nazionale: tali aspetti sono comprensibilmente rimessi ai diritti interni.

Non mancano, tuttavia, nel diritto europeo di settore, regole tese ad ampliare il grado di trasparenza dell'azione amministrativa domestica.

Un esempio del tipo di vincoli comunitari esistenti in materia è desumibile dalla disciplina in materia di appalti. Nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/18/CE, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, la regola è quella della predeterminazione e della pubblicazione dei criteri di decisione. La procedura di selezione del contraente deve essere preceduta da un bando pubblicato sulla Gazzetta dell'Unione europea, in cui siano indicati i criteri di aggiudicazione e le altre informazioni utili per i partecipanti. In particolare, il capo IV, recante disposizioni in materia di pubblicità e di trasparenza dirette alle amministrazioni aggiudicatrici, disciplina analiticamente il contenuto dei bandi ed avvisi (art. 35), le modalità di pubblicazione degli stessi (art. 36), i casi di pubblicazione non obbligatoria (art. 37), le modalità d'accesso ai capitolati d'oneri e alle informazioni complementari nelle procedure aperte (art. 39), il contenuto e mezzi di trasmissione delle informazioni (art. 40 e 41), i mezzi e le modalità per effettuare le comunicazioni rilevanti (art. 42).

Un altro esempio è desumibile dal regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2006/2004, del 27 ottobre 2004, in materia di cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori. Tale disciplina impone agli Stati membri non solo di designare le autorità competenti e l'ufficio unico di collegamento responsabili dell'applicazione della normativa comunitaria, ma anche di provvedere affinché le autorità nazionali responsabili pubblichino, laddove opportuno, le decisioni riguardanti le infrazioni, rendano pubblici i diritti e le responsabilità loro conferiti e designino i funzionari competenti⁸.

Un trattamento analogo è previsto anche rispetto alle funzioni di regolazione dell'economia, specie quando, a fronte della necessità di contingentare il numero di operatori, il diritto comunitario richiede l'adozione di procedure ad evidenza pubblica. Questa soluzione si rinviene nel caso dell'assegnazione dei diritti d'uso sulle frequenze radio, ove si stabilisce che, qualora le frequenze siano disponibili in misura scarsa, gli Stati membri pubblichino «qualsiasi decisione di concedere solo un numero limitato di

⁸ Art. 4, co. 1, co. 5, lett. f), e co. 8, reg. n. 2006/2004.

diritti d'uso, indicandone le ragioni» e ne effettuino l'assegnazione «in base a criteri di selezione obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori»⁹.

Talora, la definizione dei criteri di rilascio dei titoli autorizzatori è rimessa dalle norme comunitarie alle autorità nazionali. In tali circostanze, quelle stesse norme esigono che i criteri siano «oggettivi e trasparenti»¹⁰, che cioè rappresentino vincoli sostanziali alla discrezionalità delle autorità nazionali e siano conoscibili in anticipo dalle imprese interessate. Vi sono svariati ambiti, nei quali questa soluzione viene adottata. Ciò accade, ad esempio, in materia di licenze ferroviarie, ove si prevede che le procedure di rilascio siano rese pubbliche dallo Stato membro interessato, che ne informa anche la Commissione¹¹; o anche in tema di energia e gas, ove è espressamente statuito l'obbligo di pubblicazione dei «criteri e delle procedure di autorizzazione»¹².

2.2. La partecipazione

La partecipazione dei privati ai procedimenti amministrativi non costituisce un principio generale del diritto europeo. Né nella giurisprudenza della Corte di giustizia, né nella normativa comunitaria si rinvencono affermazioni in tal senso. Tuttavia, non mancano casi in cui il diritto di partecipazione è espressamente riconosciuto ed il corrispondente obbligo imposto da fonti comunitarie alle amministrazioni nazionali. E' opportuno, per chiarezza espositiva, distinguere tra procedimenti di carattere individuale e procedimenti di carattere generale.

Per quanto riguarda i primi, solo di rado il diritto comunitario disciplina la partecipazione a fini di difesa nei confronti di misura nazionali che possano condurre a conseguenze sfavorevoli per il destinatario. Nelle comunicazioni elettroniche, ad esempio, la partecipazione del privato, nella forma della contestazione degli addebiti e

⁹ Art. 7, co. 1, lett. c e co. 4, direttiva 2002/20/Ce.

¹⁰ V. le direttive 97/67/Ce, art. 9, par. 3, sulle licenze per i servizi postali; 2002/20/Ce, art. 6, par. 1, sulle autorizzazioni generali nei servizi di comunicazione elettronica; 2003/54/Ce, art. 6, par. 1, sulla costruzione di nuovi impianti di generazione elettrica. Uno schema assai più dettagliato della procedura di rilascio, anche per la parte relativa alla definizione e alla pubblicazione dei criteri, si trovava nella direttiva 1997/13/Ce, poi abrogata dalla direttiva 2002/20/Ce, di disciplina delle licenze e delle autorizzazioni generali. A ben vedere, tuttavia, la maggiore stringenza della disciplina comunitaria era bilanciata dalla più ampia discrezionalità su alcune scelte di fondo che le direttive sulle telecomunicazioni di c.d. "prima generazione" riconosceva agli Stati membri.

¹¹ Art. 15, co. 1, dir. 95/18/Ce.

¹² Art. 6, co. 4, dir. 2003/54/Ce, e art. 4, co. 2, dir. 2003/55/Ce.

della facoltà di presentare osservazioni, è imposta solo nell'ipotesi estrema in cui venga instaurato un procedimento di revoca di un titolo autorizzatorio¹³.

La Comunità può contare, in effetti, su un livello già elevato di tutela, fornito dagli ordinamenti nazionali rispetto alle decisioni afflittive. Anche per questo, la giurisprudenza comunitaria predilige una interpretazione funzionale della consultazione del privato, che viene imposta quando risulti necessaria all'amministrazione per decidere meglio. Talune decisioni della Corte di giustizia depongono appunto in tal senso.

Nella pronuncia *Technische Universität München*, ad esempio, la Corte di giustizia invalida una decisione amministrativa della Commissione, tra l'altro, per il mancato riconoscimento all'interessato dell'opportunità di essere ascoltato. La normativa comunitaria non prevedeva la possibilità per l'interessato di esser sentito; tuttavia – ad avviso della Corte – la Commissione avrebbe dovuto comunque consentire all'interessato di far conoscere la sua opinione, specie nell'ambito di procedimenti nei quali esso sia in possesso di conoscenze rilevanti¹⁴.

Un secondo gruppo di ipotesi nelle quali la consultazione dei privati è disposta dal diritto comunitario come obbligo gravante sull'amministrazione nazionale riguarda i procedimenti volti all'emanazione di atti di carattere generale. Nella giurisprudenza comunitaria non sono rinvenibili casi in cui si affermi un diritto di partecipazione ai procedimenti generali dinanzi agli organi comunitari¹⁵. Viceversa, figurano alcune norme e controversie nelle quali è sancita l'esistenza di un diritto a partecipare ai procedimenti dinanzi alle amministrazioni nazionali.

In particolare, la normazione comunitaria contiene numerosi richiami ai principi di partecipazione nei procedimenti di regolazione che si concludono con misure di applicazione generale. Un esempio è desumibile dalla disciplina delle comunicazioni elettroniche, che prevede la consultazione delle parti interessate in merito ai progetti di

¹³ Direttiva 2002/20/Ce, art. 10, par. 2. Tale disciplina, inoltre, ammette una forma particolare di "difesa" nel procedimento, che consiste nella rimozione spontanea della violazione da parte dell'impresa interessata.

¹⁴ Causa C-269/90, *Technische Universität München*, 21 novembre 1991, par. 23-25.

¹⁵ In generale, sulla consultazione del pubblico da parte della Commissione, si veda la Comunicazione della Commissione *Towards a reinforced culture of consultation and dialogue – General principles and minimum standards for consultation of interested parties by the Commission*, del 11 dicembre 2002, COM (2002) 704 final.

misure di regolazione che producano un «impatto rilevante» sui mercati¹⁶, oppure in merito agli atti di limitazione quantitativa dei diritti d'uso delle frequenze radio, per la cui adozione l'amministrazione deve prima concedere «a tutte le parti interessate, compresi gli utenti e i consumatori, l'opportunità di esprimere la loro posizione»¹⁷. Casi analoghi si riscontrano in materia di definizione di *standards* tecnici, ove il diritto comunitario impone agli Stati membri di far sì che i loro organismi di normalizzazione rendano pubblici i progetti di norme «in modo da consentire la presentazione di osservazioni da parte di soggetti stabiliti in altri Stati membri»¹⁸.

La partecipazione del pubblico dinanzi alle amministrazioni domestiche è contemplata dal diritto comunitario anche al di fuori della regolazione economica. Si consideri la direttiva CE 2003/87 del 25 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra nella Comunità europea. Essa disciplina la procedura statale prevedendo una doppia consultazione. Nella fase iniziale di elaborazione del piano nazionale, che determina le quote totali di emissioni da assegnare nel triennio e definisce le modalità di tale assegnazione, ciascuno Stato è obbligato a tenere «nella dovuta considerazione le osservazioni del pubblico»¹⁹. La Commissione europea può respingere il piano nazionale in tutto o in parte. Lo Stato, accettate le eventuali modifiche richieste dalla Commissione, assume una decisione in merito alle quote totali di emissione che assegnerà nel triennio e in merito all'assegnazione di aliquote al gestore di ciascun impianto. Anche questa seconda decisione è presa sulla base del piano nazionale di assegnazione «tenendo nella dovuta considerazione le osservazioni del pubblico»²⁰. Inoltre, l'allegato III della direttiva stabilisce che il piano nazionale debba prevedere «disposizioni riguardanti le osservazioni che il pubblico può presentare e contiene informazioni sulle modalità con le quali si terrà conto delle suddette osservazioni prima di adottare una decisione in materia di assegnazione delle quote»²¹.

Il modello che emerge dalla normativa sovranazionale rievoca l'istituto *notice and comment* di derivazione statunitense, che prevede, per l'appunto, la pubblicazione di un

¹⁶ Direttiva 2002/21/CE, art. 6.

¹⁷ Direttiva 2002/20/CE, art. 7, comma 1, lett. b).

¹⁸ Direttiva 98/34/CE, art. 4, par. 1.

¹⁹ Art. 9, co. 1, direttiva CE 2003/87.

²⁰ Art. 11, co. 1, direttiva CE 2003/87.

²¹ Punto 9, All. III, direttiva CE 2003/87.

progetto di decisione, la possibilità per le parti interessate di esprimere le loro osservazioni entro un termine e l'obbligo per l'amministrazione procedente di tenerne conto nell'assumere la decisione finale²².

Coerente con questi sviluppi è il *favor* di recente manifestato dai giudici comunitari per un effettivo coinvolgimento dei cittadini nella sfera decisionale. Ad esempio, nella pronuncia *Regno Unito e Irlanda del Nord c. Commissione* del novembre 2005, riguardante la consultazione del pubblico disciplinata dalla direttiva 2003/87/Ce testè menzionata, il Tribunale di primo grado delle Comunità europee ha chiarito: a) che ciascuno Stato membro è obbligato a prendere in considerazione le osservazioni formulate dal pubblico dopo la notifica iniziale del piano e prima dell'adozione della decisione definitiva; b) che la consultazione sarebbe inutile, e le osservazioni del pubblico puramente teoriche, se l'amministrazione nazionale, acquisite tali osservazioni, potesse apportare modifiche solo marginali al piano²³.

Simili pronunce lasciano intravedere un nuovo corso della giurisprudenza comunitaria. Finora, come si è visto, ha nettamente prevalso l'orientamento che intendeva la partecipazione come strumento efficientistico e collaborativo. Viceversa, nella sentenza *Regno Unito e Irlanda del Nord c. Commissione*, la consultazione dei privati sembra assumere una finalità più schiettamente democratica, di coinvolgimento effettivo della collettività nell'assunzione di decisioni pubbliche²⁴.

I giudici comunitari sembrano, così, familiarizzare con l'idea che la consultazione dei privati debba essere prevista non solo se e nella misura in cui possa giovare alla piena conoscenza dei fatti che l'amministrazione deve porre a fondamento della propria decisione, ma anche come manifestazione di democrazia procedimentale. Si tratta di un importante passo avanti, che instrada la giurisprudenza comunitaria verso il pieno riconoscimento della partecipazione dei privati al procedimento amministrativo come principio generale.

²² Cfr. *Federal administrative procedure act*, § 503 ss. Sul modello di *notice and comment* e sul suo possibile impiego nel diritto comunitario, si vedano F. Bignami, *The Democratic Deficit in European Community Rulemaking: A Call for Notice and Comment in Comitology*, in *Harvard International Law Journal*, 1999, vol. 40, p. 451 ss., e G.J. Edles, *Developing a European administrative law tradition: the model of the US administrative procedure act*, in *European public law*, 2000, 543 e 556 ss.

²³ Causa T-178/05, *Regno Unito e Irlanda del Nord c. Commissione*, 23 novembre 2005.

²⁴ Sulle diverse finalità della partecipazione dei privati al procedimento amministrativo, si veda, per tutti, S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo. Un'analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1971, 25 ss., ove si distingue tra le funzioni di collaborazione, partecipazione democratica e difesa.

