

SEZIONE SESTA

I procedimenti davanti alle autorità amministrative indipendenti

2.6. Presentazione di E. Frediani

L'introduzione dell'analisi di fattibilità finanziaria nell'ordinamento italiano.

La complessità e l'articolazione della società contemporanea tende a sviluppare forme di produzione normativa sempre meno basate sulla tecnica decisionale della “delega rappresentativa” e sempre più ispirate ad un diverso metodo di elaborazione delle regole fondato sulla necessità della realizzazione di un effettivo “contraddittorio tra gli attori in gioco” (cfr. M. MORISI – L. BOBBIO, *Governo di reti a mezzo di reti? Rappresentanza e politiche pubbliche nell'Unione Europea* in A. PREDIERI – M. MORISI, *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, pp. 425 e ss.). L'erompere delle cd. autorità amministrative indipendenti ed il peso sempre maggiore che queste sono andate assumendo nel corso degli anni per quanto concerne la formulazione di decisioni a carattere normativo, ha progressivamente messo in risalto due problematiche strettamente connesse: la mancanza con riferimento ad esse di una legittimazione democratica che gli deriva dal loro essere “esterne” rispetto alla tradizionale logica rappresentativa ed al cd. circuito democratico e la possibile configurazione di un contraddittorio effettivo per quanto concerne i procedimenti che si svolgono dinanzi ad esse e sono finalizzati alla produzione di atti normativi. Ci si chiede in altre parole se la configurazione di procedure partecipate volte alla adozione di atti normativi siano di fatto idonee ad “aprire verso l'esterno” (il pubblico dei potenziali destinatari delle medesime misure) i processi decisionali delle singole autorità, derivando da ciò una sorta di vera e propria legittimazione delle stesse operata per altra via rispetto a quella ispirata alla tradizionale logica rappresentativa. Una parte della dottrina, nel fornire una risposta affermativa al formulato quesito giunge infatti alla conclusione per cui una effettiva legittimazione delle autorità indipendenti possa essere realizzata per il tramite della cd. “procedimentalizzazione” dell'attività normativa di loro competenza (cfr. M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996, pp. 245 e ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, p. 197) da intendersi nel senso di una connessione dei procedimenti che si svolgono dinanzi ad esse con le istanze, i bisogni, le necessità e gli interessi dei destinatari della suddetta attività di regolazione. La democratizzazione dei processi decisionali di amministrazioni indipendenti ad alto tasso di tecnicità viene dunque realizzata mediante uno specifico richiamo ed una più attenta ed evoluta applicazione a queste istituzioni dei principi generali in tema di partecipazione dei privati all'attività amministrativa, primo fra tutti il principio del contraddittorio in funzione collaborativa. Così, la necessità di realizzare un effettivo contraddittorio tra regolatore e regolati, nell'ambito del procedimento di elaborazione degli atti normativi delle autorità indipendenti, da un lato diviene elemento idoneo a valorizzare ancora di più la partecipazione dei regolati alla produzione delle regole quale strumento di compensazione del *deficit* di legittimazione democratica delle *authorities* in questione; dall'altro consente al contempo di apprezzare quella che è stata definita la “funzione sociale” (cfr. G.

BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione* in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 795) della stessa partecipazione, da intendersi quale modalità di apertura dell'amministrazione verso l'esterno attraverso un costante, continuo e trasparente dialogo e "confronto discorsivo" (M. MANETTI, *op. cit.*, p. 209) con i destinatari dell'attività di regolazione. Il richiamo dei generali principi in materia di partecipazione e la necessità di una valorizzazione di quest'ultima può dunque significare applicazione *in toto* alle autorità indipendenti del modello di partecipazione procedimentale delineato dalla legge n. 241 del 1990 con conseguente deroga della previsione contenuta nell'art. 13 della legge medesima? Ed in caso di risposta affermativa, per effetto di quale fonte normativa e secondo quali modalità è stata superata la previsione restrittiva di cui al suddetto art. 13? L'affermazione del principio del contraddittorio inteso quale vera e propria *tecnica* di produzione degli atti normativi delle autorità indipendenti ed il conseguente "adattamento" e sviluppo del modello partecipativo di cui alla legge n. 241 del 1990, con riferimento all'attività di regolazione dalle stesse operata, costituiscono punti di partenza imprescindibili sulla base dei quali poter articolare ogni riflessione in merito a quella che si è definita l'apertura verso l'esterno dei processi decisionali delle *authorities*. La legge del 1990, pur costituendo un importante parametro di riferimento al fine di delineare uno schema di base (sia pure da integrare e perfezionare) in tema di partecipazione ai procedimenti normativi delle autorità indipendenti, non può tuttavia applicarsi "meccanicamente" a queste ultime rispetto alle quali "valgono solo i principi da essa (legge) dettati" (in tal senso si v. S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti (Quaderni del Consiglio di Stato)*, Torino, 1999, p. 38). In questa sede, come sarà ormai chiaro, ci occuperemo pertanto di quelli che la dottrina ha definito i "procedimenti generali" o anche "procedimenti di regolazione" che si svolgono davanti alle autorità, i quali "conducono all'emanazione di misure aventi contenuto ed effetti generali" (cfr. M. D'ALBERTI: *Procedimenti "generali" e "singolari": problemi attuali e miglioramenti possibili*, nonché M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, entrambi in *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti (Quaderni del Consiglio di Stato)*, *cit.*, pp. 9 e 91; G. SCARSELLI, *Autorità amministrative indipendenti: appunti per una possibile riforma*, in *Foro It.*, 2003, p. 242). Non costituiranno di conseguenza oggetto d'indagine i cd. procedimenti "singolari" che si caratterizzano per il fatto di essere specificamente "finalizzati alla adozione di atti aventi contenuto ed effetti particolari, come decisioni o provvedimenti amministrativi su casi singoli" (M. D'ALBERTI, *op. cit.*, p. 91). La rilevata necessità di un "allargamento" della partecipazione procedimentale tale da introdurre, con riferimento all'attività normativa delle autorità indipendenti, forme di raccordo con la "platea" degli operatori di un determinato settore, conduce inevitabilmente ad una analisi delle problematiche connesse all'applicazione dell'art. 13 della legge n. 241 del 1990. La necessità di "collocare" le parti sociali potenziali destinatarie dell'attività di regolazione delle autorità "dentro" il processo decisionale che a queste ultime fa capo, oltre a consentire, come già rilevato, una vera e propria "rilegittimazione democratica in forma di democrazia diretta" (cfr. L. BARRA CARACCIOLLO, *I procedimenti davanti alle Autorità indipendenti tra diritto interno e diritto comunitario* in *Il procedimento*, *cit.*, p. 81) di organismi sganciati dal circuito politico-rappresentativo, costituisce altresì elemento idoneo a realizzare compiutamente il disegno della già richiamata procedimentalizzazione dell'attività di regolazione. In realtà, da una sia pur sommaria lettura del suddetto

