

Partecipazione e accordi tra principi e regole di Marco Olivi*

SOMMARIO: 1. Funzione di regolazione e principi dell'azione amministrativa. 2. La funzione di regolazione è retta dai principi generali della l. 241/90 o da principi propri? 3. Osservazioni critiche sui termini della questione. 4. Principi e contesto disciplinare. 5. Le regole sono governate dai principi, ma concorrono a determinarne il significato.

Parole chiave: partecipazione al procedimento, attività consensuale, autorità indipendenti, funzione amministrativa.

Key words: right to be heard, agreement, Authority, public administration.

1. Funzione di regolazione e principi dell'azione amministrativa

Intendo qui svolgere una breve osservazione sul rapporto tra principi e regole con riguardo a taluni aspetti del procedimento di quella che viene comunemente definita funzione regolatrice.

Richiamo allora innanzitutto la generale constatazione secondo la quale l'attività di regolazione si distingue dall'attività amministrativa tradizionale ed i procedimenti seguono regole diverse proprio con riguardo ad istituti che esprimono i principi generali dell'attività amministrativa.

E ciò dipende dal fatto che la l. 241/90 è strutturata attorno ad una pubblica amministrazione intesa in senso tradizionale, e calibrata in relazione ad attività che si esprimono in provvedimenti, anche questi intesi in senso tradizionale¹.

In questo senso risalta la diversa disciplina del contraddittorio, e degli accordi, istituti ai quali farò principale riferimento.

Come è noto, la partecipazione dinanzi ad alcune autorità indipendenti è regolata in modo assai diverso rispetto alle previsioni della l. 241/90, su modelli cioè ripresi dall'esperienza nord-americana.

* Professore associato di diritto amministrativo nell'Università Ca' Foscari di Venezia.

¹ Sul punto cfr. G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in *Le Autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici* a cura di A. PREDIERI.

Per quanto riguarda gli accordi, vi sono fattispecie conosciute nell'ambito della funzione di regolazione difficilmente inquadrabili nell'art. 11 della l. 241/90.

2. La funzione di regolazione è retta dai principi generali della l. 241/90 o da principi propri?

Si è posta allora la questione sull'applicabilità della l. 241/90 in quanto legge generale e di principio che regola l'attività amministrativa ed i suoi rapporti con i vari procedimenti relativi all'attività di regolazione, questione ampiamente affrontata dalla dottrina.

Non intendo qui ripercorrere il dibattito, mi limito a richiamare l'opinione prevalente secondo la quale la legge 241/90 si applica anche all'attività di regolazione.

Si è sostenuta però anche una tesi diversa.

Secondo questa diversa tesi² la funzione regolatrice è una nuova funzione, distinta dalla funzione amministrativa tradizionale, in quanto le Autorità indipendenti non programmano non gestiscono non indirizzano, ma regolano. Soprattutto non vi è un vero e proprio interesse pubblico in capo a tali autorità, la finalità è di porre in essere specifiche regole dell'agire degli operatori e più in generale di funzionalità del settore o, in altra prospettiva, la regolazione mira alla realizzazione di un interesse riferibile ad una pluralità di soggetti privati piuttosto che alla pubblica amministrazione³.

Da qui l'affermazione che i procedimenti dinanzi alle autorità indipendenti si riferiscono ad un corpus di principi comuni giustificato dal carattere unitario della funzione regolatrice⁴ o, secondo

² Per uno sviluppo approfondito ed articolato di questo modello cfr. S. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999. In particolare per la bibliografia cfr. p. 114.

³ In sede critica rispetto a questo modello si può peraltro osservare che non sempre nelle funzioni delle Autorità indipendenti si riscontra l'assenza di un interesse rispetto pubblico alle parti in gioco. Per esempio, nella disciplina delle telecomunicazioni, l'interesse pubblico allo sviluppo della concorrenza del settore, può indurre a provvedimenti determinati dal favor verso nuovi investimenti, in vista di future potenzialità concorrenziali, anche a costo di sacrificare la neutralità e l'equilibrio attuale del mercato. Inoltre, la cura degli interessi collettivi, non è un carattere esclusivo della funzione di regolazione. Più in generale cfr. G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati tra procedimenti, accordo e auto amministrazione*, in *Studi in onore di P. Virga*, Milano, 1994, p. 1317, che legge l'interesse pubblico come scopo da raggiungere anziché come interesse soggettivo delle singole amministrazioni.