2.3. La motivazione

L'art. 253 Tr. Ce stabilisce l'esistenza di un obbligo generale di motivazione di tutti gli atti delle istituzioni europee, mentre nulla dice – com'è inevitabile – circa la motivazione degli atti nazionali adottati in attuazione del diritto comunitario. Esistono, tuttavia, previsioni comunitarie, contenute nelle discipline di settore, che estendono l'obbligo anche all'attività amministrativa nazionale.

Nella maggior parte dei casi, la motivazione è imposta a fini di difesa del destinatario dell'atto amministrativo. Così accade in materia di energia e gas, ove si prevede che i motivi del rifiuto debbano essere «obiettivi e non discriminatori, debitamente fondati e adeguatamente documentati» e debbano essere «comunicati al richiedente»²⁵. Previsioni di questo tipo si rinvencono, nel diritto derivato, anche in altre ipotesi di diniego di provvedimenti autorizzatori. In tali casi, il vincolo gravante sulle autorità domestiche è precisato in modo circostanziato ed in stretta connessione con il diritto a ricorrere dinanzi ad un giudice.

Anche quando le norme comunitarie impongono alle autorità nazionali di motivare i provvedimenti di tipo sanzionatorio, il fine di difesa appare prevalente. La direttiva del Consiglio 93/22/CEE, del 10 maggio 1993, relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari stabilisce, ad esempio, che «qualsiasi misura [...] che comporti sanzioni o restrizioni per le attività dell'impresa d'investimento deve essere debitamente motivata e comunicata all'impresa d'investimento interessata. Ciascuna di tali misure è impugnabile in sede giurisdizionale nello Stato membro in cui è stata presa»²⁶.

In simili ipotesi, l'obbligo di motivazione stabilito a livello comunitario assume, oltre al fine di difesa del destinatario del provvedimento, anche un obiettivo ulteriore, cioè quello di far emergere le eventuali azioni discriminatorie delle autorità di uno Stato membro nei confronti di imprese straniere. Il vincolo comunitario riguardante l'obbligo di motivazione persegue, perciò, principalmente l'obiettivo di rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione di beni e servizi, ed è per questo che i vincoli comunitari si aggiungono a quelli già previsti a livello domestico.

In altre ipotesi, poi, come quella riguardante il riconoscimento dei titoli professionali, l'obbligo di motivazione ha un'estensione più ampia. La direttiva

²⁵ Art. 6, co. 4, dir. 2003/54/Ce e art. 4, co. 3, dir. 2003/55/Ce.

²⁶ Art. 22, co. 6, dir. 2002/12/Ce, e art. 19, co. 7, dir. 93/22/Ce.

2005/36/Ce stabilisce l'obbligo di motivare non solo gli atti di diniego, ma anche gli atti di accoglimento del riconoscimento (art. 21, co. 6). Può osservarsi come in tale ambito, la motivazione serva non solo a tutelare gli interessi del richiedente (nell'ipotesi di provvedimento negativo), ma anche – nell'ipotesi di provvedimento favorevole – quelli della collettività, che ha interesse ad una effettiva valutazione degli standard minimi richiesti dal diritto comunitario per l'esercizio di determinate attività.

Infine, in relazione ai provvedimenti nazionali che limitano o restringono il commercio intracomunitario, l'obbligo di motivare è imposto in termini particolarmente rigorosi, sia a garanzia dei soggetti lesi, sia, presumibilmente, per agevolare il controllo sul pieno rispetto del diritto comunitario da parte degli organi comunitari. Una disciplina particolarmente incisiva si rinviene in materia di dispositivi medici. Vi si prevede, infatti, che ogni decisione di diniego, limitazione o ritiro dell'immissione in commercio debba essere «motivata in maniera particolareggiata» e «notificata all'interessato al più presto, indicandogli i ricorsi ammessi dal diritto nazionale vigente nello Stato membro in questione e i termini entro i quali gli stessi devono essere presentati»²⁷. L'obbligo di motivazione, in tali casi, serve ad esplicitare le ragioni della deroga e, essendo spesso accompagnato da obblighi di comunicazione alla Commissione e alle autorità degli altri Stati membri, può valere sia in vista del ricorso ai rimedi giurisdizionali sia in funzione dei poteri di controllo e di vigilanza degli organi comunitari.

3. La conformazione globale dei procedimenti nazionali

L'imposizione di vincoli globali alle amministrazioni nazionali è un fenomeno recente, che ha preso avvio da circa un decennio ed è stato rilevato dagli studiosi del diritto amministrativo nell'ultimo lustro²⁸. Si tratta di un fenomeno non nuovo per gli ordinamenti europei, già abituati ad una crescente ingerenza del diritto comunitario nella sfera dell'attività amministrativa domestica. Anche in riferimento ai vincoli globali, l'analisi si concentra sui tre istituti già esaminati in relazione all'Unione europea, cioè la trasparenza, la partecipazione e la motivazione.

²⁷ Art. 19 della direttiva 93/42/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993.

²⁸ Al riguardo, R.B. Stewart, *U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?* e S. Cassese, *Global Standards for National Administrative Procedure*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, Summer/Autumn 2005, n. 3-4, *The Emergence of Global Administrative Law*, p. 63 e p. 109.

3.1. La trasparenza

In numerose norme internazionali, sono previsti, a carico delle amministrazioni nazionali, obblighi di trasparenza. Una delle formulazioni più analitiche ed incisive è contenuto nella *Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*, stipulata ad Århus, in Danimarca, il 25 giugno 1998.

L'art. 4 della Convenzione di Århus, espressamente dedicato all'accesso alle informazioni ambientali, stabilisce, innanzi tutto, che le autorità nazionali «mettano a disposizione del pubblico le informazioni ambientali loro richieste, ivi compreso il rilascio [...] di copie dei documenti contenenti tali informazioni a) senza che il pubblico debba far valere un interesse al riguardo; b) nella forma richiesta, salvo qualora: i) l'autorità abbia validi motivi per renderle accessibili in altra forma, nel qual caso tali motivi devono essere specificati; o ii) le informazioni siano già pubblicamente disponibili in altra forma» (co. 1).

Inoltre, la medesima disposizione disciplina il termine entro il quale le informazioni ambientali devono essere messe a disposizione del pubblico (con obbligo di informare il richiedente circa le eventuali proroghe e i motivi che le giustificano: co. 2), elenca in modo tassativo le ipotesi nelle quali una richiesta di informazioni ambientali può essere respinta (co. 3 e 4), prevede che il diniego sia comunicato tempestivamente (entro un mese), in forma scritta e con adeguata motivazione (co. 7).

Infine, introduce un principio di cooperazione amministrativa a fini di trasparenza, stabilendo che, «qualora non disponga delle informazioni ambientali richieste», l'amministrazione indichi al richiedente l'altra autorità pubblica alla quale rivolgersi per ottenere informazioni, oppure essa stessa «inoltra la richiesta a tale autorità informandone il richiedente» (co. 5).

Come si vede, la disciplina in materia appare, sotto diversi profili, più avanzata della disciplina italiana sull'accesso ai documenti amministrativi contenuta nella l. n. 241/1990. Gli obblighi di trasparenza sono imposti alle amministrazioni domestiche non tanto per facilitare il controllo esterno da parte di altri Stati o organismi internazionali, ma esplicitamente per fini di tutela dei cittadini.

Una impostazione diversa, molto più diffusa a livello internazionale, si ricava dagli

articoli III e III bis del *General Agreement on Trade in Services* (Gats). Tali disposizioni fanno riferimento ai provvedimenti normativi o amministrativi di carattere generale, ed impongono agli Stati membri la tempestiva pubblicazione (art. III:1), una serie di eccezioni legate alla necessità di non divulgare informazioni confidenziali (art. III bis), ed obblighi di informativa verso il Council for Trade in Services e verso gli altri Stati, anche mediante la costituzione di *enquiry points* (art. III:3 e 4).

Una specificazione di questa disciplina si rinviene nel *Reference paper on telecommunications*, stipulato in sede WTO. In base alla disposizione relativa all'amministrazione degli obblighi di servizio universale, «*Any Member has the right to define the kind of universal service obligation it wishes to maintain. Such obligations will not be regarded as anti-competitive per se, provided they are administered in a transparent, non-discriminatory and competitively neutral manner and are not more burdensome than necessary for the kind of universal service defined by the Member*». Da un lato, tale previsione preserva l'autonomia agli Stati membri sul piano dei contenuti della normativa interna. Dall'altra, però, più stringenti sono i vincoli gravanti sull'attuazione di quelle normative generali. L'attività amministrativa deve ispirarsi, infatti, a principi di trasparenza, non discriminazione e neutralità competitiva. Per ciò che attiene, in particolare, alla trasparenza, i relativi obblighi investono sia la conoscibilità delle normative nazionali applicabili, sia le circostanze di fatto rilevanti (devono essere noti i sussidi assegnati al soggetto obbligato e gli effettivi oneri sostenuti). Vincoli corrispondenti sono imposti dal *Reference Paper* anche rispetto ad altri ambiti di disciplina delle telecomunicazioni, come in tema di procedure nazionali dirette a distribuire risorse scarse²⁹.

A differenza della disciplina introdotta dalla Convenzione di Århus, quella qui esaminata pone obblighi di trasparenza a tutela di soggetti istituzionali (altri Stati membri o organi WTO), piuttosto che di privati. Il fine principale è, infatti, quello di controllare che le autorità nazionali non istituiscano, mediante prassi amministrative discriminatorie, ostacoli aggiuntivi al commercio internazionale.

Tuttavia, ritenere che tale disciplina non tuteli anche (sia pure in via secondaria) gli

²⁹ Ai sensi dell'art. 6, Reference Paper, «*Any procedures for the allocation and use of scarce resources, including frequencies, numbers and rights of way, will be carried out in an objective, timely, transparent and non-discriminatory manner. The current state of allocated frequency bands will be made publicly available, but detailed identification of frequencies allocated for specific government uses is not required*».

interessi privati sarebbe errato. Nel caso *European Communities – Anti Dumping Duties on Malleable Cast Iron Tube or Pipe Fittings from Brazil*, ad esempio, l'Appellate Body del WTO ha ritenuto che la Comunità europea, introducendo misure anti-dumping nei confronti di prodotti importati dal Brasile (ove l'unica impresa esportatrice è la Industria de Fundicao Tupy), ha violato le norme del Accordo Anti-dumping in materia di trasparenza³⁰. La Comunità europea avrebbe, infatti, negato alle parti interessate l'accesso, durante l'istruttoria, alle informazioni necessarie per la difesa dei loro interessi³¹. L'Appellate Body ha affermato che queste previsioni devono essere rispettate nel corso delle investigazioni anti-dumping e che esse implicano precisi obblighi a carico delle autorità nazionali: alle parti interessate devono essere fornite tutte le informazioni che siano rilevanti per la tutela dei loro interessi e non confidenziali³². In questo caso, sebbene solo gli Stati membri possano attivare il procedimento di risoluzione delle controversie in sede WTO, il riconoscimento del diritto di accesso ai documenti gioca a vantaggio di parti private: è l'impresa brasiliana Tupy il soggetto che trae vantaggio dalla piena opportunità di informazione per tutelare i propri interessi commerciali.

3.2. La partecipazione

Nell'ordinamento globale, la disciplina più avanzata in materia di partecipazione si ritrova, ancora una volta, nella Convenzione di Århus in materia ambientale. Gli atti ai quali tale disciplina si riferisce sono di tre tipi: decisioni relative ad attività specifiche, che possano avere effetti significativi sull'ambiente; piani e programmi; regolamenti attuativi o misure di applicazione generale.

Quanto ai primi, ossia alle autorizzazioni di attività specifiche con impatto ambientale, la partecipazione del pubblico è regolata in modo molto analitico. L'art. 6 della Convenzione prevede la comunicazione dell'avvio del procedimento e ne disciplina il contenuto³³. Inoltre, impone una partecipazione effettiva, richiedendo, da

³⁰ WT/DS219/R, 7 marzo 2003.

³¹ Ai sensi degli art. 6, co. 2 e 4, dell'Accordo Anti-dumping, «*Throughout the anti-dumping investigation all interested parties shall have a full opportunity for the defence of their interests*», e, conseguentemente, le autorità nazionali «*shall whenever practicable provide timely opportunities for all interested parties to see all information that is relevant to the presentation of their cases*».

³² AB Report, para. 145 e 147.

³³ In base all'art. 6, co. 2, della Convenzione, «Il pubblico interessato è informato nella fase iniziale del processo decisionale in materia ambientale in modo adeguato, tempestivo ed efficace, mediante

una parte, che siano stabiliti, nelle varie fasi della procedura, termini ragionevoli, al fine di informare il pubblico e consentirgli di prepararsi per partecipare in modo consapevole al processo decisionale (art. 6, co. 3); dall'altra, che «la partecipazione del pubblico avvenga in una fase iniziale, quando tutte le alternative sono ancora praticabili e tale partecipazione può avere un'influenza effettiva» (art. 6, co. 4). Infine, oltre a stabilire la possibilità di consultazione gratuita di tutti i documenti rilevanti, la disposizione menzionata definisce le modalità di partecipazione (memorie scritte, audizioni o indagini pubbliche) ed impone agli Stati di provvedere «affinché, al momento dell'adozione della decisione, si tenga adeguatamente conto dei risultati della partecipazione del pubblico» (art. 6, co. 8). Le stesse regole sono richiamate per garantire la partecipazione del pubblico al secondo gruppo di atti, cioè i piani e programmi (art. 7).