art. 13 sembra potersi giungere a conclusioni esattamente opposte, e, cioè, ad una totale esclusione della procedimentalizzazione con riferimento alle attività *latu sensu* “normative” di competenza delle autorità indipendenti. La disposizione in esame, nell’escludere l’applicabilità delle norme contenute nel capo III della legge n. 241 del 1990 (disciplinanti forme e modalità di partecipazione al procedimento amministrativo) ai procedimenti diretti alla emanazione di atti “normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione”, opera con riferimento a queste specifiche tipologie di atti un rinvio alle “particolari norme che ne regolano la formazione”. Con riguardo alla specifica categoria degli atti normativi delle autorità amministrative indipendenti la sensazione di apparente “vuoto normativo” (cfr. M. D’ALBERTI, *op. cit.*, p. 91) – originata dal richiamo contenuto nell’art. 13 della legge del 1990 ad una disciplina ancora in via di formazione al momento del rinvio – è stata progressivamente superata in virtù di una vera e propria “positivizzazione” delle regole in tema di procedimenti normativi di competenza delle autorità medesime. Questo superamento, che si è tradotto in una autentica perdita di attualità, in virtù del mutato quadro normativo di riferimento, della previsione contenuta nell’art. 13 della legge 241/1990, non solo ha consentito di rendere applicabili ai procedimenti normativi delle autorità le norme sulla partecipazione di cui alla legge del 1990, ma ha determinato altresì una vera e propria estensione e rafforzamento delle garanzie procedurali medesime. Così le diverse leggi istitutive o attributive di competenze normative alle autorità indipendenti, nonché, in alcune ipotesi, i regolamenti da queste stesse emanati, si sono orientati nel senso della sempre maggiore garanzia di un contraddittorio in funzione di partecipazione collaborativa, favorendo una effettiva “collaborazione dell’interessato ai fini della formazione del provvedimento finale” (cfr. T.A.R. Lazio, 14 gennaio 2002, n. 249 in *I Tar*, 2003, I, pp. 3593 e ss.) ed introducendo talvolta anche forme di “contraddittorio orale, in larga parte estraneo alla nostra tradizione amministrativa” (cfr. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 164). Appare chiaro dunque come il superamento della restrittiva previsione di cui alla legge del 1990 si sia perfezionato secondo due distinte modalità, l’una affidata ad un “fattore esterno” rispetto alle autorità in questione, l’altra affidata alla loro concreta prassi regolamentare. Il “fattore esterno” di cui si è fatta menzione è rappresentato dalle leggi istitutive o attributive di una determinata competenza normativa alle autorità indipendenti con riferimento a specifici settori oggetto di regolazione. In tal senso, potendosi parlare, con riguardo al potere normativo delle autorità in questione, di una sorta di superamento in via legislativa della originaria previsione contenuta nell’art. 13 della legge n. 241 del 1990, dovranno essere considerate le tappe progressive di questo “percorso legislativo” che ha condotto ad un radicale mutamento del quadro di riferimento delineato dalla disposizione suddetta. Sarà pertanto necessario prendere le mosse dalla legge n. 481 del 1995 in tema di poteri normativi delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità per arrivare alle più recenti affermazioni sul piano legislativo della procedimentalizzazione dell’attività normativa delle autorità indipendenti. In particolare verranno in considerazione la legge di semplificazione per il 2001, limitatamente al suo art. 12, alcune disposizioni del cd. Codice delle comunicazioni elettroniche nonché del Codice delle assicurazioni private, per concludere con l’analisi di una particolare norma contenuta nella legge del dicembre 2005 in materia di tutela del risparmio e disciplina dei mercati finanziari. In seconda battuta si tratterà di considerare l’altra strada concretamente seguita per raggiungere l’obiettivo della apertura dei procedimenti normativi di

competenza delle autorità: la strada dell'autonomia normativa. Con tale espressione si intende fare riferimento alla necessità di considerare le modalità attraverso le quali le singole autorità si sono date una propria regolamentazione per quel che concerne i procedimenti normativi che si svolgono dinanzi ad esse. Tale ulteriore formula di "attualizzazione" e superamento della previsione di cui all'art. 13 della legge n. 241 del 1990, realizzata in via di prassi regolamentare con riguardo alle singole autorità, ci condurrà a prendere in considerazione una particolare figura di regolamento di organizzazione (o "investitura") ad efficacia esterna, che costituisce chiaro strumento per la realizzazione di un effettivo ingresso dei regolati nei procedimenti di normazione di competenza delle autorità di cui si discute. La conclusione che si può trarre da questa analisi "a campione" avente ad oggetto tanto provvedimenti di carattere legislativo quanto atti di natura strettamente regolamentare in concreto adottati dalle singole autorità di settore, è quella di un'attenzione sempre maggiore verso le modalità della produzione normativa di competenza delle autorità indipendenti da valutarsi sulla base di due linee direttrici intrinsecamente connesse. E così, da un lato emerge una tendenza orientata verso la predisposizione di formule partecipative che, essendo più "avanzate" (M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit. p. 149) di quelle di cui alla legge n. 241 del 1990, consentono un maggiore e più diretto (ed incisivo) coinvolgimento dei soggetti potenziali destinatari di un determinata attività di regolazione settoriale nel concreto processo decisionale che conduce alla adozione del provvedimento finale; dall'altro una tendenza orientata alla individuazione di strumenti per il miglioramento (in termini di *drafting* sostanziale) della qualità degli atti normativi delle autorità medesime sotto il profilo della loro adeguatezza alle esigenze dell'ambito da regolare, strumenti questi di cui la valutazione di impatto di una determinata opzione regolativa operata dal regolatore *ex ante* (e cioè prima dell'adozione della decisione finale) costituisce il principale esempio. Si tratta, come è evidente, di due profili strettamente connessi in quanto con riferimento ad entrambi resta il comune obiettivo rappresentato dal miglioramento sul piano qualitativo dei prodotti normativi delle autorità indipendenti nel senso della configurabilità di questi ultimi (siano essi denominati regolamenti o deliberazioni) come risultati di processi decisionali adeguatamente "ponderati" ed il più possibile partecipati. Ma, e qui sta la differenza, se in un caso il prodotto finale viene a costituire il risultato di un processo decisionale articolato e complesso in quanto finalizzato ad ottenere una decisione più rispondente agli interessi dei suoi futuri destinatari, nel caso dell'analisi di impatto della regolazione (Air) si opera invece una vera e propria valutazione *ex ante* di carattere globale della regolazione in via di adozione, la quale viene parametrata non solo ai concreti interessi dei regolati, ma più in generale con riferimento al suo impatto ordinamentale (valutandone in altre parole le concrete ricadute in termini di costi/benefici su cittadini, amministrazione pubblica ed imprese). L'apertura dei processi normativi delle autorità indipendenti e la maggiore ponderazione (in termini di valutazione *ex ante* degli effetti) delle misure regolative in corso di elaborazione divengono in definitiva strumenti essenziali al fine di soddisfare due diversi tipi di esigenza: quella di superare la tradizionale asimmetria informativa tra decisore pubblico (autorità) e destinatari della decisione (operatori di settore); e quella di "colmare il deficit di legalità sostanziale con garanzie procedurali rafforzate" idonee in quanto tali a legittimare per altra via la "presenza nel nostro ordinamento di Autorità indipendenti dal potere politico e sganciate in qualche misura dal circuito democratico tradizionale" (cfr. M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione in Il procedimento*

davanti alle autorità indipendenti (Quaderni del Consiglio di Stato), cit., p. 19).

2.6.1. L. n. 481 del 1995 art. 2, commi 23, 24 lett. a), 27 e 28 e delibera Aeeg n. 61 del 20 maggio 1997**(i)**

Tipologia dell'atto	Legge statale n. 481/1995
Natura	Normativa
Data di emanazione	14 novembre 1995
Autorità emanante	Parlamento italiano
Partizione dell'atto	art. 2 commi 23, 24 lett. a), 27 e 28
Richiami espliciti ad altre fonti o documenti	legge 7 agosto 1990 n. 241; art. 17, comma 1, legge 23 agosto 1988 n. 400; d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29.
Destinatari ed ambito di applicazione	la disposizione si rivolge esclusivamente alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità per la disciplina delle procedure relative alle attività da loro svolte.
Abrogazione espresse	nessuna

(ii)

Tipologia dell'atto	Regolamento di autorità amministrativa indipendente
Natura	Normativa
Data di emanazione	20 maggio 1997
Autorità emanante	Autorità per l'Energia elettrica ed il gas
Partizione dell'atto	art. 5
Richiami espliciti ad altre fonti o documenti	art. 2, comma 12 lett. e), lett. h) e lett. i) della legge 14 novembre 1995, n. 481
Destinatari ed ambito di applicazione	la disposizione si rivolge esclusivamente all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas e contiene la disciplina delle modalità di svolgimento della partecipazione degli "interessati" ai procedimenti normativi di sua competenza
Abrogazione espresse	nessuna

(iii)

Tipologia dell'atto	Regolamento di autorità amministrativa indipendente
Natura	Normativa

Data di emanazione	20 maggio 1997
Autorità emanante	Autorità per l'Energia elettrica ed il gas
Partizione dell'atto	art. 5
Richiami espliciti ad altre fonti o documenti	art. 2, comma 12 lett. e), lett. h) e lett. i) della legge 14 novembre 1995, n. 481
Destinatari ed ambito di applicazione	la disposizione si rivolge esclusivamente all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas e contiene la disciplina delle modalità di svolgimento della partecipazione degli "interessati" ai procedimenti normativi di sua competenza
Abrogazione espresse	nessuna

