

# Partecipazione ai processi decisionali di regolazione delle Autorità Amministrative Indipendenti

---

**di Armando Egidi<sup>1</sup>**

La moderna concezione dell'Amministrazione vuole che l'identificazione dell'interesse pubblico quale scopo dell'attività amministrativa non sia più riservato alla legge e al potere amministrativo (soggettivamente inteso), ma richiede percorsi decisionali aperti alla comunità e ai singoli.

I Padri Costituenti, rifacendosi alla concezione Weberiana, posero al centro dell'attività istituzionale la PA (cuore pulsante), che veniva vincolata nella sua azione all'attuazione della legge e al controllo degli organi rappresentativi.

Ma, nel corso degli anni, quelli che erano stati i desideri dei Padri Costituenti e della politica parlamentare non solo non si realizzarono, anzi, il cittadino avvertì un certo fastidio nei confronti del potere autoritativo della PA, ravvedendo nello stesso un ostacolo alla realizzazione delle esigenze di una società in continua evoluzione.

Ecco che allora il legislatore avvertì già alla fine degli anni Settanta la necessità di riequilibrare tale rapporto Stato-Amministrazione-Cittadino

---

<sup>1</sup> Il dott. Armando Egidi si è laureato in Giurisprudenza con lode presso l'Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza nell'aprile del 2017. Nello stesso mese è stato selezionato tra i 29 laureati ammessi alla pratica forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato di Roma. Il presente contributo è un estratto ragionato della sua tesi di laurea (relatore prof. Franco Sciarretta).

introducendo il Difensore Civico e successivamente agli inizi degli anni Ottanta, con legge n. 416/1981, il Garante per l'editoria.

Ma a dare più di tutti la spinta alla necessità di una nuova regolamentazione del rapporto Amministrazione-Cittadino con la creazione di nuove Istituzioni quali le Autorità Amministrative indipendenti fu la crisi di legittimazione popolare che alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso colpì le organizzazioni politiche-partitiche e le Istituzioni che da esse dipendevano e con le quali governavano il Paese.

Agli inizi degli anni Novanta, con l'avvento del processo di integrazione europea, ancora più marcato parve il quadro della totale inefficienza autoritaria dello Stato e della PA nei confronti della comunità dei cittadini, che determinò la crescente necessità di avere nuove regole e nuove Istituzioni che ponessero al centro il raggiungimento di obiettivi specifici e non più solo gli interessi dello Stato autoritario.

Ciò specialmente nei settori dell'economia e dei servizi pubblici, rivolti ad una platea consistente di utenti/cittadini e dove la conflittualità di interessi e valori era elevata, con la necessità di avere regole chiare e trasparenti, in cui doveva essere rispettato il ruolo in modo eguale e paritario di tutti gli attori di riferimento (Legge 146 del 1990, Comm. di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici; Legge 223 del 1990, Autorità garante della radiodiffusione e dell'editoria; Legge 287 del 1990, Autorità garante del mercato e della concorrenza).

Nel caso delle AAI, la legge rimette il compito di elaborare gli interessi e il loro assetto compiuto all'autorità così detta esecutiva (tecnica), ossia incaricata dell'applicazione della legge. Quest'ultima risulta pertanto investita di un compito che consiste, come di consueto, nella valutazione comparativa di interessi pubblici e privati, ma che non ha luogo, come

d'ordinario, sulla base di criteri predisposti dalla legge, bensì sulla base di una semplice indicazione di principi. Tali principi, potenzialmente contrastanti, sono tutti egualmente da far vivere nella prassi dell'ordinamento, alla ricerca di un equilibrio che non è dato.

Il rispetto del pluralismo impone una forma o un programma di decisione fondato sull'iter discorsivo tra tutti i soggetti coinvolti, come unico possibile strumento per assicurare che tutti i valori siano contemplati e riconosciuti come tali, producendo un consenso collettivo in ordine alla decisione finale.

Il carattere necessariamente mutevole ed evolutivo della realtà impone, infatti, di esaminare – o meglio monitorare – i corollari che esso genera in un ordinamento attento alle esigenze di protezione di coloro nella cui sfera giuridica si ripercuotono gli effetti di atti e provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione.