Per quanto concerne, infine, la partecipazione all'elaborazione di regolamenti di attuazione e misure di applicazione generale, la Convenzione utilizza formule che lasciano agli Stati membri più ampi margini di autonomia. Resta, in ogni caso, fermo l'obbligo di fissare termini sufficienti per consentire l'effettiva partecipazione; di pubblicare le proposte o renderle accessibili in altro modo; di consentire al pubblico di formulare osservazioni (direttamente o per il tramite di organi consultivi rappresentativi); ed di tener conto dei risultati della partecipazione nella misura più ampia possibile (art. 8).

Anche in ambito WTO, vi sono norme da cui derivano vincoli analoghi. Negli accordi su *Sanitary and Phytosanitary Measures* (SPS) e su *Technical Barriers to Trade* (TBT), ad esempio, sono contemplati l'obbligo di pubblicare e di notificare al Segretariato ogni nuova misura rilevante nella fase iniziale del processo decisionale, «*when amendments can still be introduced and comments taken into account*»; l'obbligo di concedere un tempo ragionevole agli altri Stati per presentare osservazioni; l'obbligo

pubblici avvisi o individualmente. Le informazioni riguardano in particolare: a) l'attività proposta e la richiesta su cui sarà presa una decisione; b) la natura delle eventuali decisioni o il progetto di decisione; c) l'autorità pubblica responsabile dell'adozione della decisione; d) la procedura prevista, ivi compresi (nella misura in cui tali informazioni possano essere fornite): i) la data di inizio della procedura; ii) le possibilità di partecipazione offerte al pubblico; iii) la data e il luogo delle audizioni pubbliche eventualmente previste; iv) l'indicazione dell'autorità pubblica cui è possibile rivolgersi per ottenere le pertinenti informazioni e presso la quale tali informazioni sono state depositate per consentirne l'esame da parte del pubblico; v) l'indicazione dell'autorità pubblica o di qualsiasi altro organo ufficiale cui possono essere rivolti osservazioni e quesiti nonché i termini per la loro presentazione; vi) l'indicazione delle informazioni ambientali disponibili sull'attività proposta; e) l'assoggettamento dell'attività in questione ad un procedura di valutazione dell'impatto ambientale a livello nazionale o transfrontaliero».

di tenere in conto, in sede di decisione, dei rilievi mossi e dei commenti acquisiti³⁴. Come nel caso della trasparenza, le norme WTO richiamate appaiono rivolte ad agevolare il controllo dei poteri nazionali e la partecipazione ai rispettivi procedimenti da parte di altri Stati e del WTO, più che dei cittadini. Un correttivo molto significativo è contenuto nell'Annex 3 dell'accordo TBT, ove si prevede una procedura parallela di partecipazione aperta ai singoli, siano essi operatori nazionali o imprese straniere³⁵.

Non mancano, poi, casi nei quali la partecipazione ai procedimenti amministrativi domestici figura non solo come istituto di diritto positivo, ma anche come principio emergente dell'ordinamento globale. Un esempio è fornito dal c.d. *Mumbai case*. Il Mumbai Urban Transport Project è un progetto di miglioramento del sistema di trasporti di Bombay (oggi ufficialmente Mumbai), in parte finanziato da due istituti finanziari della Banca mondiale: l'International Bank for Reconstruction and Development (IBRD) e l'International Development Association (IDA). Il progetto prevede la demolizione di numerose abitazioni e il trasferimento di 77 mila residenti in altre aree. I cittadini interessati hanno rivolto appello all'Inspection Panel della Banca Mondiale, organo istituito nel 1993 con il compito di esaminare le rimozioni dei cittadini che vivono in aree ove vengono realizzati i progetti finanziati dalla Banca Mondiale. Nel 2004, il Panel ha ricevuto dai cittadini di Mumbai e da organizzazioni non governative quattro richieste di avvio di indagini. A seguito di un'inchiesta interna e di una ispezione preliminare condotta nell'area interessata, il 3 settembre 2004 il Panel ha sottoposto al Board of the Executive Directors della Banca Mondiale un rapporto, richiedendo l'autorizzazione a svolgere indagini più approfondite. Tali indagini, approvate dal Board, sono esplicitamente dirette ad accertare se le autorità indiane responsabili dell'esecuzione del progetto abbiano rispettato, nella procedura decisionale

³⁴ Cfr., con formulazioni pressoché identiche, l'art. 2, co. 9 e ss., dell'accordo TBT, e l'art. 5, Annex B, dell'accordo SPS.

³⁵ Si veda l'Annex 3, dell'accordo TBT, recante *Code of Good Practice for the Preparation, Adoption and Application of Standards*. Le disposizioni da L a N così statuiscono: «Before adopting a standard, the standardizing body shall allow a period of at least 60 days for the submission of comments on the draft standard by interested parties within the territory of a Member of the WTO [...] Such notification shall include, as far as practicable, whether the draft standard deviates from relevant international standards. On the request of any interested party within the territory of a Member of the WTO, the standardizing body shall promptly provide, or arrange to provide, a copy of a draft standard which it has submitted for comments [...] The standardizing body shall take into account, in the further processing of the standard, the comments received during the period for commenting. Comments received through standardizing bodies that have accepted this Code of Good Practice shall, if so requested, be replied to as promptly as possible. The reply shall include an explanation why a deviation from relevant international standards is necessary».

interna, il principio di partecipazione; se, cioè, abbiano consultato i cittadini interessati e fornito loro le garanzie di *due process*. La decisione finale non è stata ancora adottata³⁶. Tuttavia, la vicenda descritta già fornisce adeguata illustrazione dell'aspetto che qui più rileva: la sottoposizione delle amministrazioni nazionali al giudizio di organi globali in merito al rispetto di principi attinenti ai procedimenti amministrativi nazionali.

3.3. La motivazione

La Convenzione di Århus rappresenta una sorta di legge generale, di fonte globale, sui procedimenti amministrativi in materia ambientale. Vi si ritrova, perciò, oltre alla già esaminata disciplina della trasparenza e della partecipazione, anche una disposizione in tema di motivazione. Ai sensi dell'art. 6, co. 9, di tale convenzione, «Ciascuna Parte provvede affinché il pubblico sia prontamente informato della decisione adottata dalla pubblica autorità, secondo le opportune procedure. Ciascuna Parte rende accessibile al pubblico il testo della decisione, nonché i motivi e le considerazioni su cui essa si fonda». Questa norma, rivolta alle amministrazioni statali, riguarda le decisioni amministrative destinate a produrre effetti significativi sull'ambiente ed è completata da una previsione (art. 6, co. 10) che riguarda l'opportunità di predisporre procedure di riesame, garantendo anche in esse il diritto degli interessati a partecipare.

In base ad altre norme internazionali, l'obbligo di motivazione è implicitamente esteso all'intera procedura: l'amministrazione domestica intrattiene un dialogo costante con i destinatari del provvedimento dalla fase di avvio a quella decisoria. Così, nell'Annex C dell'accordo SPS, l'amministrazione che riceve una domanda diretta ad accertare la conformità di un prodotto alle norme sanitarie e fitosanitarie, deve, innanzi tutto, prontamente esaminare la completezza della documentazione e informare il richiedente in modo preciso e completo di tutte le carenze. In secondo luogo, deve trasmettere appena possibile al richiedente i risultati della procedura, anche in questo caso informandolo in modo «preciso e completo», al fine di consentire azioni correttive. In terzo luogo, l'amministrazione è tenuta a procedere, su richiesta dell'interessato, anche nel caso di carenze; deve informare il richiedente circa lo stadio della procedura e

³⁶ I documenti rilevanti possono essere consultati sul sito del World Bank Inspection Panel (<http://www.inspectionpanel.org>). Si vedano, in particolare, i seguenti: *India: Mumbai Urban Transport Project*, Request no. 32, e *India: Mumbai Urban Transport Project*, Request no. 33.

motivare qualsiasi eventuale ritardo³⁷.

Che anche l'obbligo di motivazione si avvii ad essere un principio generale dell'ordinamento globale, e che pertanto le amministrazioni nazionali vi si debbano adeguare anche quando esso non sia espressamente previsto, lo si evince da un interessante caso deciso a livello WTO. Nel caso *United States - Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products*, alcune misure statunitensi di salvaguardia adottate nei confronti di alcuni paesi esportatori di prodotti di acciaio vengono dichiarate contrarie al «*duty to provide a reasoned and adequate explanation*» in relazione all'introduzione di misure di salvaguardia nell'ambito dell'accordo WTO³⁸. In particolare, le misure statunitensi violano, ad avviso dell'organo di risoluzione delle controversie, sia l'art. 3, co. 1, dell'Agreement on Safeguards, sia l'art. XIX del GATT. L'aspetto interessante è che, mentre la prima disposizione pone in modo esplicito un obbligo di motivazione³⁹, la seconda non vi fa alcun riferimento. Ciò nondimeno, l'Appellate Body ha affermato che tutte le azioni di emergenza adottate in base all'art. XIX del GATT debbano essere sottoposte all'obbligo di motivazione, in quanto l'art. 11 del Dispute Settlement Understanding (DSU) richiede al panel una valutazione obiettiva della questione e dei relativi fatti; secondo l'Appellate Body, siffatta valutazione non sarebbe possibile in assenza di una «*reasoned and adequate explanation*»⁴⁰.

In tal modo, attraverso una interpretazione creativa, l'obbligo di motivazione viene riconosciuto come principio generale del diritto WTO. Per questa via, le amministrazioni nazionali sono assoggettate al sindacato di un giudice globale anche per il modo in cui giustificano le loro decisioni.

³⁷ Cfr. Annex C, lett. b), SPS.

³⁸ WT/DS248/AB/R.

³⁹ Ai sensi dell'art. co. 1, dell'Agreement on Safeguards, «*A Member may apply a safeguard measure only following an investigation by the competent authorities of that Member pursuant to procedures previously established and made public in consonance with Article X of GATT 1994. This investigation shall include reasonable public notice to all interested parties and public hearings or other appropriate means in which importers, exporters and other interested parties could present evidence and their views, including the opportunity to respond to the presentations of other parties and to submit their views, inter alia, as to whether or not the application of a safeguard measure would be in the public interest. The competent authorities shall publish a report setting forth their findings and reasoned conclusions reached on all pertinent issues of fact and law*».

⁴⁰ AB Report, para. 278 e 279.

4. Conclusioni

Terminata l'analisi dei vincoli procedurali imposti alle amministrazioni nazionali dal diritto europeo e internazionale, è opportuno concludere questa parte dell'indagine indicando le analogie e le differenze esistenti tra i due gruppi di vincoli esaminati.

La differenza principale risiede nel loro diverso grado di cogenza. I vincoli comunitari, in base ai ben noti principi di efficacia diretta e supremazia, sono equivalenti, sul piano della efficacia giuridica, a quelli posti dal diritto interno, ed anzi rispetto a quelli prevalenti. In caso di incompatibilità tra la disciplina sopranazionale e quella interna, le amministrazioni e i giudici sono tenuti ad applicare la prima. Al contrario, i vincoli globali, dal punto di vista giuridico formale, non sono equiparabili al diritto interno: in quanto specificazione di accordi internazionali sottoscritti dallo Stato, obbligano le autorità legislative e amministrative al recepimento, ma, di regola, non sono immediatamente invocabili dai cittadini dinanzi ai giudici domestici. D'altra parte, la loro cogenza va misurata, in concreto, in rapporto al meccanismo sanzionatorio previsto dal regime internazionale di settore: una decisione dell'Appellate Body WTO sfavorevole ad uno Stato può legittimare l'azione di contromisure commerciali da parte di altri membri ed esercitare, così, una pressione considerevole all'adempimento.

Al di là del diverso grado di efficacia e cogenza del diritto comunitario rispetto al diritto internazionale, i percorsi dei due processi di conformazione "dall'alto" dei procedimenti amministrativi nazionali sono comuni almeno sotto due profili.

Il primo è quello dell'ambito in cui i vincoli procedurali esaminati si affermano. Tenzialmente, sia a livello europeo che globale, la loro intensità è maggiore e la loro previsione più sistematica nei settori della regolazione economica. L'obiettivo prevalente – anche se non esclusivo – è quello di favorire il libero commercio imponendo alle amministrazioni nazionali obblighi procedurali che riducano il rischio di discriminazione tra imprese nazionali e straniere.

Il secondo aspetto comune riguarda la tipologia di tecniche procedurali utilizzate. Come si è potuto constatare, gli istituti procedimentali della trasparenza, della partecipazione e della motivazione si rinvencono sia nel diritto amministrativo europeo, sia in quello globale, potendosi constatare anche una larga convergenza nei contenuti specifici delle norme e dei precetti. Talora, anzi, le previsioni comunitarie e internazionali sono persino più analitiche di quanto non avvenga al livello nazionale,

specie quando il fine è aprire l'azione amministrativa domestica all'osservazione e partecipazione di interessi «stranieri».