1.1. Il commento

Le disposizioni in commento si inseriscono nell'ambito di quel processo, di cui si è fatta menzione nella presentazione della presente sezione, che ha portato ad un progressivo rafforzamento delle garanzie procedurali con riferimento all'azione delle autorità amministrative indipendenti. Con particolare riguardo alle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità la ripresa ed il contestuale superamento (nel senso di evoluzione) della formula partecipativa delineata dalla legge n. 241 del 1990 – la cui semplice applicazione avrebbe determinato, ad avviso di una parte della dottrina, una "attenuazione delle garanzie nei confronti di quei soggetti maggiormente coinvolti dall'azione delle Autorità" (cfr. L. DE FRANCISCI, *Art. 2, commi 22, 23, 24, lett. a)*, in A. BARDUSCO, G. CAIA, G. DI GASPARE (a cura di), *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità* in *Nuove leggi civili commentate*, 1998, pp. 382-383) – si traduce nella elaborazione di norma idonee a realizzare una partecipazione "effettiva" dei destinatari ai procedimenti di regolazione per il tramite tanto di "memorie, osservazioni, opposizioni" (L. DE FRANCISCI, *op. cit.*) secondo il tradizionale schema risultante dalla legge del 1990, quanto di "audizioni periodiche" (contraddittorio in forma orale) delle diverse associazioni indicate dall'art. 2, comma 23. Il richiamo operato da quest'ultima disposizione alle norme contenute nel capo III della legge n. 241 del 1990 in tema di disciplina generale dell'azione amministrativa deve essere inteso in termini di generico riferimento ai principi desumibili dalla disciplina della partecipazione al procedimento amministrativo, con la particolarità per cui il riferimento alle audizioni periodiche, in tale comma contenuto, rappresenta una ulteriore forma di articolazione, evoluzione e rafforzamento di quel contraddittorio in funzione collaborativa delineato dalla legge del 1990. Se infatti, come è stato criticamente rilevato (M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, pp. 5 e ss. in *Dir. proc. amm.*, 1989, pp. 5 e ss. e G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti* in A. PREDIERI, *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, pp. 224 e ss.;

nonché da ultimo L. SALOMONI, *Partecipazione procedimentale e legittimazione democratica. Il caso delle autorità indipendenti*, Roma, 2006, pp. 90 e ss.), la figura dell'audizione non trova originariamente spazio nelle disposizioni del capo III della legge del 1990, l'espressa menzione di tale istituto nella legge n. 481 del 1995 ed il conseguente rinvio al regolamento con cui le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità sono chiamate a disciplinarne lo svolgimento concreto altro non rappresenta che una forma di "sviluppo del principio della partecipazione" rispetto al modello tradizionale (in tal senso G. MORBIDELLI, *op. ult. cit.*, p. 237). Risulta chiaro a tal punto come tale estensione dell'esercizio delle facoltà partecipatorie, con specifico riguardo alle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, abbia condotto all'introduzione di modalità di intervento del privato nei procedimenti di loro competenza inizialmente sconosciute alla legge generale sul procedimento amministrativo. La previsione nel caso di specie di una facoltà di audizione delle diverse formazioni associative indicate dal comma 23, nell'introdurre una formula di contraddittorio di tipo orale, viene a costituire così una "maggiore garanzia di effettività (rispetto, ad esempio, all'utilizzo delle semplici comunicazioni scritte) dell'apporto privato al provvedimento finale" (L. SALOMONI, *op. cit.*, p. 90). Il comma 23 dell'art. 2, in analogia a quanto disposto dal successivo comma 28, ed a differenza di quanto stabilito dal comma 24, lett. a) – che attribuisce genericamente al Governo il potere di adottare regolamenti attuativi-integrativi della legge n. 481 del 1995 per la disciplina delle "procedure relative alle attività svolte dalle Autorità" – fa esplicito riferimento ad un regolamento adottato dalle autorità in oggetto e finalizzato alla disciplina delle "audizioni periodiche" e delle "rilevazioni" sulla soddisfazione degli utenti in merito all'efficacia dei servizi. Si tratta di un atto normativo il cui contenuto viene integralmente determinato per espressa previsione legislativa dalle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità per le quali non è previsto alcun limite se non quello di ispirare la regolazione delle modalità di svolgimento delle audizioni e rilevazioni ai principi generali in tema di partecipazione rinvenibili nel capo III della legge n. 241 del 1990. Il secondo periodo del comma 23 opera una distinzione tra due diversi tipi di attività: le audizioni periodiche e le rilevazioni. Fermo restando che i soggetti ai quali queste due specifiche attività si rivolgono sono da individuarsi nella "platea" dei potenziali destinatari dell'attività di regolazione posta in essere dalle autorità (in generale utenti, associazioni ambientaliste e sindacali di lavoratori ed imprese), non pare dubbio che le rilevazioni, a differenza delle audizioni periodiche, siano meglio individuate per quanto concerne il loro oggetto (grado di soddisfazione degli utenti e concreta efficacia dei servizi). In ogni caso, comunque, entrambe le attività delineate dalla norma in esame, ben possono collegarsi ad uno specifico procedimento normativo in corso di svolgimento davanti agli organi delle autorità, costituendo così forme di collaborazione preliminare tra queste ultime ed i soggetti potenziali destinatari della loro attività di regolazione. In altre parole, se da un lato bisogna riconoscere che audizioni e rilevazioni possono rappresentare strumenti di consultazione di tipo preventivo ed idonei a chiarire il "punto di vista" dei regolati in merito tanto agli indirizzi generali della politica di regolazione seguita dalle autorità quanto ai singoli atti normativi in via di elaborazione, dall'altro nulla vieta che le suddette attività possano vivere in via del tutto autonoma, svincolata ed indipendente rispetto ad un procedimento finalizzato alla produzione di un atto normativo. Il comma 28 dell'art. 2 della legge n. 481 del 1995 deve necessariamente essere letto in combinato disposto con il precedente comma 27 il quale stabilisce che le Autorità

di regolazione dei servizi di pubblica utilità hanno autonomia “organizzativa, contabile ed amministrativa”. Nel quadro di quella che il legislatore definisce “autonomia organizzativa” è possibile rinvenire il fondamento del potere delle autorità in questione di disciplinare unitamente al loro funzionamento anche i procedimenti che si svolgono dinanzi agli organi delle medesime, disciplina, questa, idonea ad incidere sulle situazioni giuridiche soggettive degli operatori del settore e, più in generale, di quei terzi che con le autorità entrino in contatto (cfr. D. DE GRAZIA, *La regolazione dei servizi di pubblica utilità e l'attività “normativa” dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas*, in *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Torino, 2005, pp. 79 e ss., nonché S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002, pp. 82 e ss.). In altre parole, la configurazione di un rapporto di specialità tra comma 28 e comma 27 dell'art. 2 della legge n. 481 del 1995 – nel senso di un “rafforzamento” con contestuale specificazione “del principio di autonomia organizzativa” (cfr. E. ZAFFARONI, *Art. 2, comma 28*, in A. BARDUSCO, G. CAIA, G. DI GASPARE, cit., p. 424) di cui alla seconda delle disposizioni ricordate – consente di ricondurre anche la disciplina dei procedimenti normativi che si svolgono davanti alle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità nel quadro più generale delle “attività svolte dalle Autorità” medesime. Queste ultime hanno provveduto a disciplinare la materia “procedimenti normativi di loro competenza” mediante l'adozione di particolari regolamenti riconducibili nell'ambito dei cd. “regolamenti organici” (E. ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 424) idonei a fissare le regole generali di organizzazione e funzionamento di ciascuna delle autorità in questione. La particolarità di tali atti consiste nel loro essere veri e propri regolamenti “di investitura” ad efficacia esterna, e cioè regolamenti che per loro natura si collocano a metà strada tra regolamenti di organizzazione (ed efficacia) interna in senso proprio e regolamenti cd. “di esercizio” (idonei a disciplinare rapporti tra soggetti esterni alle autorità in oggetto). Si tratta cioè di regolamenti che se da un lato (al pari dei regolamenti “di investitura”) si occupano della disciplina organizzativa di una attività specifica che si svolge dinanzi agli organi di un'autorità indipendente, dall'altro (al pari dei regolamenti “di esercizio”) vanno ad incidere sulle posizioni soggettive di terzi, regolando, tuttavia, non tanto rapporti interprivatistici rispetto ai quali l'autorità si porrebbe come arbitro esterno ed imparziale, quanto piuttosto un rapporto tra autorità e cittadino-soggetto privato. In una sola parola essi operano nel senso della regolazione e della disciplina del *quomodo* di una determinata attività che si svolge davanti alla autorità medesima e che tuttavia è idonea ad incidere sulla sfera giuridica dei privati che con l'amministrazione indipendente entrino in contatto. La disciplina generale dell'organizzazione interna e del funzionamento dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas è da rinvenirsi nella delibera n. 26/2001, mentre la più specifica regolazione delle modalità di svolgimento dei cd. procedimenti normativi di competenza dell'Autorità in questione si ritrova nella delibera n. 61 del 1997, adottata ai sensi del comma 27 dell'art. 2 della legge n. 481 del 1995, e recante “*Disposizioni generali in materia di svolgimento dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas*”. Nella prospettiva di un progressivo superamento anche in via regolamentare della restrittiva previsione di cui all'art. 13 della legge n. 241 del 1990, la menzionata delibera – che peraltro deve essere tenuta nettamente distinta dal regolamento governativo in materia di “procedure istruttorie” adottato con d.p.r. n. 244 del 2001 (nel quale sono contenute disposizioni relative alla partecipazione ai procedimenti diretti all'adozione di provvedimenti individuali, nonché norme in