Difatti, più si ritiene che la legge debba integralmente regolare i modi di estrinsecazione del potere amministrativo, più ricorrere a poteri non espressamente attribuiti diviene un comportamento censurabile; viceversa, se si reputa che il Legislatore possa limitarsi a descrivere il potere in modo soltanto finalistico–teleologico, manifestazioni implicite risultano essere certamente ammesse.

La dottrina italiana ha sdoganato la teoria dei poteri impliciti facendo riferimento non solo e non tanto a una clausola di flessibilità di matrice comunitaria, ma richiamando anche un altro principio immanente al nostro sistema che è il principio della legislazione per obiettivi.

Infatti la potestà normativa - che solitamente si esplica con regolamenti, specialmente quando sono emanati dalle AAI - è riferibile a

leggi che si limitano a dettare criteri rappresentati da obiettivi e finalità, per cui nel determinare la potestà regolamentare il ricorso alla teoria dei poteri impliciti è quasi fisiologica, non determinando un vulnus allo stesso principio di legalità.

La difficoltà di creare un sistema completo di regole puntuali nei settori in cui operano le AAI - che richiedono una competenza altamente tecnico-specialistica e una capacità di adattamento delle norme alle evoluzioni della realtà economico-sociale - ha indotto il legislatore ad attribuire alle autorità indipendenti compiti estremamente generici, individuati solo attraverso la delimitazione di alcuni obiettivi da perseguire.

Tale sistema di "deleghe in bianco" del potere normativo giustifica, ad avviso di parte della dottrina, l'adozione di una concezione flessibile del principio di legalità, secondo la quale sarebbe legittimo ogni intervento amministrativo, anche non espressamente previsto dalla legge, purché funzionale al raggiungimento delle finalità indicate genericamente dalla previsione normativa.

Il Consiglio di Stato, in alcune sentenze, ha ribadito l'orientamento volto al generale riconoscimento in capo alle Autorità di poteri che non siano espressamente contemplati dalla legge istitutiva, ma che risultino, tuttavia, funzionali al raggiungimento degli obiettivi cui è preordinata l'azione dell'autorità.

Seguendo questa linea direttrice possiamo agevolmente affermare che le attività e i provvedimenti delle AAI, quali amministrazioni di regolazione e garanzia, rientrano a pieno titolo all'interno del principio di legalità, visto anche che le loro attività impattano in materie riservate alla legge.

Tali poteri tutelano maggiormente i soggetti regolamentati attraverso **il procedimento partecipato**: risulta, infatti, che la maggior parte delle Autorità, per quanto riguarda gli atti aventi natura regolamentare o di contenuto generale, abbiano come linea di indirizzo quella enunciata nell'articolo 7 della legge n. 241/1990, così ispirandosi ai principi della trasparenza, della partecipazione, del contraddittorio, aggiungendo l'ulteriore caratteristica che gli stessi devono essere nella loro produzione **"motivati"** quale risultato della previa consultazione effettuata tra i soggetti del settore regolamentato.

La partecipazione dei cittadini (Democrazia), intesi prima di tutti come esseri umani, alla vita del proprio Stato è stata codificata in principi fondamentali ricompresi all'interno del quadro costituzionale, sia come rispetto dell'individuo singolo, sia delle forme di associazione che lo stesso poteva creare e attraverso le quali manifestare la propria comunanza di idee con altri soggetti.

Una partecipazione che si esprimeva attraverso le Istituzioni rappresentative di stampo politico, le quali, ottenendo il consenso popolare attraverso le forme previste dalla stessa Costituzione, si sostituivano nelle decisioni finali al *popolo* che aveva una sovranità solo *teorica*.

La democrazia rappresentativa fino alla fine degli anni Settanta fu un modello che riuscì in modo diretto e indiretto a temperare le istanze che provenivano dalla società italiana.

Il Parlamento era luogo di confronto e di risoluzione dei problemi, dove i partiti politici, attraverso la delega ricevuta con il voto, esprimevano le posizioni dei cittadini che rappresentavano.

Ma dagli anni Ottanta questo modello cominciò ad entrare in crisi, causa, prima di tutto, l'indebolirsi del potere decisionale del cittadino, fenomeno che si accompagna - ed è anzi speculare - all'indebolirsi delle sue facoltà critiche e propositive nell'ambito dell'arena politica.

La politica, in questo modo, smette di essere lo spazio del confronto tra diverse idee di società e modelli di sviluppo, per diventare un supermercato dove la proposta politico-commerciale è il risultato di precisi calcoli di convenienza nella raccolta del consenso.