PARTE II: LA DISCIPLINA DEI PROCEDIMENTI “GENERALI” DELLA REGOLAZIONE

L’interrogativo principale al quale la seconda parte dello studio intende rispondere è il seguente: se, nell’ordinamento italiano, i procedimenti di carattere generale siano disciplinati in modo soddisfacente, cioè in modo da realizzare un bilanciamento adeguato tra le esigenze di garanzie dei privati e le esigenze legate alla efficienza decisionale. Questo interrogativo si pone con particolare urgenza in riferimento ad una specifica tipologia di procedimenti “generali”: quelli attraverso i quali si esercita la funzione di regolazione. Le ragioni dell’urgenza sono almeno tre.

Innanzitutto, vi è un motivo, per così dire, storico: la regolazione è una forma di intervento pubblico nell’economia emersa in tempi relativamente recenti. Nell’ultimo ventennio, la categoria dei procedimenti generali ha subito una repentina espansione proprio per effetto dell’introduzione di procedimenti volti a definire atti generali di natura regolatoria. Tuttavia, a dispetto del suo acquisito rilievo e a differenza di altre funzioni tradizionali che si esercitano anch’esse tramite procedimenti generali (si pensi alla pianificazione urbanistica e alla legislazione che già da tempo ne regola i profili procedurali), la regolazione non ha ancora trovato una organica disciplina procedimentale.

La seconda ragione è di tipo qualitativo: per rimediare all’assenza di una disciplina unitaria, non è sufficiente estendere alla regolazione i principi comuni dettati dalla legge n. 241/1990 (d’ora in avanti, l. proc.). La funzione di regolazione richiede, infatti, una disciplina procedurale *ad hoc*, in quanto si differenzia dalle funzioni amministrative tradizionali sotto diversi profili, il principale dei quali attiene alla diversa struttura del potere discrezionale di cui quella funzione è espressione.

La terza è una ragione sistemica: nell’ordinamento italiano, i soggetti chiamati a svolgere attività regolatoria hanno diversa natura, trattandosi, in alcuni settori, di autorità di regolazione indipendenti o semi-indipendenti dal governo; in altri, di unità amministrative incardinate negli apparati ministeriali. Questo assetto strutturale pluriforme finisce per oscurare un’asimmetria ancor più profonda, spesso trascurata: mentre le procedure generali davanti alle autorità di regolazione trovano una disciplina, sia pure molto scarna, in leggi di settore o in regolamenti interni delle *authorities*

medesime, al contrario per le procedure generali a carattere regolatorio che si svolgono davanti alle amministrazioni tradizionali (ad esempio, quelle ministeriali) non è prevista alcuna disciplina *specificata*, adeguata alla natura peculiare della funzione svolta. Di conseguenza, l'asimmetria tra la funzione e la sua forma di esercizio (il procedimento) produce effetti distorsivi, che pregiudicano la qualità della regolazione nazionale e la sua credibilità a livello europeo e globale.

L'indagine che segue ha, dunque, ad oggetto, la disciplina dei procedimenti generali attinenti alla regolazione. L'analisi si articola in quattro parti. Nella prima (par. 1), si procede ad un inquadramento delle nozioni di base (quella di «procedimenti generali» e quella di «regolazione») e del problema posto dalla disciplina dei procedimenti in materia di regolazione. La seconda parte (par. 2) è volta a verificare se esista una disciplina procedimentale della regolazione di rango legislativo. Dapprima si esaminano i principi dettati dalla legge sul procedimento in merito ai procedimenti generali. Quindi, acclarato che la l. 241/1990 non definisce le garanzie minime di trasparenza, partecipazione e motivazione necessarie a delimitare lo svolgimento dell'attività regolatoria, si valuta se quelle garanzie siano stabilite dalle leggi di settore. Nella terza parte (par. 3), si esamina la disciplina procedimentale della regolazione di rango non legislativo. In particolare, vengono analizzate le norme di auto-disciplina con le quali le singole autorità di regolazione hanno provveduto a regolare i rispettivi procedimenti generali. Infine (par. 4), si discutono le ragioni di inadeguatezza dell'attuale quadro normativo.

1. Nozioni e problemi

1.1. Gli atti e i procedimenti amministrativi generali

I provvedimenti amministrativi vengono solitamente distinti, avendo riguardo ai destinatari, in provvedimenti individuali e generali. Individuali sono gli atti indirizzati ad uno o più destinatari, determinati o determinabili. Per converso, generali sono gli atti non aventi destinatari determinati o determinabili, ma rivolti a un gruppo indeterminato di individui. I primi danno concretezza ad un precetto giuridico generale, puntualizzandolo in relazione ad una specifica posizione giuridica. I secondi, invece,

specificano il contenuto delle norme ponendo precetti che, a loro volta, hanno contenuto normativo⁴¹.

I rispettivi procedimenti risentono di questa differenza. Si consideri, ad esempio, l'istituto della partecipazione, che può concretarsi in diverse forme ed ha almeno tre diverse finalità: garantistica, cioè di difesa del privato nei confronti dell'amministrazione procedente; collaborativa, quando la partecipazione è diretta ad ampliare le conoscenze del pubblico potere e favorire l'assunzione di decisioni meglio ponderate; democratica, allorché la partecipazione serve all'amministrazione per rafforzare la legittimazione della propria decisione⁴². Di regola, nei procedimenti "individuali", la partecipazione ha innanzi tutto una valenza garantistica, essendo lo strumento attraverso il quale si consente al privato di instaurare un contraddittorio con le autorità preposte ad assumere decisioni che incidono sulla sua sfera di libertà. Viceversa, nei procedimenti "generalisti", la funzione garantistica della partecipazione tende ad assumere un rilievo minore, nella misura in cui l'atto normativo che conclude il procedimento tendenzialmente non lede gli interessi dei privati in maniera diretta (bensì solo indiretta, tipicamente mediata da un successivo atto amministrativo di attuazione). Prevalgono, in tali procedure, le altre finalità della partecipazione, cioè quella collaborativa e quella democratica: l'amministrazione si avvale dell'apporto dei privati innanzi tutto per acquisire ulteriori informazioni e per rinsaldare la legittimazione della propria decisione.

La categoria degli atti normativi generali, pur essendo risalente, ha subito, nell'ultimo ventennio una rilevante espansione, principalmente in ragione di una duplice tendenza.

La prima è legata al crescente rilievo che il legislatore ed il giudice amministrativo hanno assegnato alla c.d. regola di diritto⁴³. Si è, infatti, riconosciuto che l'attività amministrativa non debba essere necessariamente orientata e limitata dalla legge, ma che le garanzie sottese al principio di legalità possano essere adeguatamente soddisfatte mediante criteri determinati da una pluralità di altre fonti, giurisprudenziali,

⁴¹ Per una approfondita analisi del regime degli atti amministrativi generali, G. della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000. Si veda anche, da ultimo, M.C. Romano, *Atti amministrativi generali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, vol. I, *ad vocem*.

⁴² Per questa tripartizione, S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo. Un'analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1971, 25 ss.

⁴³ Sul tema, S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, pt. gen., I, Milano, Giuffrè, 2003, p. 213 ss.

sovrnazionali, internazionali, ecc. Tra queste rientra anche la predeterminazione dei criteri di decisione da parte delle amministrazioni precedenti, che vi provvedono appunto mediante atti amministrativi generali. Così avviene, ad esempio, in materia di sovvenzioni, ove è la legge che richiede la predeterminazione e la pubblicazione da parte delle amministrazioni precedenti «dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi»⁴⁴.

La seconda tendenza, ancor più rilevante, riguarda il cospicuo incremento di atti amministrativi generali in connessione con l'affermarsi di una nuova forma di intervento dello Stato nell'economia: la regolazione. Nella maggior parte dei settori di rilevanza economica, i pubblici poteri non intervengono più mediante norme finalistiche, dirette a perseguire scopi dirigistici; intervengono, invece, ponendo norme di natura condizionale, cioè neutrali nei fini e dirette a porre le «regole del gioco» che servono a promuovere la concorrenza e che tutti gli operatori sono chiamati a rispettare. Così, mediante atti amministrativi di carattere generale vengono definiti i livelli di prestazione o i criteri di determinazione delle tariffe nei settori di servizio pubblico, oppure si esercitano i poteri delle autorità di vigilanza nei mercati finanziari.

D'altra parte, non sono questi gli unici casi in cui le amministrazioni ricorrono ad atti amministrativi generali. Secondo una recente ricostruzione, sono individuabili dieci diverse tipologie di atti riconducibili alla categoria in esame: vi sono atti di determinazione degli obiettivi e delle funzioni delle amministrazioni, atti generali di organizzazione, atti di disciplina dei procedimenti, atti di interpretazione delle norme giuridiche, atti di applicazione, atti volti a definire gli adempimenti preliminari alla stipulazione dei contratti tra privati, atti amministrativi che determinano clausole contrattuali, ordini generali, autorizzazioni generali e, infine, atti di esercizio della potestà di conformare e porre regole di condotta⁴⁵. Gli atti generali delle autorità di regolazione sono riconducibili in misura prevalente (ma non esclusiva) alle ultime due tipologie menzionate.

Nella prospettiva di questa indagine, il dato più significativo è rappresentato dalla repentina espansione della categoria degli atti amministrativi generali riconducibili alla regolazione economica. L'emergere di questa nuova forma di governo dell'economia pone, come vedremo, problemi peculiari. La diversità della regolazione rispetto alle

⁴⁴ Art. 12, co. 1, l. proc.

⁴⁵ G. della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 57-105.

funzioni amministrative tradizionali inevitabilmente si riflette sul profilo procedimentale, che è forma della funzione. Si impone, pertanto, una riflessione accurata, diretta a verificare l'adeguatezza dell'attuale quadro normativo e delle garanzie da esso assicurate ai cittadini nei confronti delle autorità di regolazione. Prima, però, appare opportuno fornire indicazioni più ampie circa il regime degli atti amministrativi generali e la relativa disciplina procedimentale.

1.2. La nozione di regolazione

L'emersione del c.d. Stato regolatore rappresenta una delle fondamentali linee di cambiamento delle funzioni pubbliche nell'ultimo ventennio. Si tratta della progressiva acquisizione da parte delle amministrazioni nazionali di funzioni di natura regolatoria, esito di una più generale trasformazione delle modalità di ingerenza dello Stato nella sfera economica⁴⁶.

In base alla nozione prevalente, qui accolta, per «regolazione» si intende qualunque forma di ingerenza diretta a conformare il mercato, cioè a definire regole che incidono sugli equilibri ed interessi degli operatori di un dato settore di attività economica⁴⁷. La nozione ha una valenza oggettiva, non soggettiva: la funzione viene individuata sulla base del suo contenuto, a prescindere dalla presenza o meno di una corrispondente autorità indipendente dal governo.

Così, rispetto a tale nozione, risultano estranee le c.d. funzioni di garanzia. Si allude ai compiti delle autorità indipendenti chiamate a garantire la privacy (Garante per la protezione dei dati personali), l'imparzialità nello svolgimento dei contratti pubblici

⁴⁶ Per una critica della nozione di ingerenza pubblica – più esattamente, dell'accezione ideologica in cui essa è stata utilizzata dai liberisti –, M.S. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, p. 7 ss., e S. Cassese, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 378 ss.

⁴⁷ In questi termini, S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesaro e M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Mulino, 2000, p. 12, che respinge la nozione più ampia, utilizzata dagli studiosi americani, comprensiva anche della c.d. regolazione sociale. Per un inquadramento dogmatico del concetto di regolazione, si segnalano, L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, G. Vesperini, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo alla studio delle funzioni regolative*, Padova, Cedam, 1993, S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2000, e G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001, spec. p. 625 ss. Si vedano, inoltre, A. La Spina e G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Mulino, 2000, S. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999, e M. Antonioli, *Mercato e regolazione*, Torino, Giappichelli, 2001.

(Autorità di vigilanza sui lavori pubblici) o l'assetto concorrenziale di un settore (Autorità garante della concorrenza e del mercato)⁴⁸.

Rientrano, invece, nella nozione di regolazione – e, dunque, nell'ambito del presente studio – tre gruppi di funzioni: quelle che attengono alla disciplina dei settori di pubblico servizio aperti alla concorrenza (telecomunicazioni, energia, trasporti, poste); quelle che attengono alla vigilanza sui mercati finanziari (banche, assicurazioni e valori mobiliari); infine, quelle che attengono alla c.d. regolazione del rischio, cioè alla definizione degli standards di sicurezza che condizionano la circolazione dei beni (il settore più importante è quello della sicurezza alimentare).

Sulla base di questa distinzione, l'attenzione sarà rivolta, in primo luogo, ai procedimenti generali delle autorità di regolazione, cioè l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom), l'Autorità per l'energia elettrica e il gas (Aeeg), la Commissione nazionale per la società e la borsa (Consob), l'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (Isvap) e la Banca d'Italia; in secondo luogo, ai procedimenti generali delle unità amministrative ministeriali che svolgono funzioni di regolazione, ad esempio in materia di trasporti, poste e sicurezza alimentare.