tema di audizione dei soggetti che intervengono in siffatti procedimenti) – ha inteso individuare una specifica disciplina della partecipazione ai procedimenti dell’Autorità per l’energia elettrica ed il gas preordinati alla formazione di atti normativi ed a contenuto generale (art. 5). In particolare, quest’ultima disposizione, nel conformarsi al modello della comunicazione di avvio del procedimento di cui all’art. 7 della legge n. 241 del 1990, prevede, infatti, al comma 1, un’attività di informazione in virtù della quale l’Aeeg dà notizia “mediante pubblicazione di un avviso sul Bollettino, o in altra forma ritenuta idonea” dell’avvio dei procedimenti diretti alla predisposizione degli atti normativi o amministrativi di carattere generale di sua competenza. Nella deliberazione di avvio del procedimento così comunicata vengono poi individuati un relatore, un funzionario responsabile dello svolgimento delle attività preparatorie della decisione finale ed un termine massimo oltre il quale non è più possibile far pervenire all’Autorità osservazioni e memorie scritte (espressione di un contraddittorio in forma scritta sulla “scia” del tradizionale modello di cui all’art. 10, comma 1, lett. b), della legge del 1990). Il comma 2 dell’art. 5 della delibera n. 61/1997 consente poi di individuare due distinte forme di “evoluzione” dello schema partecipativo di cui alla legge n. 241: la prima consiste nella concretizzazione di un contraddittorio, sempre in forma scritta, ma con la rilevante particolarità per la quale la formulazione di “osservazioni” non si svolge, come è stato osservato, “nel vuoto” (cfr. S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, cit., p. 40) ma ha ad oggetto una “versione preliminare del provvedimento da adottare” (art. 5, comma 2, lett. a); la seconda si traduce invece nella configurazione di una struttura dialettica, autentica espressione di un contraddittorio in forma orale, nel procedimento di elaborazione dei menzionati atti normativi (in quest’ottica deve essere inquadrata la possibilità per l’Aeeg di “convocare audizioni speciali, anche individuali” stabilita dall’art. 5, comma 2, lett. b). In conclusione, l’affermata riconducibilità della delibera Aeeg n. 61 del 1997 al modello del *notice and comment* (così in dottrina M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, cit., p. 18) consente in questa sede non solo di apprezzare in concreto una modalità di perfezionamento (realizzata per il tramite di un regolamento “di investitura” ad efficacia esterna dell’Autorità) dello schema partecipativo contenuto nella legge n. 241 del 1990, ma anche di evidenziare la realizzazione di un “nuovo” e più penetrante schema dialogico-relazionale nell’ambito più generale dei rapporti tra pubblici poteri (nel caso di specie un’autorità indipendente) e società civile (destinatari dell’attività di regolazione). Tornando infine per un attimo alla lettura delle disposizioni legislative che si sono commentate, è da rilevare come l’adozione di una delibera *ad hoc* da parte dell’Autorità in questione di fatto sembra aver consentito di risolvere il dubbio inerente la riconducibilità della materia “procedimenti normativi dell’Autorità per l’energia elettrica ed il gas” nell’ambito della previsione di cui al comma 24 lett. a) – che come già rilevato prevede un intervento governativo per la disciplina delle “procedure relative alle attività svolte dalle Autorità” – ovvero della previsione di cui al combinato disposto dei commi 27 e 28 dell’art. 2 in commento. La scelta per il secondo corno dell’alternativa, nel rafforzare in un certo qual modo l’autonomia ed indipendenza dell’Autorità, conferma pienamente la sua esclusiva competenza a regolare le procedure che si svolgono dinanzi ad essa preordinate all’adozione di atti di regolazione settoriale.

2.6.2. Legge n. 229 del 2003 art. 13 commi 8 e 9 (i) d.lgs. n. 259 del 2003 (ii); art. 191, comma 4, d.lgs. n. 209 del 2005 (iii); art. 23 legge n. 262 del 2005 (iiii).

i)

Tipologia dell'atto	Legge statale n. 229/2003 (legge di semplificazione per il 2001)
Natura	Normativa
Data di emanazione	29 luglio 2003 (pubblicata in Gazz. Uff. del 25 agosto 2003)
Autorità emanante	Parlamento italiano
Partizione dell'atto	art. 12
Richiami espliciti ad altre fonti o documenti	legge 10 ottobre 1990 n. 287
Destinatari ed ambito di applicazione	la disposizione si rivolge a tutte le autorità amministrative indipendenti con funzioni di “controllo, vigilanza o regolatorie” nell’ambito del procedimento preordinato alla emanazione degli atti di loro competenza, con riferimento particolare agli atti amministrativi generali, di programmazione, pianificazione e, comunque, di regolazione, con esclusione delle segnalazioni, delle attività consultive e dei procedimenti previsti dalla legge n. 287 del 1990.
Abrogazione espresse	nessuna

(ii)

Tipologia dell'atto	Decreto legislativo n. 259/2003
Natura	Normativa
Data di emanazione	1° agosto 2003 (pubblicato in Gazz. Uff. del 15 settembre 2003)
Autorità emanante	Governo italiano
Partizione dell'atto	art. 13, commi 8 e 9
Richiami espliciti ad altre fonti o documenti	legge 8 marzo 1999 n. 50 e direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2000
Destinatari ed ambito di applicazione	la disposizione si rivolge esclusivamente all’Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni

Abrogazione espresse	nessuna

(iii)

Tipologia dell'atto	decreto legislativo n. 209/2005
Natura	Normativa
Data di emanazione	7 settembre 2005
Autorità emanante	Governo italiano
Partizione dell'atto	art. 191, comma 4
Richiami espliciti ad altre fonti o documenti	legge 8 marzo 1999 n. 50 e direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2000
Destinatari ed ambito di applicazione	la disposizione si rivolge esclusivamente all'Istituto superiore di vigilanza sulle assicurazioni private (Isvap) nell'ambito dei procedimenti preordinati alla adozione dei regolamenti previsti dal comma 1 dell'art. 191 ed attuativi delle norme contenute nel Codice delle assicurazioni private
Abrogazione espresse	nessuna

(iii)

Tipologia dell'atto	Legge statale n. 262/2005
Natura	Normativa
Data di emanazione	28 dicembre 2005
Autorità emanante	Parlamento italiano
Partizione dell'atto	art. 23
Richiami espliciti ad altre fonti o documenti	legge 8 marzo 1999 n. 50 e direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2000
Destinatari ed ambito di applicazione	la disposizione si rivolge esclusivamente a Consob, Isvap, Banca d'Italia e Covip nell'ambito dei procedimenti preordinati alla adozione dei "atti aventi natura regolamentare o di contenuto generale" con esclusione di quelli di organizzazione interna delle menzionate autorità
Abrogazione espresse	nessuna