La partecipazione politica, in sostanza, si riduce al voto. La politica rappresentativa, insomma, è in crisi. La democrazia basata sulla delega è in crisi.

In questo contesto, la frontiera che potrebbe salvarci è quella della democrazia partecipativa, pensata come un sistema articolato di assemblee, raccolta di proposte, istanze e votazioni che metta i cittadini nelle condizioni non solo di scegliere, decidere e riappropriarsi di pezzi di sovranità, ma anche di crescere insieme come democrazia, di approfondire, di confrontarsi.

Sul versante propriamente amministrativo, la dimensione partecipativa viene considerata insita nei principi di buon andamento e imparzialità che informano l'intera amministrazione (articolo 97 Cost.).

Il tema della partecipazione all'amministrazione di coloro che rappresentano tradizionalmente i destinatari dell'azione amministrativa non ha origini recenti e si ascrive alla tematica più generale della partecipazione popolare o civile, ai processi di decisione pubblica.

Emerge la ricerca di nuove sedi in cui le amministrazioni pubbliche possono definire «con fantasia ingegneristica» l'assetto degli interessi in

gioco, nonché di processi decisionali in grado di assicurare il consenso degli amministrati «verso un esito che non è aprioristicamente determinato», ma è raggiunto attraverso un metodo democratico.

Di qui l'ampia teorizzazione di processi decisionali inclusivi e pratiche partecipative che consentano alla generalità degli amministrati di avere voce nelle scelte concrete, interagendo con i soggetti istituzionali.

Ciò attraverso moduli decisionali trasparenti che permettano un confronto dialettico, se non vere e proprie forme di negoziazione collettiva per obiettivi condivisi, tra decisori pubblici e collettività di riferimento». <sup>2</sup>

La consultazione può essere definita come un insieme di tecniche di coinvolgimento usate dall'apparato amministrativo per avviare con gli utenti uno scambio di informazioni e di feedback su un certo tema senza che però questo determini inclusione dei portatori di interesse nella decisione finale delle AAI.

Nella consultazione la responsabilità della decisione finale resta in capo alle AAI e la relazione che si crea tra l'apparato amministrativo e gli utenti è una relazione bidirezionale: l'autorità diffonde informazioni, i cittadini rispondono e, ancora, l'AAI pubblicizza e commenta le risposte ricevute.

Nell'esperienza concreta si riscontrano varie forme di consultazione pubblica: inchieste campionarie, interviste semistrutturate, *notice and comment* e *focus group*.

Per quanto riguarda le AAI la forma che viene normalmente utilizzata è la *notice and comment*, che consiste nella diffusione di schemi o versioni

---

<sup>2</sup> F. SCIARRETTA, *La dimensione inclusiva dei processi decisionali quale forma di legittimazione dei poteri pubblici*, Riv. AIC, 2016, pag.23-25

preliminari del documento da adottare al fine di acquisire, entro un limite stabilito, osservazioni scritte al fine soprattutto di definirne l'impatto.

Attraverso poi l'obbligo di effettuare l'analisi di impatto della regolazione (AIR), la legge ha indirettamente imposto alle AAI un vincolo di consultazione preventiva delle parti interessate dagli atti regolatori.

La consultazione rappresenta infatti una componente essenziale nella procedura di impatto, da utilizzare nelle diverse fasi di valutazione, che diventa parametro per valutare l'idoneità della regolazione stessa.

Se la forma di consultazione e il relativo contraddittorio non determinano da parte delle AAI una produzione regolamentare tutoria dei principi costituzionalmente garantiti, il cittadino - come è nella tradizione amministrativa - può porvi rimedio attraverso il sindacato amministrativo e giurisdizionale, previsto in questo caso anche sugli atti regolamentari espressione del potere delle AAI.

Uno degli strumenti previsti è il ricorso amministrativo o reclamo, che è l'istanza diretta ad una PA al fine di ottenere una tutela della propria situazione giuridica soggettiva e che si configura come mezzo di tutela giustiziale e non giurisdizionale.

Con il reclamo si può chiedere il riesame degli atti adottati dalla pubblica amministrazione, per ottenerne l'annullamento, la revoca o la riforma degli stessi.

Venendo alle AAI, si ritiene che vi sia un rapporto funzionale tra il reclamo come strumento di *enforcement* e la buona qualità della regolazione delle stesse.