1.3. Il problema dei procedimenti “generali” davanti alle autorità di regolazione

La regolazione tende ad assumere i seguenti sei caratteri. In primo luogo, ai pubblici poteri che svolgono attività di regolazione è assicurata, in misura variabile, una posizione di indipendenza rispetto al governo. In secondo luogo, a tali autorità è affidata la cura di un singolo interesse pubblico (si parla di *single mission authorities*). In terzo luogo, da una disciplina di tipo finalistico, si passa ad una disciplina di tipo condizionale, e cioè «non si stabiliscono i fini e gli obiettivi della condotta privata, ma solo alcune regole di comportamento, finalizzate principalmente a garantire gli interessi di terzi (gli utenti, i clienti, i consumatori, i risparmiatori, ecc.)»⁴⁹. In quarto luogo, a rapporti bilaterali tra pubbliche amministrazioni erogatrici e cittadini, si sostituiscono

⁴⁸ La disciplina della concorrenza non rientra nella nozione di regolazione qui accolta in quanto non mira a correggere i «fallimenti» del mercato, ma, al contrario, tende a favorirne lo sviluppo fisiologico. Per la distinzione tra autorità di regolazione e autorità di garanzia, G. Amato, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss. Per un'analisi delle principali autorità, *Le Autorità indipendenti: norma, procedimento, giudice*, a cura di G. Vesperini e G. Napolitano, Viterbo, Agnesotti, 1998.

⁴⁹ L. Torchia, *La nuova costituzione economica*, in *L'amministrazione pubblica italiana*, cit., p. 142.

rapporti trilaterali tra autorità di regolazione, operatori privati ed utenti. In quinto luogo, la decisione pubblica, sebbene di natura sostanzialmente normativa, viene sottoposta allo scrutinio dei giudici. In sesto luogo – ed è ciò che qui interessa maggiormente – il processo decisionale che le autorità di regolazione seguono tende a formalizzarsi, giacché l'attività da esse svolta richiede il rispetto del principio del giusto procedimento⁵⁰.

In relazione a tale ultimo profilo, cioè alle garanzie procedimentali, occorre distinguere tra procedimenti di *rule-making* (o regolazione in senso stretto) e procedimenti di *adjudication* (o aggiudicazione)⁵¹. Questi ultimi non rientrano nell'ambito di indagine, in quanto sono procedimenti non generali ma individuali. Si tratta delle ipotesi in cui le autorità di regolazione sono chiamate a verificare ed eventualmente a sanzionare la violazione della disciplina di settore da parte di privati. A differenza dei procedimenti di *rule-making*, i procedimenti di aggiudicazione non hanno carattere normativo, ma quasi-giurisdizionale. Conseguentemente, il principio del giusto procedimento impone, da un lato, che ai privati coinvolti nella controversia sia assicurata una piena «parità delle armi»; dall'altro, che l'autorità giudichi in condizioni di assoluta terzietà.

I procedimenti di regolazione pongono, invece, sul piano delle garanzie di partecipazione, problemi di diversa natura. Si tratta, infatti, di procedimenti attraverso i quali autorità amministrative indipendenti (o semi-indipendenti) dal governo esercitano una funzione di carattere normativo. Da una parte, in quanto amministrazioni indipendenti, le autorità di regolazione non sono apparati serventi del governo, e sono perciò sottratti al principio della responsabilità ministeriale (art. 95 cost.). Dall'altra, non sempre le leggi che attribuiscono alle autorità compiti di normazione contengono una rigorosa determinazione degli interessi da realizzare e dei presupposti di esercizio

⁵⁰ Questi i sei caratteri della regolazione individuati da S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, p. 265 ss. Tra gli studiosi che maggiormente hanno enfatizzato il rilievo determinante delle regole del contraddittorio paritario nell'ambito dell'attività regolatoria, si segnalano, sia pure in prospettive diverse, da un lato, Fabio Merusi (*Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Mulino, 2000, e, con M. Passaro, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir., Agg.*, VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 143 ss.), e, dall'altro M. Clarich (*Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 ss., e *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Mulino, 2005). Si vedano, inoltre, M. D'Alberti, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 347 ss., e P. Lazzara, *Partecipazione e contraddittorio nelle procedure istruttorie davanti all'Autorità per l'energia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 361 ss.

⁵¹ Il rilievo decisivo della distinzione emerge con chiarezza dal volume su *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, Giappichelli, 1999.

dei poteri corrispondenti⁵². Per di più, non manca chi assimila gli atti generali delle autorità indipendenti ai regolamenti governativi indipendenti (art. 17, comma 1, lett. c), l. n. 400/1988)⁵³, e rileva che che, a differenza di quelli, gli atti delle *authorities* non sono sottoposti né al previo parere del Consiglio di Stato, né al visto ed alla registrazione della Corte dei conti⁵⁴. In definitiva, l'attività normativa delle autorità non è sottoposta né al potere di indirizzo del governo, né a deleghe parlamentari

⁵² La questione della legittimità di siffatti poteri normativi è stata discussa nell'ordinamento statunitense a partire dagli anni Trenta del XX secolo. A seguito della crisi del 1929, il numero di agenzie indipendenti dall'esecutivo (*independent regulatory commissions* o *agencies*), incaricate di compiti di regolazione, ha subito una significativa espansione. Le leggi attributive di tali poteri si limitavano ad indicare genericamente i fini, lasciando alle agenzie di regolazione un'ampia libertà nella scelta dei mezzi. L'attribuzione alle agenzie di compiti normativi, da esercitarsi alla luce di *standards* dal contenuto generico, risultava di dubbia compatibilità con l'art. 1, sec. I, della Costituzione americana, che attribuiva il potere normativo in via esclusiva al Congresso. Tuttavia, la c.d. *non-delegation doctrine*, che imponeva al giudice costituzionale di colpire i trasferimenti troppo ampi di potere dal Congresso alle *regulatory agencies*, non ebbe grande seguito presso la Corte suprema. Questa, infatti, dopo due decisioni degli anni trenta ispirate al principio di *non-delegation*, ha riconosciuto che, nel caso di materie in continua evoluzione e che richiedano un elevato numero di decisioni da aggiornare costantemente, il legislatore è impossibilitato a dettare una disciplina compiuta (cfr. M. Shapiro, *Agenzie indipendenti: Stati Uniti ed Unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 1996, p. 669). Da allora, la Corte ha affermato il principio che la delega di poteri normativi è una political question, come tale insindacabile (M.J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870 – 1960, The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York, Oxford University Press, 1992, p. 213 ss., sulle *regulatory agencies* nell'esperienza statunitense, e p. 223 ss., sulla *non-delegation doctrine*).

Anche in Francia il problema ha assunto rilievo costituzionale. Il *Conseil constitutionnel*, intervenendo a proposito della legge sul *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, ha riconosciuto in via generale la possibilità di attribuire poteri regolamentari alle autorità indipendenti, ma ha affermato la necessità che tali potestà vengano esercitate in un quadro di principi e criteri direttivi previamente definito da leggi e regolamenti di organi di rango costituzionale.

La questione è, invece, latente nel dibattito interno. Sul tema non si sono registrati finora interventi della Corte costituzionale, anche se la scienza giuridica ne ha da tempo sottolineato la rilevanza: F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., p. 72 ss.; M.A. Cabiddu e D. Caldirola, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, p. 13 ss.; P. Bilancia, *Riflessi del potere normativo delle autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1999, p. 251 ss.; A. Barbera, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, 1997, p. 85 ss.; M. Manetti, *I poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, p. 63 ss.; N. Marzona, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. Cassese e C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 87 ss.; F. Politi, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, Roma, Ist. Enc. it., 1995, *ad vocem*; V. Cerulli Irelli, *Premesse problematiche allo studio delle "amministrazioni indipendenti"*, in F. Bassi e F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 22 e 26 s.

⁵³ M.S. Giannini, *Consob*, in G.M. Flick (a cura di), *Consob. L'istituzione e la legge penale*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 57 ss., ha sostenuto che, non trattandosi di regolamenti dello Stato, gli atti normativi della Consob non sono riconducibili né ai regolamenti di esecuzione, né a quelli di organizzazione, né a quelli indipendenti; si tratterebbe, invece, di fonti subprimarie, e precisamente di "regolamenti di autonomia"; aderisce a questa ricostruzione F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., p. 80 s., nt. 16. Altra parte della scienza giuridica ritiene che si tratti di regolamenti assimilabili a quelli governativi, discutendosi poi se essi siano esecutivi o indipendenti o un *tertium genus* (S. Frego Luppi, *op. cit.*, p. 143, parla, ad esempio, di regolamenti quasi indipendenti, in quanto disciplinano materie aventi dignità legislativa ma alla luce degli interessi predefiniti dal legislatore).

⁵⁴ Art. 17, comma 4, l. n.400/1988.

particolarmente stringenti, né, infine, ai controlli ordinari previsti per gli atti regolamentari dei ministeri.

E' in questa prospettiva che occorre valutare il rilievo cruciale della disciplina dei procedimenti generali delle autorità di regolazione. Esse, com'è noto, non rispondono al modello tradizionale di amministrazione intesa come apparato servente del governo (art. 95 cost.), ma al diverso modello, anch'esso accolto dalla Costituzione (art. 97), di amministrazioni autocefale. La loro legittimazione non risiede nell'attuare gli indirizzi di governo, ma nell'essere amministrazioni dotate di alta competenza tecnica ed equidistanti dagli interessi dei regolati. Di conseguenza, la loro *accountability* non è fondata sulla sottoposizione a meccanismi di supervisione gerarchica o governativa, come accade per gli apparati ministeriali (c.d. *transmission belt model*), bensì sulla valorizzazione dei principi di trasparenza, partecipazione e motivazione (c.d. *interest representation model*)⁵⁵.

Tali principi servono un triplice fine: permettere ai diretti interessati – i regolati – di intervenire nel processo decisionale, su base paritaria, per fornire prove ed argomenti, in modo che l'autorità possa decidere sulla base di una rappresentazione pluralistica dei fatti e degli interessi; consentire all'opinione pubblica e al potere politico di valutare il modo in cui l'amministrazione fa uso della propria *expertise* (che, ovviamente, non è mai politicamente neutrale); permettere al giudice di verificare che la decisione sia stata adottata nel rispetto del mandato legislativo, tenendo conto della varietà di opinioni raccolte e secondo forme tali da assicurare il contraddittorio paritario tra i regolati. In tal modo, anche le autorità indipendenti sono chiamate a rispondere del loro operato: all'*accountability* «diffusa» che si realizza tramite la partecipazione dei regolati e il giudizio dell'opinione pubblica, si cumulano l'*accountability* politica delle istituzioni rappresentative (a fini di trasparenza, le authorities presentano rapporti annuali al

⁵⁵ Si fa riferimento alla nota ricostruzione avanzata da R.B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, 1975, vol. 88, p. 1669 ss. Si vedano, inoltre, Id., *Madison's Nightmare*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1990, vol. 57, p. 335 ss., e, più di recente, S.P. Croley, *Theories of Regulation: Incorporating the Administrative Process*, in *Columbia Law Review*, 1998, vol. 98, p. 1 ss. Le diverse concezioni della pubblica amministrazione (ora come apparato dipendente dal governo, ora, per converso, come potere autocefalo, relativamente autonomo) sottese a tali modelli di legittimazione, e le implicazioni procedurali che ne derivano, sono esaminate da S. Cassese, *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello «neoclassico»*, e L. Torchia, *I modelli di procedimento amministrativo*, entrambi in L. Torchia (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova, Cedam, 1993, p. 1 ss. e p. 33 ss.

parlamento, che ha il potere – giova ricordarlo – di sopprimerle o modificarne il mandato) e l'*accountability* giuridica garantita dal sindacato giurisdizionale⁵⁶.

Come si vede, dunque, la disciplina dei procedimenti – ed in particolare dei principi di trasparenza, partecipazione e motivazione – assume un rilievo cruciale nell'ambito dell'attività di regolazione, giacché da essa dipende la capacità di controllo esterno sull'operato delle *authorities* e, di riflesso, la credibilità di tali istituzioni. E', allora, sulla base di questo parametro che occorre valutare, nelle pagine seguenti, l'adequatezza della disciplina vigente.

2. La disciplina di rango legislativo

2.1. Le norme generali

La legge n. 241/1990 è spesso considerata la legge generale sul procedimento amministrativo. Che così non sia è dimostrato, per quanto qui interessa, dal fatto che la legge in questione rinuncia a definire aspetti chiave della disciplina dei procedimenti generali, rinviando, nella maggior parte dei casi, alle leggi di settore. In particolare, il regime dettato dalla legge n. 241/1990 contempla, in riferimento ai procedimenti generali, tre importanti deroghe.