2.1. Il contesto di riferimento

L'entrata in vigore dell'art. 12 della legge di semplificazione per il 2001 (legge n. 229 del 2003) pone fine ad una situazione di *empasse* derivante dalla mancanza di forme di analisi di impatto con riferimento all'attività di regolazione posta in essere dalle autorità amministrative indipendenti. La previsione tanto a livello statale quanto a livello regionale di forme e metodi di Air aveva infatti condotto alcuni studiosi della materia a rilevare l'esistenza di una vera e propria "lacuna legislativa" sul punto con riferimento ad organismi (le autorità in questione) i quali forse più di altri "emanano atti regolatori ad altissimo impatto nel tessuto economico e sociale" a tal punto da "pervadere la vita di ciascuno: cittadini imprese, formazioni sociali"(cfr. D. IELO, *L'analisi di impatto delle regolazione, in Amministrare* fasc. n. 2 del 2005, p. 289). Il rilevato vuoto normativo è stato così colmato attraverso il ricorso ad una norma di tipo "programmatico" (D. IELO, *op. cit.*) che, nel porre un generale obbligo per tutte le autorità indipendenti di dotarsi di "forme e metodi" di Air, di fatto ha gettato le basi per una successiva specificazione a livello legislativo di tale previsione con riferimento alle diverse autorità indipendenti. L'invito del legislatore del 2003 è stato raccolto *in primis* dal Governo in sede di elaborazione del Codice delle comunicazioni elettroniche (art. 13, commi 8 e 9 del d.lgs. n. 259 del 2003, che ha previsto siffatto obbligo con riferimento all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), così come, due anni più tardi, con l'adozione del Codice delle assicurazioni private (art. 191, comma 4, del d.lgs. n. 209 del 7 settembre 2005, ove viene previsto un obbligo per l'Isvap di "rendere noto", al momento dell'avvio della consultazione sui propri atti di natura regolamentare, unitamente allo schema di provvedimento anche "i risultati" dell'analisi Air effettuata secondo "i principi" enunciati dall'art. 12 del Codice delle comunicazioni elettroniche), per arrivare al varo da parte del Parlamento della legge n. 262 del 28 dicembre 2005 in materia di tutela del risparmio e disciplina dei mercati finanziari (il cui art. 23, comma 2, prevede l'obbligo di "accompagnare gli atti aventi natura regolamentare o di contenuto generale" di Consob, Isvap, Banca d'Italia e Covip con una relazione Air finalizzata ad illustrarne le conseguenze e ricadute "sull'attività delle imprese degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori"). La puntuale specificazione dell'obbligo originariamente contenuto nell'art. 12 della legge n. 229/2003 sembra così avere contribuito a configurare a livello di legislazione successiva un "vero e proprio obbligo procedimentale che, se disatteso, può inficiare la legittimità dell'atto regolatorio emanato in difetto di Air" (D. IELO, *op. cit.*). Tutto quanto detto altro non fa che confermare l'idea generale per cui la disposizione di cui all'art. 12 della legge n. 229/2003 si collochi nell'ambito di un contesto di sempre maggiore "interesse del legislatore verso lo strumento di analisi di impatto della regolamentazione" (cfr. G. SAVINI – C. CAMPEGIANI, *L'art. 12 della legge 229/2003 e l'air delle authorities di regolazione e garanzia in www.amministrazioneincammino.it*) con particolare riguardo all'attività di regolazione posta in essere dalle autorità amministrative indipendenti, tendenza questa peraltro pienamente confermata dalle disposizioni contenute nello schema di disegno di legge proposto dal Ministro per la Funzione Pubblica (cd. "d.d.l. Mazzella") ed iscritto (ma mai approvato) all'ordine del giorno del Consiglio dei Ministri dei giorni 18 aprile, 31 luglio e 3 ottobre dell'anno 2003 e recante "Norme e principi in materia di organizzazione e funzionamento delle Istituzioni pubbliche indipendenti e delle agenzie". Alla base di questo interesse di cui si è detto vi sono, per così dire, due "preoccupazioni" del legislatore (cfr. G. DE MINICO: *Regole, comando e consenso*, Torino, 2004, pp. 80 e ss.) peraltro

strettamente collegate tra di loro. La prima preoccupazione deriva da una presa di coscienza dell'estraneità delle autorità indipendenti al circuito democratico, nel senso di una loro sottrazione ai tradizionali meccanismi di legittimazione democratica, con successiva ricerca di una loro legittimazione, per così dire "indiretta", attraverso gli strumenti e le garanzie di tipo procedimentale rappresentati dalla partecipazione, dalla consultazione, dalla valutazione di impatto e dall'ascolto delle istanze dei destinatari di un determinato atto normativo nell'ambito del procedimento che conduce alla sua concreta elaborazione e successiva adozione. In questo generale contesto la previsione di "forme" e "metodi" di analisi di impatto della regolamentazione su atti normativi delle autorità diviene pertanto strumento di proceduralizzazione e democratizzazione della loro attività regolativa, la quale, in tal modo, cercherà di rispondere in maniera più adeguata possibile a bisogni, esigenze e stimoli provenienti dalla pluralità dei destinatari di tali atti di regolazione. Si comprende così, alla luce di quanto qui affermato, come la seconda preoccupazione del legislatore, e cioè quella di "assicurare l'effettività della decisione regolatoria intesa come verifica anticipata delle concrete possibilità di un testo normativo di incidere utilmente sul tessuto sociale" (G. DE MINICO: *op. cit.*, p. 83), ben possa essere "scacciata" attraverso strumenti, quali Air e procedura aperte di consultazione dei destinatari, idonei a garantire un miglioramento della qualità delle regole dettate dalle autorità in termini di aderenza e rispondenza alle concrete esigenze di un determinato ambito di regolazione.

2.2. Le questioni "sul tappeto" in tema di Air delle autorità indipendenti

La disposizione generale di riferimento costituita dall'art. 12 della legge n. 229 del 2003 nell'individuare un obbligo per le autorità indipendenti di dotarsi di "forme" e "metodi" di Air nei "modi previsti dai rispettivi ordinamenti" lascia aperte due questioni: la prima attiene alla concreta specificazione delle modalità di effettuazione dell'Air sulla base di un determinato modello di riferimento (metodi e forme), la seconda attiene all'inquadramento dei modi attraverso i quali le singole autorità potranno dotarsi di strumenti di analisi di impatto della regolamentazione. Sul primo punto è da rilevare come la soluzione prescelta sia stata quella del richiamo della direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2000 (attuativa della legge n. 50 del 1999) operato dall'art. 13, comma 8, del Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259 del 2003), dovendosi al contempo estendere il suddetto rinvio anche alla successiva direttiva del 21 settembre 2001 integrativa e specificativa di quella del 2000. In altre parole l'Air delle autorità indipendenti, una volta "articolata in base al modello contenuto nelle due Direttive governative, si risolverà nell'illustrazione puntuale del percorso conoscitivo-valutativo compiuto dal decidente: dalla rilevazione delle aspettative sociali e degli obiettivi pubblici all'ideazione dell'opzione regolativa più adeguata ai fatti" (cfr. G. DE MINICO: *Regole*, cit., p. 84), costituendo pertanto la preventiva acquisizione dei fatti e la successiva scelta della più adeguata opzione regolativa i momenti salienti di questa attività di analisi in merito ai provvedimenti normativi delle autorità. Pertanto, lo scopo dell'Air riferita alle autorità indipendenti, sarà quello di offrire una "valutazione ex ante sull'impatto dei provvedimenti regolativi sulle condizioni di vita dei cittadini e sull'attività delle imprese, sia sotto il profilo economico che sociale, mettendo in evidenza i lati positivi e negativi dei diversi provvedimenti regolativi e con sentendo così al regolatore di optare le soluzioni più efficaci" (così F. DONATI, V. BONCINELLI: *I regolamenti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in P. CARETTI (a