Il reclamo consente di contestare un comportamento o un provvedimento della amministrazione senza sottostare alle prescrizioni del rito processuale.

Inoltre, la proposizione del reclamo è svincolata dal presupposto di una lesione concreta e attuale in capo al reclamante e, infatti, può essere proposto anche prima che un atto o un comportamento della PA determinino un nocumento reale e una lesione concreta delle posizioni giuridiche soggettive.

Di conseguenza, i reclami conoscono diverse applicazioni a seconda dell'ambito di riferimento: l'obiettivo resta quello di eliminare le cause che hanno originato la contestazione, giungendo ad un punto di equilibrio nei rapporti tra AAI, stakeholders e reclamanti.

Altro strumento che può essere attivato come sindacato giurisdizionale sul potere regolamentare è il ricorso al Giudice Amministrativo, a cui la legge affida la competenza.

Nelle attività tipiche delle AAI, infatti, assume rilievo fondamentale la discrezionalità tecnica che caratterizza le ordinarie valutazioni delle stesse.

Si deve dire che detta discrezionalità ricorre quando l'esame di fatti o di situazioni rilevanti per l'esercizio del potere pubblico necessita del ricorso a cognizioni tecniche o scientifiche di carattere specialistico.

Le più importanti pronunce della giurisprudenza amministrativa e ordinaria in tema di sindacato sugli atti delle AAI hanno sempre riservato uno spazio centrale al tema della discrezionalità tecnica.

Secondo una più moderna e dominante impostazione (Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601), il giudice può verificare direttamente l'attendibilità del criterio tecnico adoperato dall'Autorità e del

procedimento applicativo seguito (sindacato c.d. intrinseco), avvalendosi delle stesse conoscenze tecniche dell'autorità, grazie all'introduzione, nel processo amministrativo, della consulenza tecnica d'ufficio (art. 16, Legge 21 luglio 2000, n. 205).

Superato questo primo ostacolo, la discussione si è spostata sull'intensità del controllo, cioè se il sindacato giurisdizionale possa essere sostitutivo (c.d. forte), o invece debba arrestarsi all'annullamento della decisione, senza sovrapporre la propria valutazione a quella in precedenza svolta dall'autorità (c.d. debole).

La giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2479; Id., 10 dicembre 2014, n. 6041; Id., 15 dicembre 2014, n. 6154; Id., 4 luglio 2012, n. 2901; Id., 28 settembre 2012, n. 5140), ha optato con decisione per la seconda alternativa, ritenendo che al giudice amministrativo sia permesso riesaminare la valutazione compiuta dall'autorità, potendo sindacarla fino a mettere in discussione i criteri tecnici opinabili adottati, ma senza altra possibilità, oltre ad annullare la decisione, di sostituirla con una propria (Cons. Stato, Sez. VI, 8 agosto 2014, n. 4228; Id., 11 settembre 2014, n. 4629; Id., 21 maggio 2013, n. 2722; Id., 11 marzo 2012, n. 1192; Id., 2 maggio 2012, n. 2521).

Pertanto, il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti delle autorità indipendenti espressivi di valutazioni tecniche è un sindacato di legittimità che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio.

Con riferimento all'attività di regolazione, le principali questioni che si pongono nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo all'intensità del sindacato giurisdizionale si ricollegano al classico tema del difetto di legalità sostanziale (in quanto il legislatore nell'attribuire i poteri di

regolazione spesso non ne delimita l'oggetto e non fissa i criteri generali cui essi devono attenersi) e al *deficit* di legittimazione democratica che sovente si contesta ai "regolatori".

La giurisprudenza amministrativa ha ritenuto di poter superare il *deficit* di legalità sostanziale e di legittimazione democratica, valorizzando gli aspetti relativi alla c.d. legalità procedimentale e potenziando il sindacato sull'eccesso di potere.

Il sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione si è appuntato soprattutto sul rispetto delle citate garanzie procedimentali.

È così emerso un fenomeno in parte nuovo nel nostro ordinamento: la sottoposizione di un'attività sostanzialmente normativa al principio del giusto procedimento e del contraddittorio.

Questo ha spesso contribuito a migliorare la qualità della regolazione, che si è arricchita anche grazie ai contributi conoscitivi che provengono dagli operatori di settore e dalle relative associazioni di categoria.