La prima riguarda l'obbligo di motivazione. L'art. 3, l. proc. stabilisce che ogni provvedimento amministrativo debba essere motivato, ad eccezione degli atti normativi e di quelli a contenuto generale. La *ratio* di questa deroga risiede nel carattere generale e astratto di tali atti, che perciò, di regola, non producono effetti diretti nei confronti dei cittadini. Vi sono, tuttavia, alcune eccezioni. In primo luogo, la giurisprudenza ritiene che tale previsione non abbia implicitamente abrogato le norme speciali che già prevedevano l'obbligo di motivare atti generali: il principio posto dalla legge sul procedimento non vale, dunque, nei casi in cui leggi anteriori abbiano già assegnato ai

⁵⁶ Significativa, ancora una volta, l'esperienza statunitense. Rivelatosi insolubile il nodo posto dalla *non-delegation doctrine*, accertata cioè l'impossibilità per il Congresso di evitare deleghe di potere normativo eccessivamente ampie (si veda la nota 37), la risposta al problema del controllo delle agenzie di regolazione è stata trovata sul piano procedurale: l'*Administrative Procedure Act*, approvato nel 1946, per un verso, impone anche alle agenzie il rispetto di determinate procedure, diversificate secondo che si tratti di attività di *adjudication* o di *rule-making*; per l'altro, consente un forte ai giudici di esercitare un controllo particolarmente penetrante sull'attività regolatoria (c.d. *hard look*). Sul tema, nella letteratura italiana, M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Mulino, 1992, p. 111 ss. e 170; Id., *Autorità indipendenti (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Ist. Enc. it., 1995, p. 2.

cittadini garanzie maggiori⁵⁷. Di conseguenza, l'obbligo di motivazione continua ad applicarsi agli atti generali, nei limiti in cui ciò era richiesto dalla normativa anteriore⁵⁸. In secondo luogo, l'esenzione dall'obbligo di motivare trova un limite nei casi in cui il provvedimento generale produca effetti diretti ed immediati nella sfera giuridica dei privati. In simili ipotesi, l'amministrazione è tenuta a motivare. E' quanto accade nel caso dei piani regolatori, che ben possono incidere sulle facoltà connesse al diritto di proprietà, alterando, ad esempio, gli indici di edificabilità. Si può, dunque, ritenere che «qualora un principio formato dalla giurisprudenza o contenuto in una disciplina speciale preveda, per il cittadino, forme di garanzia più elevate di quelle assicurate dalla l. n. 241/1990, esso debba prevalere sul disposto della legge sul procedimento»⁵⁹. Ad ogni modo, ai fini della presente indagine, il dato che rileva è il seguente: dalla disciplina dettata dalla l. n. 241/1990 non si può desumere alcun obbligo di motivazione in grado di vincolare le autorità di regolazione nell'adozione di atti generali.

Un secondo profilo di difformità rispetto alla disciplina generale del procedimento riguarda l'accesso ai documenti amministrativi. L'art. 23 stabilisce che «il diritto d'accesso nei confronti delle autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'articolo 24». In base all'art. 24, co. 1, l'accesso è escluso «nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione». Per tali categorie di atti generali, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione, il successivo comma 5 circoscrive la deroga, stabilendo che «i documenti contenenti informazioni connesse agli interessi di cui al comma 1 sono considerati segreti solo nell'ambito e nei limiti di tale connessione. A tale fine le pubbliche amministrazioni fissano, per ogni categoria di documenti, anche l'eventuale periodo di tempo per il quale essi sono sottratti all'accesso». Generalmente, per tali atti sono previste forme di pubblicità più ampie, quali la pubblicazione⁶⁰. Le

⁵⁷ Cons. St., sez. V, 6 febbraio 2001, n. 475, in *Foro amm.*, 2001, p. 416; Cons. St., sez. IV, 11 luglio 2001, n. 3868, *ivi*, 2001, p. 1910.

⁵⁸ Cfr. G. Corso e F. Teresi, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla l. 7 agosto 1990, n. 241*, Rimini, Maggioli, 1991, p. 62.

⁵⁹ A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, pt. gen., II, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1058.

⁶⁰ L'art. 26 l. proc. Individua nella pubblicazione la forma tipica di pubblicità per atti quali «le direttive, i programmi, le istruzioni, le circolari e ogni atto che dispone in generale sulla organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti di una pubblica amministrazione ovvero nel quale si determina l'interpretazione di norme giuridiche o si dettano disposizioni per l'applicazione di esse».

deroga menzionata, pertanto, si risolve nella preclusione dell'accesso ai documenti preparatori. Come si è osservato, la *ratio* della disposizione risiede «nella esigenza di non rendere condizionabile l'autonoma scelta politica, sottesa all'elaborazione di atti a contenuto generale da parte di titolari di interessi individuali o corporativi»⁶¹.

E' evidente come una simile *ratio* faccia riferimento all'esercizio di funzioni tradizionali legato all'esercizio della potestà amministrativa discrezionale, mentre non tiene conto di attività amministrative di natura diversa, e in particolare dell'attività regolatoria, ove la neutralità della decisione si fonda sul principio opposto della consultazione dei privati mediante procedure aperte.

In terzo luogo, deroghe sono ammesse anche in ordine alla partecipazione procedimentale. Ai sensi dell'art. 13, co. 1, l. proc., le disposizioni racchiuse nel Capo III l. proc., relative appunto alla partecipazione dei privati al procedimento, «non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione»⁶². Questa previsione non implica l'assenza di forme partecipative: piuttosto, la peculiarità proprie delle diverse forme di procedimenti generali hanno indotto il legislatore a disciplinare i modi di coinvolgimento dei privati mediante normative speciali. Il fine, nella maggior parte dei casi, è quello di predisporre «forme alternative di partecipazione, maggiormente idonee a garantire la completezza dell'istruttoria»⁶³.

Delle tre deroghe illustrate, proprio quella in materia di partecipazione ha suscitato le critiche maggiori⁶⁴. Come si è detto, la norma non esclude, ed anzi rinvia, alle norme speciali per la previsione di forme di partecipazione *ad hoc*, calibrate in rapporto alle peculiarità delle diverse tipologie di procedimenti speciali. Tuttavia, se si eccettua il

⁶¹ A. Sandulli, *Il procedimento*, cit., p. 1059.

⁶² Lo stesso vale per i procedimenti tributari, e per quelli che concernono la protezione, il trattamento sanzionatorio ed il cambiamento delle generalità dei collaboratori di giustizia: art. 13, co. 2, l. proc.

⁶³ A. Sandulli, *Il procedimento*, cit., p. 1058 s., ove si chiarisce, inoltre, che per i procedimenti tributari, la deroga si spiega in ragione del fatto che le relative procedure prevedono margini di intervento molto ridotti per il privati, mentre per le procedure relative ai collaboratori di giustizia la specialità si giustifica in relazione a ragioni di incolumità personale.

⁶⁴ Si vedano, in particolare, C.E. Gallo, *La partecipazione al procedimento*, in Aa.Vv., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 82 ss., spec. 93, e A. Pubusa, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 48. *Contra* E. Castorina, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 70 ss.

caso dei procedimenti di pianificazione, in ordine ai quali la disciplina di settore già in passato prevedeva specifiche forme partecipative⁶⁵, per molti altri procedimenti di carattere generale non sono previste disposizioni specifiche in materia di partecipazione, con il risultato che essa non è preclusa, ma, nell'inerzia legislativa, di fatto esclusa. Ben maggiori garanzie avrebbe fornito l'istituto dell'istruttoria pubblica, proposto dalla Commissione Nigro per i procedimenti generali e di programmazione, e tuttavia non accolta. Anche in questo caso, dunque, la l. n. 241/1990 arretra rispetto ad un profilo decisivo della disciplina dei procedimenti generali, con la conseguenza che da essa deriva una lacuna legislativa particolarmente grave proprio in riferimento all'emanazione di atti generali di regolazione.

In definitiva, il legislatore del 1990 non estende automaticamente ai procedimenti generali i principi di trasparenza, partecipazione e motivazione, rimettendone la disciplina alle norme di settore. Pertanto, proprio in riferimento ai tre profili sopra identificati come cruciali per una soddisfacente disciplina procedimentale dei poteri normativi delle autorità di regolazione, la l. n. 241/1990 non è in grado di fornire alcun apporto significativo. Nella prospettiva di questa indagine, non ha dunque grande rilevanza il dibattito che ruota attorno all'interrogativo se, in generale, i principi posti dalla l. n. 241/1990 siano compatibili con i procedimenti delle autorità indipendenti oppure no⁶⁶. Il dato che conta è che dalla l. n. 241/1990 non si ricava una disciplina adeguata alle caratteristiche dei procedimenti generali delle autorità di regolazione.

Una prospettiva promettente si è recentemente dischiusa con l'approvazione del Codice dell'amministrazione digitale (d.lg. 7 marzo 2005, n. 82). Di questo atto normativo, due sono le disposizioni più importanti ai nostri fini. La prima è contenuta nell'art. 4, rubricato "Partecipazione al procedimento amministrativo informatico". Vi si prevede la possibilità di esercitare la partecipazione al procedimento amministrativo e il diritto di accesso ai documenti amministrativi mediante l'uso delle tecnologie informatiche. La norma, apprezzabile per il suo spirito innovativo, non definisce, però,

⁶⁵ Si veda, ad esempio, l'art. 9, l. 17 agosto 1942, n. 1150, c.d. legge urbanistica, che disciplina la partecipazione al procedimento di approvazione del piano regolatore generale.

⁶⁶ Il dibattito sul tema è riassunto in E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 679 ss., spec. 683 s., il quale giunge a conclusioni analoghe a quelle appena esposte (p. 685 s.).

le modalità concrete di partecipazione⁶⁷. La seconda previsione rilevante è l'art. 55, che contempla la possibilità di «pubblicare su sito telematico le notizie relative ad iniziative normative del Governo, nonché i disegni di legge di particolare rilevanza, assicurando forme di partecipazione del cittadino in conformità con le disposizioni vigenti». L'intento di utilizzare le nuove tecnologie per ampliare la partecipazione appare, anche in questo caso, molto positivo. Tuttavia, il precetto normativo non appare risolutivo rispetto al problema in esame, in quanto, per un verso, non prevede un obbligo, ma una mera facoltà e, per l'altro, non riguarda l'attività delle autorità di regolazione, bensì solo quella governativa.

Si deve, infine, segnalare che, il 2 febbraio 2007, il governo ha approvato un disegno di legge recante *Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle autorità indipendenti preposte ai medesimi*.

L'art. 18 del d.d.l. contiene una dettagliata disciplina in materia di procedimenti ed atti di regolazione. Innanzi tutto, per quanto concerne la trasparenza, sono previste ampie forme di pubblicità per i regolamenti e gli atti a contenuto generale adottati dalle autorità. In secondo luogo, in merito alla motivazione, tutti i regolamenti e gli atti a contenuto generale, esclusi quelli attinenti all'organizzazione interna, «devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore o della materia su cui vertono». In terzo luogo, quanto alla partecipazione, è prevista la consultazione dei soggetti interessati e dei loro organismi rappresentativi. A tal fine, sono contemplate forme di consultazione pubblica, basate sulla diffusione di schemi e versioni preliminari dell'atto da adottare, sulla previsione di un congruo termine per la presentazione di osservazioni scritte, sulla facoltà di prevedere audizioni orali, individuali o collettive, degli interessati, e sulla pubblicazione via internet dei risultati delle consultazioni svolte. L'applicazione di tali principi è rimessa ad appositi regolamenti interni delle autorità.

E' quasi superfluo osservare che, se approvata, tale disciplina rappresenterebbe, sotto il profilo qui considerato, un fondamentale passo avanti, poiché la presenza di una normativa generale «di principi» consentirebbe di superare i motivi di inadeguatezza

⁶⁷ Essa, infatti, si limita a rinviare agli art. 59 e 60 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, che definiscono le modalità di accesso dall'esterno o da parte delle amministrazioni al sistema pubblico di gestione informatica dei documenti.

dell'attuale quadro normativo⁶⁸.

2.2. Le norme di settore

Il disinteresse del legislatore per i profili riguardanti la disciplina procedimentale delle autorità di regolazione trova ampia conferma nella legislazione di settore, con l'importante eccezione costituita dalla legge sul risparmio (l. 28 dicembre 2005, n. 262), nella quale sono definiti in modo analitico i principi ispiratori della disciplina dei procedimenti generali e individuali davanti alle autorità coinvolte nella regolazione dei mercati finanziari (Banca d'Italia, Consob, Isvap e Covip). Ma procediamo con ordine.

L'unica legge istitutiva di autorità di regolazione dalla quale traspare qualche riferimento al regime dei procedimenti delle autorità è la l. 14 novembre 1995, n. 481, istitutiva dell'Aeeg. All'art. 2, co. 23, essa impone alle autorità di regolazione dei servizi pubblici l'obbligo di disciplinare con regolamento interno le forme di partecipazione e, in particolare, le audizioni periodiche delle associazioni ed organizzazioni d'interessi. Inoltre, ai sensi dell'art. 2, co. 24, lett. a), entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della stessa legge, un regolamento governativo avrebbe dovuto disciplinare «le procedure relative alle attività svolte dalle Autorità idonee a garantire agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio, in forma scritta e orale, e la verbalizzazione». La prima disposizione, meno pregnante (giacché si limita a formulare un rinvio «aperto» ai regolamenti interni delle autorità), è stata attuata dall'Aeeg con le delibere del 20 maggio 1997, n. 61 e del 16 maggio 1997, n. 44 (v. *infra*). Diversa sorte è toccata, invece alla seconda disposizione, che, pur senza distinguere tra procedimenti individuali e procedimenti speciali, sancisce espressamente i principi di trasparenza («piena conoscenza degli atti istruttori») e partecipazione («contraddittorio, in forma scritta e orale»). Tale norma, per la parte che riguarda i procedimenti generali, è rimasta lettera morta. Il governo ha adottato, con ben cinque anni di ritardo, una disciplina regolamentare che, però, è rivolta in modo esclusivo ai procedimenti individuali, mentre per le procedure di *rule-making* rinvia ancora una volta alla autoregolazione⁶⁹. Né la successiva l. 23 agosto 2004, n. 239 (c.d. legge Marzano),

⁶⁸ Per una illustrazione di tali motivi, si veda *infra*, par. 4.