cura di) *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, p. 164). Appare chiaro a tal punto come, se da un lato l'attivazione di procedure aperte di consultazione diviene "elemento qualificante dell'Air" (G. SAVINI, C. CAMPEGIANI: *L'art. 12 della legge 229/2003*, cit. p. 9) in quanto strumento primario attraverso il quale sarà possibile "acquisire le aspettative dalla viva voce degli interessati" (G. DE MINICO: *op. cit.* p. 84), dall'altro il problema si sposta sul piano della necessaria individuazione di una disciplina chiara delle modalità di svolgimento delle procedure di consultazione avviate dalle autorità indipendenti al fine di giungere ad una analisi di impatto delle varie opzioni regolative il più possibile informata e completa; disciplina questa che fino a questo momento non è stata individuata in maniera unitaria ed omogenea. Infatti sul piano della consultazione quale strumento di acquisizione di fatti su cui poi innestare la successiva fase valutativa, il legislatore si limita ad operare due sommarie precisazioni. La prima è contenuta nell'art. 23, comma 2, della legge n. 262 del 2005 in commento ed attiene alla individuazione tanto delle finalità generali della consultazione quanto dei contenuti minimi della relazione Air di Consob, Isvap, Covip e Banca d'Italia. La consultazione dei potenziali destinatari degli atti normativi dei menzionati organismi, essendo finalizzata ad operare scelte regolative ispirate al principio di proporzionalità (nel senso di scelte tenenti ad imporre il minor sacrificio possibile degli interessi dei destinatari), costituisce elemento indispensabile per l'elaborazione del contenuto degli atti medesimi, i quali dovranno essere accompagnati da una apposita relazione Air che ne illustri le ricadute sull'attività e sugli interessi di imprese, operatori del settore, investitori e risparmiatori. La seconda precisazione è contenuta nell'art. 191, comma 4, del Codice delle assicurazioni private in commento, e consente di operare un chiarimento per quel che concerne la collocazione dell'Air nell'ambito del procedimento di elaborazione dei regolamenti Isvap con cui verrà data attuazione alle norme contenute nel d.lgs. n. 209 del 2005. La disposizione richiamata precisa infatti che l'avvio di "procedure di consultazione aperte e trasparenti" aventi ad oggetto lo schema di regolamento Isvap e finalizzate ad una migliore determinazione del contenuto della decisione finale (sul piano della sua rispondenza alle esigenze ed interessi dell'ambito da regolare), dovrà essere preceduta dall'effettuazione dell'analisi Air con successiva diffusione dei risultati di quest'ultima unitamente allo schema di provvedimento normativo sul quale acquisire il "punto di vista" dei soggetti regolati (sul punto si vedano le considerazioni di S. AMOROSINO: *I profili pubblicistici del nuovo codice delle Assicurazioni: disciplina di settore e potere di regulation dell'Isvap in Giorn. Dir. amm.* fasc. n. 12 del 2005, p. 1252). Le indicazioni desumibili dai due testi di legge richiamati appaiono estremamente sommarie nulla dicendo in merito alle concrete modalità di effettuazione dell'Air da parte di Consob, Isvap, Covip e Banca d'Italia né alla categoria di atti di ciascuna autorità per i quali lo svolgimento dell'analisi di impatto della regolazione debba ritenersi obbligatorio. Alla pressoché totale assenza di una "clausola di esenzione" in quanto tale idonea a "concentrare l'analisi sui provvedimenti (di regolazione) più significativi" (G. SAVINI, C. CAMPEGIANI: *L'art. 12 della legge 229/2003*, cit. p. 10) di tali autorità, ha cercato di porre rimedio l'art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259 del 2003, per la cui analisi v. i par. successivi). Detta disposizione, nel richiamare implicitamente la formulazione contenuta nell'*Executive Order* statunitense del 1993 (con il quale si stabiliva la sottoposizione ad analisi di impatto della regolamentazione delle sole proposte regolative "economicamente più significative" delle agenzie federali), prevede l'espletamento da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) dell'analisi di impatto

in questione con riguardo alle proposte di provvedimenti di regolazione “di impatto rilevante sul mercato di riferimento”. La delibera Agcom n. 453 del 2003 (in commento nei par. successivi) attuativa dell’art. 11 del d.lgs. n. 259 del 2003, ha poi previsto la possibilità, nell’ambito del processo di consultazione delle parti interessate avente ad oggetto una proposta di provvedimento regolativo dell’Autorità, di formulare “considerazioni relative all’impatto delle misure proposte” a partire dalle quali la medesima Agcom potrà operare, ex art. 13, comma 8 del Codice, una più precisa e completa analisi di impatto della regolamentazione in merito ad esse. Su di un piano più generale l’attuale mancanza di una legge quadro sui procedimenti di regolazione di tutte le autorità indipendenti (con particolare riferimento alla disciplina dell’Air e delle modalità di svolgimento delle consultazioni) idonea a delineare un vero e proprio statuto del partecipante, è stata vista come implicita rinuncia del legislatore a dettare una disciplina unitaria ed omogenea in materia con contestuale rinvio “a favore della potestà autorganizzatoria di ciascuna autorità, che potrà modulare secondo le proprie specificità lo svolgimento della procedura di Air” (G. DE MINICO, *op. cit.* p. 84). Quali dunque i “modi” previsti dagli “ordinamenti” delle autorità indipendenti al fine di disciplinare le procedure di Air che esse dovranno porre in essere? In attesa di una puntuale attuazione dell’art. 12 della legge n. 229 del 2003 in materia, la questione dei “modi previsti dai rispettivi ordinamenti” ed attraverso i quali le autorità potranno dotarsi in concreto di “forme” e “metodi” di Air sembrano essenzialmente due. La prima strada potrebbe essere quella della modificazione-integrazione dei regolamenti di organizzazione interna e funzionamento (cd. “regolamenti di investitura”) delle diverse autorità indipendenti. Detta soluzione porterebbe così all’introduzione di disposizioni specifiche in tema di modalità di individuazione delle diverse opzioni regolative da parte dell’autorità, con successiva consultazione dei destinatari delle adottande misure in ordine alle singole opzioni individuate e definitiva redazione di una “relazione di accompagnamento” del provvedimento normativo finale nella quale si dia adeguatamente conto delle valutazioni effettuate. La seconda, e forse preferibile, strada potrebbe essere quella dell’adozione da parte di ciascuna autorità di regolamenti *ad hoc* in tema di modalità di effettuazione dell’Air sulla falsa riga di quanto già avvenuto con riferimento alla disciplina dei meccanismi di consultazione previsti nel procedimento di elaborazione dei provvedimenti di regolazione di competenza dell’Agcom dalla delibera n. 453 del 2003. In questo ultimo senso sembra dover essere inteso l’inciso “propri regolamenti” contenuto nel comma 4 dell’art. 23 della legge n. 262 del 2005 in commento, intendendosi realizzare “l’applicazione dei principi” di cui al richiamato articolo (tra cui quello della necessità di “accompagnare” gli atti normativi di Consob, Isvap, Covip e Banca d’Italia con una relazione Air che ne illustri le ricadute nei più vari contesti) mediante regolamenti “di investitura” ad efficacia esterna adottati in via autonoma e distinta rispetto ai più generali atti con cui le autorità disciplinano la loro organizzazione interna ed il loro funzionamento.

2.6.3. Codice Comunicazioni elettroniche D. Lgs. n. 259 del 2003. artt. 11 i); Delibera AGCOM n. 316 del 2002 art. 29 e 30 ii); Delibera AGCOM n. 453 del 2003iii)

(i)

Tipologia dell'atto	Decreto legislativo n. 259/2003
Natura	Normativa
Data di emanazione	1° agosto 2003 (pubblicato in Gazz. Uff. del 15 settembre 2003)
Autorità emanante	Governo italiano
Partizione dell'atto	art. 11
Richiami espliciti ad altre fonti o documenti	legge 8 marzo 1999 n. 50 e direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2000
Destinatari ed ambito di applicazione	la disposizione si rivolge esclusivamente all'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni
Abrogazione espresse	nessuna

(ii)

Tipologia dell'atto	Delibera Agcom n. 316/2002
Natura	Normativa
Data di emanazione	9 ottobre 2002 (pubblicata in Gazz. Uff. del 5 novembre 2002)
Autorità emanante	Autorità per le garanzie nelle comunicazioni
Partizione dell'atto	Articoli 29 e 30
Richiami espliciti ad altre fonti o documenti	legge 7 agosto 1990 n. 241
Destinatari ed ambito di applicazione	le disposizioni si rivolgono all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nell'ambito dello svolgimento delle proprie attività
Abrogazione espresse	nessuna (ma la delibera in oggetto è stata modificata ed integrata dalla successiva delibera Agcom n. 436 del 2003)

(iii)

Tipologia dell'atto	Delibera Agcom n. 453/2003
Natura	Normativa
Data di emanazione	23 dicembre 2003 (pubblicata in Gazz. Uff. del 28 gennaio 2004)
Autorità emanante	Autorità per le garanzie nelle comunicazioni
Partizione dell'atto	Intero documento
Richiami espliciti ad altre fonti o documenti	legge 7 agosto 1990 n. 241; delibera Agcom n. 217 del 2001; articoli 11, 13, 18, 19, comma 8, 27, comma 9, 29, comma 1, 42, comma 4 e 5, 43, comma 2, 45, comma 4, 89, comma 2 del d.lgs. n. 259 del 2003; oltre a vari rinvii interni
Destinatari ed ambito di applicazione	le disposizioni contenute nella delibera si rivolgono all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e contengono la disciplina dello svolgimento delle consultazioni delle "parti interessate" in attuazione dell'art. 11 del Codice delle Comunicazioni elettroniche.
Abrogazione espresse	nessuna