⁴ Cfr. S. FREGO LUPPI, ult. Cit. p. 178 e 179 Così, per esempio, la partecipazione al procedimento relativo all'adozione di atti generali è giustificato, con superamento dunque del limite contenuto nella l. 241/90, dal fatto che nella funzione regolatrice non ricorre la ratio del regime differenziato previsto per gli atti generali e dalla necessità del recupero, attraverso la partecipazione, della legittimazione democratica. Però, successivamente, per un approccio diretto a considerare il principio del consenso come principio generale e trasversale rispetto alle discipline di settore e quelle generali e riferibile all'amministrazione paritaria, cfr. ID., *Il principio di con sensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 691 ss.

altra opinione, la funzione regolatrice fa riferimento direttamente ai principi dell'ordinamento comunitario⁵.

In breve, secondo questa tesi, l'attività di regolazione non può riferirsi ai principi della L. 241/90, in quanto retta da principi ad essa propri.

3. Osservazioni critiche sui termini della questione

Entrambe queste tesi mi inducono ad una riflessione critica.

Non dubito del fatto che la funzione di regolazione non può riferirsi adeguatamente alla L. 241/90, è retta necessariamente da una disciplina propria, o meglio da discipline proprie in relazione al tipo di mercato ed in relazione al tipo di funzioni materiali: normative, paragiurisdizionali etc.⁶

Non penso però che queste diverse discipline postulino il riferimento a principi diversi. Mi sembra che, in tema di rapporti tra cittadino e autorità, sia in forza dell'elaborazione teorica⁷, sia in forza del processo integrazione comunitaria⁸, i principi ai quali ricondurre gli istituti della partecipazione e del consenso hanno formulazioni idonee a ricomprendere tanto l'attività amministrativa tradizionale quanto l'attività di regolazione.

Piuttosto, l'inidoneità della 241/90 ad esprimere i principi dell'attività amministrativa in forma adeguata all'attività di regolazione, dipende dalla inevitabile costrizione che subiscono i principi al momento della traduzione in regole.

E le regole sono dettate tenendo presente, e non potrebbe essere altrimenti, un certo modo di svolgersi dell'attività amministrativa.

⁵ Cfr. E.CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004 p. 706.

⁶ La forte caratterizzazione dell'attività di regolazione, il tipo di interesse pubblico, l'omogeneità di certe sue caratteristiche rendono inadeguata la rappresentazione in termini di rapporto tra legge generale (la L. 241/90) – legge di settore (la disciplina relativa ai singoli procedimenti dinanzi alle diverse Autorità). Queste singole discipline di settore, appunto per l'omogeneità di certi tratti concorrono a formare una sorta di macro area.

⁷ Sulla maggiore ampiezza dei principi che reggono l'attività amministrativa rispetto alla formulazione degli istituti della partecipazione e del consenso regolati dalla L. 241/90 si possono considerare diversi aspetti: A. L'elaborazione dottrinale che ha preceduto la L. 241/90 ed il pensiero corre a F. Benvenuti ed alle idee della codecisione e dell'amministrazione paritaria. B: La dottrina che ha accompagnato l'evoluzione della L. 241/90 rispetto alla stesura originaria e ne indica le persistenti carenze, o propone una lettura degli istituti più ampia rispetto alla previsione delle singole disposizioni. C: Alcune pronunce giurisprudenziali, che tendono al superamento dei limiti contenuti nella L. 241/90, come per esempio la possibilità di concludere accordi anche al di fuori del procedimento (TAR Lombardia 3067/2006, ma si rinvengono pronunce in senso contrario TAR Puglia Bari 501/2008).

⁸ Sul punto cfr. A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, *Dir. Amm.* 2005, p. 729 che sostiene come non sia azzardato rilevare che tutta la materia amministrativa è oggi europeizzata anche al di là dei settori materiali di attività che sono oggetto delle competenze comunitarie.

In sostanza la L. 241/90 al momento di esprimere principi lo fa mediante disposizioni di applicazione dei principi stessi con riguardo ai casi più frequenti riscontrabili in quella che convenzionalmente chiamiamo funzione tradizionale⁹.