⁶⁹ L'art. 2 del d.P.R. 9 maggio 2001, n. 244, dopo aver circoscritto l'ambito di applicazione della disciplina da esso dettata ai «procedimenti diretti all'adozione di provvedimenti individuali o all'esercizio di poteri conoscitivi» (comma 1), in riferimento ai procedimenti di *rule-making* stabilisce: «l'Autorità, qualora lo ritenga opportuno, definisce forme di introduzione delle istanze dei soggetti portatori di

di riordino del settore, ha provveduto a colmare la lacuna. Dunque, nonostante l'inusuale attenzione inizialmente manifestata dal legislatore con le menzionate disposizioni della legge istitutiva dell'Aeeg (l. 481/1005), i procedimenti generali della regolazione in materia energetica restano completamente affidati alla autodisciplina dell'autorità, senza che questa incontri nelle fonti normative alcun vincolo espresso per ciò che attiene al contenuto delle garanzie e al modo per assicurarle.

Vincoli più significativi sono, invece, gradualmente emersi, nel settore delle telecomunicazioni, per iniziativa del legislatore comunitario. L'art. 6 della direttiva 2002/21/Ce, in materia di servizi di comunicazione elettronica, ha posto, infatti, tre precetti. Il primo riguarda la garanzia di partecipazione, strutturata nella forma del *notice and comment*: «gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione, quando intendono adottare misure in applicazione della presente direttiva o delle direttive particolari che abbiano un impatto rilevante sul relativo mercato, diano alle parti interessate la possibilità di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misure entro un termine ragionevole». Il secondo precetto riguarda la trasparenza da assicurare durante la fase di consultazione, attraverso la costituzione negli Stati membri di appositi «punti di consultazione». Il terzo precetto attiene, infine, all'esito della consultazione: «Il risultato della procedura di consultazione deve essere reso pubblicamente disponibile attraverso l'autorità di regolamentazione nazionale, salvo nel caso di un'informazione riservata, nel rispetto della legislazione comunitaria e nazionale sulla riservatezza nel campo commerciale». Si noti come il legislatore comunitario richieda, a conclusione della consultazione, unicamente la trasparenza del risultato, mentre non è fatto obbligo alle autorità di regolazione di dare conto delle risultanze della consultazione nella motivazione del provvedimento.

Queste norme di diritto comunitario sono state successivamente recepite dal legislatore nazionale con gli articoli 11 e 83, d.lg. 1 agosto 2003, n. 259 (c.d. codice delle comunicazioni elettroniche). La previsione più significativa è quella contenuta nel primo comma dell'art. 11, ai sensi del quale «il Ministero e l'Autorità, quando intendono adottare provvedimenti in applicazione del Codice che abbiano un impatto rilevante sul mercato di riferimento, consentono alle parti interessate di presentare le

interessi pubblici e privati nei procedimenti di formazione degli atti normativi o degli atti a contenuto generale» (comma 2).

proprie osservazioni sulla proposta di provvedimento entro un termine non inferiore a trenta giorni, a decorrere dalla notifica alle parti interessate della proposta di provvedimento». L'interesse di questa previsione è duplice. In primo luogo, il generico «termine ragionevole» previsto dalla direttiva comunitaria viene precisato in un termine minimo di trenta giorni⁷⁰. In secondo luogo, all'obbligo di consultazione sono sottoposti non solo l'autorità di regolazione, ma anche il ministero delle comunicazioni, nella misura in cui eserciti la funzione regolatoria. Si tratta di una importante conferma, da parte del legislatore, del fatto che la disciplina dei procedimenti generali della regolazione ha una sua specificità che dipende dalla natura della funzione (regolatoria, appunto), e non dal carattere (indipendente o meno) dell'amministrazione ad essa preposta⁷¹.

Come si evince dall'analisi sin qui compiuta, fino al 2005 il legislatore si era attenuto alla poco garantistica logica dell'auto-disciplina delle procedure generali da parte delle autorità di regolazione. I procedimenti generali riguardanti la funzione di regolazione, non disciplinati da alcuna normativa unitaria (data l'assoluta insufficienza del dettato contenuto nella l. n. 241/1990), risultavano trascurati anche dalle normative di settore, con la sola parziale eccezione della disciplina delle telecomunicazioni.

⁷⁰ Tale termine minimo non appare particolarmente ampio, se si considera che la disciplina della Commissione europea prevede un termine minimo di otto settimane per i commenti scritti (e di venti giorni per le audizioni).

⁷¹ I successivi commi dell'art. 11, d.lg. n. 259/2003 dispongono quanto segue: «Il Ministero e l'Autorità, entro e non oltre novanta giorni dall'entrata in vigore del Codice, nell'osservanza della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni, rendono pubbliche sui rispettivi Bollettini ufficiali e siti Internet la procedura che si applica, nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, ai fini della consultazione. Se i documenti ricevuti contengono informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a persone ed imprese, il diritto di accesso è esercitato nei limiti di quanto necessario ad assicurare il contraddittorio. Il provvedimento di apertura della procedura di consultazione, la proposta di provvedimento ed i risultati della procedura di consultazione, ad eccezione delle informazioni riservate ai sensi della normativa nazionale e comunitaria vigente, sono tempestivamente pubblicati sui Bollettini ufficiali e sui siti Internet del Ministero e dell'Autorità».

Ai sensi dell'art. 83, che specifica alcune modalità di consultazione dei soggetti interessati, « Fermo restando quanto disposto dall'articolo 11, il Ministero e l'Autorità, nell'ambito delle rispettive competenze, tengono conto, attraverso meccanismi di consultazione, del parere degli utenti finali e dei consumatori, inclusi, in particolare, gli utenti disabili, delle aziende manifatturiere e delle imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica nelle questioni attinenti ai diritti degli utenti finali e dei consumatori in materia di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, in particolare quando hanno un impatto significativo sul mercato. Le parti interessate, sulla base di indirizzi formulati dal Ministero e dall'Autorità, nell'ambito delle rispettive competenze, possono mettere a punto meccanismi che associno consumatori, gruppi di utenti e fornitori di servizi per migliorare la qualità generale delle prestazioni, elaborando, fra l'altro, codici di condotta, nonché norme di funzionamento e controllandone l'applicazione».

La legge sul risparmio del 2005 ha segnato una decisa inversione di tendenza, disciplinando i principi dei procedimenti generali della regolazione.

I principi stabiliti dall'art. 23, espressamente dedicato ai procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali, sono quattro. Il primo è l'obbligo di motivazione, definito in modo particolarmente circostanziato: «i provvedimenti della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap e della Covip aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti all'organizzazione interna, devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono». In base al secondo principio, complementare al precedente e all'obbligo di analisi d'impatto della regolamentazione (esteso dalla legge di semplificazione 2001 a tutte le autorità indipendenti)⁷², i provvedimenti generali devono essere 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. Il terzo principio è quello di proporzionalità, «inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari». Il quarto principio, infine, impone la consultazione degli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori.

Questa norma (art. 23) indubbiamente segna un importante passo in avanti, in quanto introduce per la prima volta in via legislativa una disciplina procedurale di base della regolazione ed in quanto ha carattere intersettoriale, riguardando ben quattro autorità di regolazione. Alcuni problemi, però, restano aperti. Innanzi tutto, la disciplina legislativa appare più attenta al profilo della motivazione (il cui obbligo è accuratamente definito e rafforzato dalla previsione di una apposita relazione sulle conseguenze della regolamentazione), meno al profilo della partecipazione (di cui non vengono precisate forme e modalità). In secondo luogo, non compare nessun riferimento al principio di trasparenza e accesso ai documenti, che pure ha sollevato non pochi problemi, specie in riferimento al principio di segretezza sancito per i documenti della Consob (v. *infra*).

⁷² Art. 12, comma 1, l. 29 luglio 2003, n. 229. Sul nesso tra l'analisi di impatto della regolazione e la consultazione nei procedimenti generali, E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, cit., p. 696 e, *amplius*, A. La Spina e S. Cavatorto (a cura di), *La consultazione nell'analisi dell'impatto della regolazione*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2001.

Infine, la specificazione dei principi non è affidata ad un regolamento governativo, ma, ancora una volta, alle singole *authorities*⁷³.

Pertanto, l'inversione di tendenza segnata dalla legge sul risparmio non ha portato al completo superamento della logica dell'auto-regolamentazione: la specificazione dei principi spetta ancora alle singole autorità, che godono di ampia discrezionalità nel definire le (spesso decisive) forme di attuazione delle garanzie procedurali.

3. Le norme di auto-disciplina delle autorità di regolazione

La principale fonte di disciplina, solo in parte indotta da espresse previsioni legislative, si ritrova nelle norme adottate dalle autorità di regolazione per regolare le procedure generali che si svolgono dinanzi ad esse. Ecco alcuni esempi, suddivisi in due gruppi, riguardanti, da un lato, le autorità di regolazione che operano nei servizi pubblici; dall'altro, le autorità di regolazione dei settori finanziari.

3.1. Nei settori di servizio pubblico

La più rapida nell'adottare norme di auto-regolazione è stata l'Aeeg. Questa ha, dapprima, adottato la già ricordata delibera n. 61/1997, in materia di procedimenti per la formazione delle decisioni dell'Autorità; poi, ha disciplinato le audizioni periodiche delle formazioni associative e le rilevazioni sulla soddisfazione degli utenti e sull'efficacia dei servizi⁷⁴; infine, ha introdotto garanzie generali di trasparenza dell'azione amministrativa⁷⁵.

L'Agcom si è, invece, inizialmente dotata, con delibera 20 ottobre 1999, n. 278, di una procedura per lo svolgimento di consultazioni pubbliche nell'ambito di ricerche e indagini conoscitive; quindi, a seguito dell'introduzione di più stringenti vincoli legislativi di origine comunitaria (v. *supra*), ha disciplinato analiticamente la procedura di consultazione nei procedimenti di adozione di misure di carattere normativo o a contenuto generale⁷⁶.

⁷³ Ai sensi dell'art. 23, comma 4, l. n. 262/2005, le autorità «disciplinano con propri regolamenti l'applicazione dei principi di cui al presente articolo, indicando altresì i casi di necessità e di urgenza o le ragioni di riservatezza per cui è ammesso derogarvi».

⁷⁴ Delibera Aeeg n. 44/97, citata, prima integrata dalla delibera 7 maggio 1999, n. 56, e poi sostituita dalla delibera 10 aprile 2003, n. 33.

⁷⁵ Delibera Aeeg 20 giugno 2002, n. 115.

⁷⁶ Delibera Agcom n. 453/03/Cons, del 23 dicembre 2003, emanata ai sensi dell'art. 11 del codice delle comunicazioni elettroniche.

Dalle norme interne dell'Aeeg e dall'Agcom emerge un tratto comune, particolarmente significativo poiché riguarda l'aspetto nevralgico della garanzia di partecipazione. Si tratta della consultazione dei privati tramite una procedura analoga a quella del *notice and comment* statunitense, che comporta la comunicazione dell'avvio del procedimento, la pubblicazione di uno documento di consultazione riguardante l'iniziativa che l'autorità intende assumere, l'acquisizione di commenti scritti e orali e la loro ponderazione ai fini della decisione. Quanto al documento di consultazione, i suoi elementi costitutivi non sono tassativamente elencati, ma definiti, piuttosto, in relazione alla funzione di sollecitazione cui il documento serve. In esso sono perciò di regola indicati gli obiettivi dell'intervento che si propone, il suo contenuto di massima, l'impatto presunto, i tempi, le modalità e le finalità della consultazione. Inoltre, l'esito della consultazione è racchiuso in una relazione conclusiva nella quale l'autorità dà conto delle osservazioni ricevute e delle ragioni delle sue decisioni in relazione ai commenti acquisiti⁷⁷.

3.2. Nei mercati finanziari

Le autorità di regolamentazione dei mercati finanziari hanno tendenzialmente sviluppato analoghe prassi, non sempre però supportate da una altrettanto chiara normativa interna.

Nel caso della Consob, il regolamento interno contiene un generico riferimento ai principi di partecipazione ai procedimenti e di accesso ai documenti⁷⁸. Su questa base si è sviluppata una prassi, ormai consolidata, nel senso della acquisizione preventiva delle opinioni e dei pareri delle categorie interessate. Altre norme della Consob, poi, configurano soluzioni originali. Ad esempio, qualora si evidenzia l'esigenza temporanea di un apporto di conoscenze, competenze e professionalità diverse, il regolamento interno consente di istituire comitati o gruppi di lavoro con composizione mista,

⁷⁷ Per una più ampia analisi dei caratteri comuni e delle specifiche normative interne, si vedano E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, cit., p. 693 ss., e G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Mulino, 2005, p. 135 ss.

⁷⁸ Si fa riferimento agli artt. 13 e 15 del regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento della Consob, adottato con deliberazione 17 novembre 1994, n. 8674, e successivamente modificato con delibere 11 luglio 2001, n. 13195 e 11 settembre 2006, n. 15551. Tali disposizioni rinviano, per specificazioni, ad ulteriori determinazioni della Commissione, ma non è dato rintracciare, nella produzione di delibere e provvedimenti interni, atti che definiscano in modo compiuto il regime dei procedimenti generali.

ammettendo la presenza di soggetti esterni, in veste di esperti (non come rappresentanti di categorie di interessi)⁷⁹.