Il contesto di riferimento

L'entrata in vigore del Codice delle Comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259 del 2003) pone definitivamente rimedio sul piano legislativo ad una situazione di vuoto normativo determinata dall'assenza nella legge n. 249 del 1997 di disposizioni in tema di procedimenti preordinati all'adozione di atti normativi da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom). L'attribuzione a quest'ultima, da parte della legge del 1997, di rilevanti poteri unitamente alla mancanza di una apposita disciplina delle modalità del loro esercizio aveva portato ad un indiretto (implicito) affidamento alla stessa Agcom della "disciplina di tutti gli aspetti inerenti al proprio funzionamento, ivi compresi i procedimenti di formazione degli atti di maggiore rilievo" (cfr. F. DONATI, V. BONCINELLI: *I regolamenti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in P. CARETTI (a cura di) *Osservatorio sulle fonti*, cit. p. 160). La disciplina generale del procedimento di formazione degli atti di regolazione settoriale Agcom veniva così ad essere indirettamente affidata a disposizioni speciali contenute nel regolamento di investitura dell'Autorità in questione con contestuale rinvio a "successivi interventi normativi" per la "disciplina specifica delle singole procedure aventi rilevanza esterna" (così ancora F. DONATI, V. BONCINELLI, cit. p. 160). Così, la disciplina delle diverse tipologie di strumenti di partecipazione dei regolati ai procedimenti di regolazione di competenza Agcom, contenuta nel regolamento di organizzazione e funzionamento di quest'ultima adottato con delibera n. 17 del 16 giugno 1998, è stata ripresa e puntualizzata *in primis* mediante l'adozione un anno più tardi della delibera n. 278 del 1999 (specificamente dedicata alla disciplina delle procedure per lo svolgimento di consultazioni pubbliche nell'ambito di ricerche ed indagini conoscitive), e successivamente con l'adozione della delibera n. 436 del 9 ottobre 2002 (modificata nel 2003 e con la quale l'Agcom si è dotata di un "nuovo" regolamento in materia di organizzazione interna e funzionamento)

ed in particolare della delibera n. 453 dell'anno 2003 (che ha dato puntuale attuazione all'art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche perfezionando al contempo il meccanismo di consultazione già delineato dalla menzionata delibera n. 278/1999). Come già rilevato in sede di commento alle partizioni della legge n. 481 del 1995, l'idea che si trae dalla lettura delle disposizioni contenute nei richiamati documenti è quella di una ripresa del modello partecipativo delineato dalla legge n. 241 del 1990 con contestuale superamento della previsione restrittiva di cui all'art. 13 e perfezionamento (puntualizzazione) degli strumenti attraverso i quali realizzare una effettiva partecipazione dei destinatari dell'attività di regolazione dell'Agcom al procedimento di formazione dei suoi atti normativi. Un superamento, quello di cui si detto, che è stato realizzato, prima in via regolamentare, per effetto dell'autonomia organizzativa dell'Agcom (si veda a conferma di ciò l'adozione di regolamenti "di investitura" ad efficacia esterna di cui la delibera n. 278/1999 costituisce chiaro esempio) e che solo successivamente ha trovato traduzione sul piano della normazione primaria per effetto dell'art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche in commento.

Le consultazioni come nuovi "meccanismi" della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom).

Tra gli strumenti di tipo partecipativo "ulteriori" rispetto a quelli previsti dalla legge n. 241 del 1990 ed idonei a "permettere un efficace confronto con le categorie e con i soggetti operanti nel settore delle comunicazioni, ottenendo così il duplice risultato di valorizzare l'apporto di conoscenze, esperienze e informazioni provenienti direttamente dal mercato e quello di garantire la piena conoscibilità e verificabilità dei processi decisionali" (cfr. F. DONATI, V. BONCINELLI: *I regolamenti*, cit. p. 160), sono da annoverare due figure tra di loro strettamente collegate: le audizioni pubbliche e le consultazioni dei soggetti regolati nell'ambito dei processi di regolazione di competenza Agcom. I due strumenti menzionati possono essere ricollegati tanto ad un procedimento di regolazione in corso di svolgimento, quanto ad una più generale necessità di acquisire informazioni per un corretto assolvimento dei compiti della stessa Agcom ed indipendentemente dalla pendenza di un procedimento preordinato all'adozione di un atto normativo. Il rapporto tra di essi intercorrente potrebbe essere inquadrato come rapporto di genere-specie, nel senso che se da un lato la consultazione costituisce un generale strumento di apertura dell'amministrazione verso l'esterno (ad esempio mediante comunicazione ai destinatari di una proposta di provvedimento con contestuale invito a far pervenire il proprio punto di vista in merito ad essa), dall'altro l'audizione, insieme con la comunicazione per iscritto di memorie ed osservazioni, ben possono configurarsi come strumenti attraverso i quali si può realizzare compiutamente detto processo di consultazione. In altre parole, la consultazione postula un flusso informativo che dall'amministrazione si rivolge verso la "platea" dei destinatari di una adottanda misura regolativa, mentre l'audizione costituisce, per così dire, il "ritorno" verso l'amministrazione di un insieme di informazioni provenienti dai suddetti destinatari ed utili ai fini della elaborazione del contenuto del provvedimento finale. Si tratta, ad ogni modo, di due strumenti di garanzia sul piano procedimentale che, innestandosi sul modello di base costituito dalle disposizioni contenute nel capo III della legge n. 241 del 1990, consentono di realizzare una più evoluta (in quanto incisiva) forma di collaborazione preliminare dei destinatari al processo di produzione di regole che nei loro confronti dovranno esplicitare i propri effetti. Così, il richiamo contenuto nell'art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche alla "osservanza della

legge 7 agosto 1990 n. 241”, al pari di espressioni quali “l’Autorità si ispira ai principi della trasparenza, della partecipazione e del contraddittorio stabiliti dalla legge 7 agosto 1990 n. 241” e “ferme restando le garanzie di partecipazione al procedimento di cui alla legge 7 agosto 1990 n. 241 e successive modificazioni”, rispettivamente contenute nel regolamento di organizzazione e funzionamento Agcom (delibera n. 316 del 2002) e nella delibera Agcom 453 del 2003 in commento, altro non sono che la dimostrazione del fatto che le formule partecipative previste dal legislatore del 1990 costituiscono una sorta di livello minimo di garanzia procedimentale derogabile solo *in melius* (consultazioni ed audizioni) ed al di sotto del quale non è possibile scendere, pena la totale estromissione degli interessati dai procedimenti di regolazione dell’Agcom. Il perfezionamento del modello partecipativo, delineato originariamente nel capo III della legge n. 241 del 1990, per effetto dell’introduzione di apposite consultazioni nell’ambito dei procedimenti di regolazione, diviene così elemento essenziale al fine di “contribuire al miglioramento della qualità della regolazione, consentendo non solo di innalzare il livello qualitativo e quantitativo di acquisizione degli elementi di fatto e di diritto su cui si fonda l’istruttoria del regolatore” (l’espressione è ripresa da P. FAVA: *La consultazione degli interessati nella multilevel governance*, in corso di pubblicazione su *Rassegna dell’Avvocatura dello Stato*, 2006), ma anche accrescendo, al contempo, la legittimazione democratica di organismi che tradizionalmente ne sono privi.

Dalla lettura del menzionato art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche, si possono desumere alcune indicazioni di massima in tema di “meccanismi” di consultazione attivati dall’Agcom. Il primo dato da rilevare è quello della esclusione dall’ambito di applicazione della disposizione in commento delle fattispecie previste dal comma 6 dell’art. 12 (circostanze straordinarie rispetto alle quali, sussistendo motivi di urgenza collegati con la necessità di “salvaguardare la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti”, non è possibile espletare le procedure di consultazione previste dalla disposizione in commento); nonché dagli articoli 23 e 24 dello stesso d.lgs. n. 259 del 2003 (che si riferiscono allo svolgimento di procedimenti di risoluzione stragiudiziale di controversie dinanzi agli organi dell’Autorità). Il secondo elemento di notevole interesse è costituito dal richiamo, contenuto nel comma 1 dell’art. 11 in commento, alla categoria dei provvedimenti “aventi un impatto rilevante sul mercato di riferimento”, atti, questi, che costituiscono al contempo l’oggetto ed il requisito essenziale ai fini dell’insorgenza dell’obbligo per l’Agcom di avviare la procedura di consultazione di cui si discute. Ma quali sono questi provvedimenti ad “impatto rilevante”? E chi decide sulla loro rilevanza e, dunque, sulla necessità di avviare le procedure di consultazione? La risposta si ricava dalla lettura della delibera Agcom n. 453 del 2003 in commento. Infatti, il generale riferimento agli atti di rilevante impatto è stato tradotto e specificato dall’art. 1 della ricordata delibera, la quale, nel precisare il proprio ambito di applicazione, prevede l’espletamento di procedure di consultazione con riguardo tanto a particolari categorie di procedimenti delineati dal Codice delle comunicazioni elettroniche (quale a titolo di esempio quello di cui all’art. 18 relativo alla cd. “definizione dei mercati”), quanto più in generale ad ipotesi nelle quali la “funzione di regolazione” dell’Agcom sia “destinata a tradursi in disposizioni di carattere normativo o a contenuto generale”. La nostra attenzione sarà rivolta in questa sede all’analisi delle procedure di consultazione aventi ad oggetto i procedimenti di natura regolativa di competenza Agcom di cui all’art. 1, comma 2, della delibera in commento. Accanto al parametro valutativo oggettivo costituito dalla pendenza di un