4. Principi e contesto disciplinare

Dunque il confronto tra l'attività amministrativa di tipo tradizionale e l'attività di regolazione induce a porre la questione in termini di limiti circa la possibilità di una legge generale ad indicare i principi dell'attività amministrativa, nel momento in cui l'attività amministrativa assume forme diverse, segue modelli diversi e interviene in settori governati da una disciplina compiuta.

Rovesciando i termini del discorso, il limite attiene alla possibilità di considerare la L. 241/90 come legge generale e di principi in raffronto a discipline, come quelle relative all'attività di regolazione.

Si potrebbe dire che le locuzioni "legge generale" e "legge di principi" tendono a relativizzarsi in presenza di normative dotate di forti tratti di compiutezza e generalità e che enunciano o richiamano principi generali, e, si intende, costringendoli, a loro volta, entro i limiti, potremmo dire fisiologici, della positivizzazione¹⁰.

5. Le regole sono governate dai principi, ma concorrono a determinarne il significato

Se questo è vero, il problema è più generale.

La difficoltà di considerare la L. 241/90 come legge generale e di principio non emerge solo con riguardo alla disciplina dell'attività di regolazione.

⁹ E' forse il tentativo di conciliare la massima generalità di applicazione con la previsione di moduli procedurali dettagliati uno dei limiti alla piena espansione dei principi riscontrabile nella l. 241/90. Così, per esempio l'esclusione dell'obbligo di motivazione per gli atti generali e normativi è giustificato dalla circostanza di voler ricomprendere tutti i possibili atti generali e normativi. Più in generale sui confini insuperabili che impediscono alle regole di esprimere principi, e viceversa sulla capacità dei principi di esprimere di sprigionare una capacità qualificatoria eccedente rispetto alla singola regola cfr. A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 715 e nota 12 p.715 per la bibliografia sul tema.

¹⁰ In tema di rapporti tra norme e principi la letteratura è sterminata. Per una prima indicazione bibliografica si rinvia a R. Guastini, *Principi di diritto* (voce) in *Dig. Disc.*, sez. civ. XIV, Torino, 1997, p. 342, ss. ove l'A. svolge la considerazione, qui utilizzata come premessa implicita, secondo la quale conviene rinunciare a dirimere la controversia relativa alla distinzione tra principi e norme e accontentarsi di ipotizzare alcuni caratteri per i quali i principi si distinguono dalle (altre) norme.

Vi sono altre discipline che inducono a pensare ad una sorta di macroaree che tendono ad una declinazione diversa degli stessi principi rispetto all'attività amministrativa tradizionale.

Penso alla legge sulle sanzioni amministrative, anch'essa, è da sottolineare, legge generale e di principi per quanto riguarda questo versante dell'attività amministrativa, dove l'istituto della partecipazione va letto in chiave di difesa e si declina nella previsione di forme simili a certi procedimenti dinanzi alle Authority, come, per esempio, la fase di difesa in forma orale.

Penso, all'applicazione del principio di partecipazione in materia ambientale, per esempio con riguardo alla localizzazione di grandi opere infrastrutturali e all'adeguamento di tale principio ad un ruolo dell'autorità dove appare preponderante la mediazione tra interessi in conflitto di diverse collettività, o meglio tra diversi livelli di collettività, quella locale e quella sovralocale.

Penso alla diversa declinazione del principio della consensualità¹¹ quando l'amministrazione agisce con strumenti di diritto privato rispetto al caso in cui detiene il potere della decisione ultima o rispetto ad una compiuta disciplina di regole e principi come quella dei contratti pubblici.

In questa prospettiva penso che la forza espansiva dei principi, rispetto alle regole in cui sono positivizzati, spinge l'interprete al superamento delle regole stesse.

D'altra parte però, le regole costituiscono la riduzione del principio ad un contesto di cui è necessario tener conto al momento dell'applicazione del principio stesso e dunque sono da un lato governate dal principio, ma, al tempo stesso concorrono a determinarne il significato.

¹¹ Cfr., in tema di accordi e per l'affermazione di un principio generale di consensualità cfr. S. A. FREGO LUPPI, *Il principio di consensualità* ..., cit