Quanto alla Banca d'Italia, il testo unico bancario del 1993 contiene una norma in base alla quale le disposizioni della l. proc. si applicano a essa «in quanto compatibili»⁸⁰. Il criterio della compatibilità è stato spesso applicato in modo da escludere radicalmente l'applicazione di quelle disposizioni, com'è accaduto in tema di diritto d'accesso ai documenti. A questo riguardo, norme di legge specifiche stabiliscono, sia per la Banca d'Italia sia per la Consob, che i documenti e le informazioni da esse detenute in ragione dell'attività di vigilanza sono «coperti dal segreto d'ufficio»⁸¹. Il divieto assoluto di accesso ha dato luogo, nel caso della Consob, ad una lunga vicenda giurisprudenziale⁸², che ha coinvolto a più riprese la Corte costituzionale⁸³. La modifica dell'art. 23 della legge sul procedimento (secondo cui «il diritto di accesso nei confronti delle autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'articolo 24») non ha risolto il problema, giacché si limita a rinviare alle norme di settore.

4. Le ragioni di inadeguatezza della disciplina attuale

L'insufficienza del quadro normativo fin qui descritto, retto da poche disposizioni legislative di settore e da un maggior numero di regole di auto-disciplina relativamente differenziate, si evidenzia principalmente sotto tre profili.

⁷⁹ Ai sensi dell'art. 28 del regolamento, «I comitati possono essere composti di dipendenti e di esperti esterni e possono essere presieduti da un componente della Commissione».

⁸⁰ Art. 4, co. 3, d.lg. 1° settembre 1993, n. 385.

⁸¹ Si vedano l'art. 7, co. 1, d.lg. n. 385 del 1993, e l'art. 4, co. 10, d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58.

⁸² E' principalmente in riferimento a questo profilo che la giurisprudenza ha affrontato la questione dell'applicabilità della l. n. 241/1990 alle autorità indipendenti, dividendosi: alcune pronunce hanno accolto le richieste di accesso dei ricorrenti (Cons. St., sez. IV, 30 settembre 1994, n. 1467, in *Foro amm.*, 1994, p. 2150; Tar Lazio, sez. I, 16 settembre 1996, n. 1547, in *Foro it.*, 1997, III, c. 404; Tar Lazio, sez. I, 4 novembre 1996, n. 2105, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, p. 830); altre le hanno negate (si cfr. Tar Lazio, sez. I, 16 settembre 1996, n. 1548, in *Foro it.*, 1997, III, c. 402; Cons. St., sez. VI, 5 giugno 1998, n. 936, in *Cons. St.*, 1998, I, p. 1009). Per la Banca d'Italia, il problema si è posto con riferimento alle informazioni contenute nella Centrale dei rischi creditizi: Tar Lombardia, Brescia, 28 maggio 2004, n. 598 in *Foro amm. – Tar*, 2004, p. 1993; Cons. St., 10 novembre 2004, n. 7277, in *Foro amm. – CdS*, 2005, p. 492.

⁸³Al riguardo, B.G. Mattarella, *Diritto d'accesso e Consob: l'interpretazione della Corte costituzionale* (nota a C. cost., 3 novembre 2000, n. 460), in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 261. Sugli sviluppi successivi, B. Argiolas, *La Consob e il segreto d'ufficio* (nota a C. cost., 26 gennaio 2005, n. 32), in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 1041.

4.1. La tutela dei privati

Il primo profilo attiene alle esigenze di tutela dei privati nei confronti del potere regolatorio. La principale fonte di disciplina delle garanzie dei regolati è affidata, in modo per certi versi paradossale, alle stesse autorità che dispongono del potere di regolazione. Il regolatore, così, definisce le regole del gioco, ed anche il modo in cui cambiarle.

Anche quando si tratti di regolatori che godono di ampia credibilità presso i regolati, il problema posto dalla auto-regolazione non appare di per sé risolto. Il cumulo di compiti e poteri di regolazione ed auto-regolazione, infatti, potrebbe finire, alla lunga, per nuocere alla stessa autorità, la cui legittimazione riposa anche sul principio di legalità, cioè sulla circostanza che, pur in assenza di indirizzi e controlli governativi, il suo potere risulta delimitato, negli obiettivi e nelle forme di esercizio, dal legislatore.

Ad ogni modo, al di là di questa delicata valutazione di opportunità, esiste un dato giuridico inoppugnabile, rappresentato dal fatto che le norme di auto-regolamentazione non sono solo differenziate (il che, oltre ad essere legittimo, appare anche necessario), ma anche incomplete e liberamente modificabili dalle autorità medesime. Ne deriva che il sistema di garanzie è differenziato da settore a settore, ma soprattutto lacunoso e potenzialmente “ritrattabile”. La percezione di questo dato risulta accresciuta dalla comparazione con altri ordinamenti e rende inevitabilmente meno appetibile l’ingresso di operatori esteri nel nostro sistema, con conseguente pregiudizio della sua competitività. Deve, poi, aggiungersi che l’azionabilità dinanzi al giudice delle posizioni di vantaggio (accesso, partecipazione, ecc.) riconosciute ai regolati dalle norme di auto-disciplina delle autorità risulta dubbia⁸⁴.

4.2. La riconduzione delle amministrazioni non indipendenti al modello regolatorio

Un secondo profilo del quale occorre tener conto è che lo stato della disciplina attuale, frammentata su base settoriale, lascia agli apparati ministeriali tradizionali la possibilità di svolgere funzioni regolatore senza apprestare le garanzie specifiche che

⁸⁴ E’ vero che il principio di legalità assume sempre più i contorni della regola di diritto, e che nella *règle de droit* rientrano anche le norme interne delle amministrazioni. Tuttavia, non vi sono, nella giurisprudenza, segni della disponibilità a sancire l’illegittimità di provvedimenti regolatori per violazione delle norme di auto-disciplina.

tale attività richiede. I ministeri, infatti, tendono a seguire le regole procedurali pensate per lo svolgimento delle funzioni discrezionali tradizionali, anche quando esercitano compiti regolatori.

Il modello dell'*interest representation* serve, nel caso delle autorità di regolazione indipendenti, a compensare l'indebolimento dell'*accountability* che deriva dall'assenza di poteri di indirizzo e controllo da parte del governo (v. *supra*). Tuttavia, se questa fosse l'unica *ratio*, l'esigenza di una disciplina dell'attività regolatoria svolta dai ministeri non sorgerebbe. In realtà, non è questa l'unica ragione che giustifica l'adozione del modello. La *ratio* degli obblighi di trasparenza, ampia partecipazione e motivazione risiede non solo nella esigenza di compensare con appositi strumenti di *interest representation* l'assenza di indirizzi governativi (*transmission belt*), ma, più in generale, nella natura stessa della funzione regolatoria.

Da un lato, il suo esercizio comporta di per sé una deroga al principio di libero mercato ed all'interesse o aspettativa dell'operatore economico ad operare in regime di concorrenza, senza correzioni "artificiali" della dinamica competitiva: tale interesse o aspettativa richiede una forma di tutela specifica, che si estrinseca appunto nel diritto a partecipare al procedimento di adozione della normativa che definisce i termini dell'ingerenza pubblica.

Dall'altro, la funzione di regolazione postula che l'amministrazione, lungi dal ponderare tra loro una pluralità di interessi pubblici, soddisfi l'unico interesse pubblico alla definizione, in un dato settore, di un determinato assetto di interessi, predeterminato dal legislatore⁸⁵. La qualificazione di *single mission authority*, spesso assegnata alle autorità indipendenti, andrebbe coerentemente estesa a tutte le amministrazioni (anche ministeriali) titolari di poteri di regolazione: anche queste, infatti, al pari delle prime, sono chiamate ad arbitrare e comporre conflitti tra interessi degli operatori privati sulla base del mandato legislativo ricevuto.

E' appunto perciò che l'art. 11 del codice delle comunicazioni elettroniche estende al ministero di settore (nella misura in cui svolge attività regolativa) le stesse regole procedurali applicate all'autorità di regolazione di settore. Ed è, più, in generale, per le medesime ragioni, che i principi di trasparenza, partecipazione e motivazione

⁸⁵ In tal senso, L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, spec. p. 417 ss., G. Vesperini, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo alla studio delle funzioni regolative*, Padova, Cedam, 1993, p. 250 ss.

dovrebbero avere valenza di principi procedurali generali della regolazione, sia quando tale funzione sia esercitata da autorità indipendenti, sia quando a farsene carico siano le amministrazioni ministeriali (o comunque non indipendenti dal governo).

Si potrebbe, dunque, valutare l'opportunità di includere nell'ambito di applicazione di una eventuale disciplina generale anche le amministrazioni non indipendenti, eventualmente introducendo varianti e accorgimenti che tengano conto della più limitata neutralità delle amministrazioni ministeriali in veste di regolatori (specie nei settori in cui l'ex monopolista sia ancora «partecipato» dallo Stato).

4.3. L'osservanza dei vincoli europei e globali

Un ultimo motivo di inadeguatezza dell'attuale disciplina procedimentale è legato alla emersione di un numero crescente di norme e *standards* comunitari e globali riferiti ai procedimenti amministrativi nazionali in generale, e a quelli che interessano l'ambito regolatorio in modo particolare. Tali vincoli, generalmente stabiliti al fine di garantire la partecipazione di soggetti ed interessi «stranieri» (altrimenti esclusi dai processi decisionali domestici), tendono ad incidere appunto sulla dimensione procedimentale della *domestic regulation*. Basti pensare ai principi di trasparenza, partecipazione e motivazione imposti sia dal diritto comunitario, sia dal diritto internazionale a carico delle amministrazioni impegnate in scelte riguardanti la regolazione economica⁸⁶.

Si tratta, talvolta, di norme e principi giuridicamente vincolanti, rispetto alle quali un intervento del legislatore statale pare indispensabile per assicurare il rispetto dei principi fondamentali, cioè per scongiurare il rischio che essi vengano disattesi dalle norme di auto-regolamentazione delle *authorities*. Non a caso, le uniche disposizioni interne che disciplinano i procedimenti regolatori in materia di telecomunicazioni sono, come anticipato, imposte dal recepimento di direttive comunitarie.

Talaltra, invece, i vincoli comunitari e globali hanno la veste di *standards* o regole che, pur non comportando un obbligo di recepimento da parte degli Stati, vincolano comunque le amministrazioni domestiche al loro rispetto. Molti sono gli esempi possibili, in buona misura già richiamati (*supra*, parte I): si pensi ai vincoli riguardanti la completezza dell'istruttoria, il giusto procedimento, la trasparenza e la motivazione, come previsti dalla Convenzione di Århus in materia di ambiente, o dall'accordo Gats in

⁸⁶ Per alcune esemplificazioni, si veda *supra*, parte I.

materia di servizi, o ancora dall'accordo SPS in materia alimentare. Anche livello comunitario, vi sono direttive – ad esempio, in materia di energia – che prevedono forme di partecipazione non “imposte”, ma “consigliate”⁸⁷.

Tali *standards*, giova ribadirlo, pur non vincolando gli Stati ad un recepimento formale, hanno valenza di principi generali e possono essere fatti valere dinanzi ad organi giurisdizionali globali (emblematico il caso WTO *US – Shrimp Turtles*)⁸⁸. La conformità dei procedimenti regolatori nazionali a questi *standards* può essere assicurata tramite le norme di auto-regolazione delle *authorities* (come di fatto accade nei comitati di regolatori europei e globali, generalmente dotati di dettagliate norme procedurali auto-imposte⁸⁹).

Tuttavia, si potrebbe forse valutare l'opportunità di introdurre una normativa “per principi” di rango legislativo. Da un lato, spinge in tal senso la compiuta attuazione dei principi sovranazionali di proporzionalità e buona amministrazione⁹⁰. Dall'altra, vi si associano i fini di tutela dei privati e l'esigenza di garanzie procedurali tendenzialmente uniformi presso le autorità di regolazione indipendenti e non. L'eventuale intervento legislativo, d'altro canto, dovrebbe limitarsi a recepire i principi generali derivanti dalle fonti ultra-statali, rimettendo alla disciplina interna delle autorità la definizione dei dettagli e, per questa via, la possibilità di una diversificazione “al margine”, che appare necessaria data la eterogeneità dei contesti di applicazione.

RACCOMANDAZIONI FINALI

⁸⁷ Ci si riferisce all'art. 23, comma 6, direttiva 2003/54/Ce, e art. 25, comma 6, direttiva 2003/55/Ce.

⁸⁸ Sul quale, S. Cassese, *Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 657 ss.

⁸⁹ A livello europeo, per esempio, si veda la disciplina del Comitato delle autorità europee di regolamentazione dei valori mobiliari (Cesr). A livello globale, principi analoghi sono applicati da organismi come il *Basel Committee on Banking Supervision* (Bcbs) e l'*International Association of Insurance Supervisors* (Iais).

⁹⁰ Sulla rilevanza di tali principi sul piano dei procedimenti di regolazione, v. E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, cit., p. 699-692. In generale, sui principi comunitari in materia di procedimenti, C. Franchini, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, p. 1037 ss.