procedimento preordinato all'adozione di una misura regolativa di "impatto rilevante sul mercato di riferimento" la deliberazione in esame riconosce la rilevanza di un ulteriore parametro valutativo di tipo soggettivo. Infatti, la scelta definitiva in merito all'*an* dell'impatto rilevante riferito alla misura da adottare, ed al conseguente espletamento della procedura di consultazione, viene ricondotta al responsabile del procedimento di consultazione, il quale, valutato positivamente il requisito richiesto dall'art. 11, provvederà a sottoporre a consultazione il testo della proposta di provvedimento approvato in via preliminare dall'Agcom. La disposizione da ultima richiamata delinea a tal punto in termini sommari l'*iter* procedimentale da seguire al fine di acquisire, mediante l'attività di consultazione, il punto di vista delle "parti interessate" da una determinata misura regolativa. Così, a seguito dell'avvenuta "notifica" a queste ultime della "proposta di provvedimento" inizierà a decorrere un termine non inferiore a 30 giorni nel quale sarà possibile presentare osservazioni in merito al contenuto della notificata proposta regolativa. La generale dizione "notifica" contenuta nell'art. 11 viene poi specificata dall'art. 2 della delibera Agcom in commento nella quale si chiariscono i modi attraverso i quali la proposta di provvedimento viene portata a conoscenza delle parti interessate: comunicazione diretta o "altri metodi" tra i quali la sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale ovvero nel sito Internet dell'Autorità. Sempre per quel che concerne la fase di avvio delle procedure di consultazione bisogna altresì rilevare come la notifica del testo della proposta di provvedimento sia accompagnata dalla contestuale pubblicazione della notizia di "apertura" della fase consultiva sul Bollettino Ufficiale dell'Autorità così come sul sito Internet di quest'ultima. La fase di concreta acquisizione, attraverso il meccanismo consultivo, delle osservazioni da parte dell'Agcom su una determinata proposta di provvedimento si dovrà svolgere nel termine stabilito nell'avviso di cui al comma 1 dell'art. 2, termine questo che, in ogni caso, non potrà, in accordo con quanto già previsto nel testo dell'art. 11, essere inferiore ai trenta giorni. L'art. 3 comma 1, della delibera in commento, prevede due diversi strumenti di acquisizione da parte dell'Agcom del "punto di vista" delle parti interessate in merito alla notificata proposta. Il primo strumento, idoneo a realizzare una tipologia di contraddittorio in forma scritta tra autorità e terzi regolati si ispira al modello statunitense (oggi peraltro superato in quella esperienza giuridica dalla cd. *regulatory negotiation*) del *notice and comment*, postulando la formulazione di memorie ed osservazioni in merito ad una proposta regolativa preventivamente definita nei suoi contenuti essenziali da parte dell'Autorità in oggetto. Il secondo strumento, al quale l'art. 3 della delibera dedica maggiore attenzione, è quello della audizione delle parti interessate da un determinato provvedimento normativo dell'Agcom. La procedura prevista dalla menzionata disposizione si avvia attraverso la presentazione all'Autorità, almeno 10 giorni prima della scadenza del termine, di una specifica istanza volta ad ottenere la possibilità di esporre osservazioni sulla proposta di provvedimento nel corso di un'apposita audizione. L'audizione richiesta si svolgerà sulla base di un documento scritto preventivamente inviato all'Agcom, o al limite depositato presso l'Autorità medesima immediatamente prima del suo inizio, nel quale la parte richiedente dovrà precisare la propria posizione in merito all'adottanda misura regolativa. I risultati di ogni singola audizione, con particolare riferimento alle "principali affermazioni e dichiarazioni" della parte udita saranno, per espressa previsione regolamentare, raccolte in un apposito verbale di audizione sottoscritto al termine di questa da un funzionario dell'Autorità incaricato della verbalizzazione e dal rappresentante della parte intervenuta. Accanto a queste

forme di pubblicità previste per ciascuna delle audizioni effettuate si associano, al momento conclusivo della fase di consultazione, da un lato una comunicazione, mediante apposito documento, a tutti i soggetti “partecipanti” della “sintesi dei risultati” delle avvenute consultazioni; dall’altro la previsione, all’interno del provvedimento adottato dall’Autorità, di una specifica motivazione. Quest’ultima, oltre a riassumere gli orientamenti emersi dalle osservazioni formulate in sede di consultazione, risulterà altresì idonea ad esplicitare le ragioni giustificatrici della determinazione in concreto adottata dall’Autorità in relazione alle risultanze del processo di consultazione. In conclusione si può osservare come la delibera n. 453 del 2003 in commento, nel disciplinare le modalità di svolgimento delle consultazioni, abbia contribuito alla configurazione di due diverse forme di contraddittorio tra Autorità e “parti interessate” nell’ambito dei processi di regolazione di competenza Agcom: da un lato, come già rilevato, una forma di contraddittorio di tipo cartaceo realizzato per mezzo delle osservazioni scritte sulla proposta di provvedimento, dall’altro un contraddittorio in forma orale realizzato per effetto dell’ascolto, in occasione di apposite audizioni, delle istanze di cui ciascun regolato si fa portatore. Il dato sicuramente innovativo costituito dalla sempre maggiore tendenza verso la realizzazione di un dialogo il più possibile aperto e trasparente con la “platea” dei regolati – nella più ampia prospettiva di un processo di ridimensionamento della tradizionale asimmetria informativa che intercorre tra amministrazione ed amministrati – non può tuttavia far dimenticare i punti ancora “oscuri” di questo processo che, prendendo le mosse dalla delibera n. 278 del 1999, ha condotto fino all’entrata in vigore dell’art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche ed all’adozione della successiva delibera n. 453 del 2003. Così, si è messo in luce come la sempre maggiore trasparenza e visibilità dei processi decisionali Agcom si accompagni alla predisposizione di un meccanismo di consultazione limitato alla sola fase iniziale del processo regolativo (proposta di provvedimento), rimanendo pur sempre la fase decisoria rimessa all’Autorità in questione, ed essendo la suddetta visibilità “non riferita all’intero percorso regolativo, ma solo ad alcune sue tappe” (così G. DE MINICO: *op. cit.* p. 89). Appare pertanto chiaro come di fatto la consultazione, per come strutturata dall’art. 11 del d.lgs. n. 259/2003 e dalla delibera n. 453/2003 in commento, finisca per “attribuire ai destinatari della regolazione una mèra facoltà partecipativa e non un diritto di voto, essendo la decisione finale comunque rimessa all’organo (...) competente ad esercitare il potere di regolazione” (cfr. P. FAVA: *op. cit.*). In altre parole, pur riconoscendosi l’importanza della previsione di una forma di comunicazione bidirezionale tra autorità e terzi nella fase iniziale, ciò che ancora manca è la “costruzione del documento in sede di consultazione” (così G. DE MINICO, *op. cit.* p. 89), potendo tale ulteriore apertura del processo decisionale (in particolare della sua fase più propriamente decisoria) condurre alla produzione di regole frutto di un’autentica “codecisione” tra due entità (appunto l’autorità ed i regolati) collocate in posizione tendenzialmente paritaria ed aventi il medesimo “peso decisionale” nell’ambito di una procedura interamente negoziata.

Testi notevoli non commentati in questa sezione:

- 1) *delibera Autorità per l'energia elettrica ed il gas n. 244 del 9 maggio 2001* recante “Disciplina delle procedure istruttorie dell’Autorità per l’energia elettrica ed il gas, a norma dell’art. 2, comma 24, lett. a), della legge 14 novembre 1995, n. 481”;
- 2) *delibera Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 278 del 20 ottobre 1999* recante “Procedura per lo svolgimento di consultazioni pubbliche nell’ambito di ricerche e indagini conoscitive”;
- 3) *delibera Autorità per l'energia elettrica ed il gas n. 33 del 10 aprile 2003* recante “Regolamento dell’Autorità per l’energia elettrica ed il gas per le audizioni periodiche e speciali e per lo svolgimento di rilevazioni sulla soddisfazione degli utenti e l’efficacia dei servizi”.