

# SAGGI

AURETTA BENEDETTI

## IL RILIEVO DELLE CONSULTAZIONI PUBBLICHE NELLE *PUBLIC UTILITIES*: SPUNTI DA UN'INDAGINE DI DIRITTO COMPARATO

SOMMARIO – 1. Profili evolutivi della *Utility Regulation* nella dimensione partecipativa. – 2. La diffusione dei modelli *notice and comment* e il modello statunitense. – 3. La funzione regolatoria in Europa e le variabili di carattere organizzativo. – 4. Le variabili connesse alla presenza di norme generali sulla partecipazione. – 5. L'analisi comparata per settori: l'apertura alle consultazioni pubbliche nelle telecomunicazioni. ... – 5.1. (*Segue*) ... nel servizio elettrico. – 5.2. (*Segue*) ... nel trasporto ferroviario. – 6. Convergenze e divergenze in una prospettiva di sintesi: spunti di riflessione.

### **1. Profili evolutivi della *Utilities Regulation* nella dimensione partecipativa**

La ricerca avente ad oggetto l'apertura dei procedimenti regolatori delle *public utilities* all'apporto dei soggetti interessati si confronta, oggi, nel dibattito scientifico, con una serie di assunti riguardanti il ruolo dei pubblici poteri<sup>1</sup>.

Gli studi in materia hanno infatti evidenziato come, in Europa, i processi di privatizzazione e di liberalizzazione abbiano inciso sulla percezione del ruolo dei pubblici poteri: laddove in passato erano le amministrazioni territoriali e governative a fissare, direttamente o attraverso le proprie imprese pubbliche, le caratteristiche dell'offerta di prestazioni essenziali, dopo gli anni Ottanta/Novanta quelle stesse decisioni si misurano con l'ambiente mercato (reale o solo potenziale)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> La presente indagine è parte di una più ampia ricerca, di cui G. della Cananea, *Una ricerca sul "fondo comune" dei diritti amministrativi in Europa: il procedimento*, in *Sfide e innovazioni nel diritto pubblico*, a cura di L. De Lucia e F. Wollenschläger, Torino, Giappichelli, 2019, 101 ss.

<sup>2</sup> Nel contesto di un dibattito vastissimo, si v. (senza pretesa di esaustività) F. Trimarchi Banfi, *Organizzazione economica ed iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli artt. 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1992, n. 1, 3 ss.; V. Roppo, *Privatizzazioni e*

Il processo di “apertura” dei mercati dei servizi essenziali europei ha, così, “incontrato” alcune caratteristiche della *Utility Regulation*, sviluppatasi negli Stati Uniti essenzialmente per rispondere a tre esigenze: proteggere i consumatori dal comportamento abusivo di imprese che detengono posizioni dominanti nel mercato; favorire gli investimenti, difendendo gli attori economici dall’arbitrarietà delle scelte politiche; incrementare l’efficienza dei servizi, nella loro dimensione di attività svolte in regime di mercato<sup>3</sup>. Si è così realizzata una convergenza tra regolazione tecnica (volta a definire standard in materia di sicurezza, qualità, compatibilità ambientale, innovazione tecnologica), regolazione economica (diretta a creare uno stabile ambiente

*ruolo del «pubblico»: lo Stato regolatore*, in *Pol. dir.*, 1997, n. 4, 627 ss.; A. Travi, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 645 ss.; G. Corso, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999, n. 2, 7 ss.; D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss.; L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2005; F. Goisis, *Imprese pubbliche*, in *Dizionario di diritto pubblico*, IV, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 2961 ss.; G.C. Spattini, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Torino, Giappichelli, 2006; S. Torricelli, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano, Giuffrè, 2007; M. Cafagno, *Impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, III, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano, Giuffrè, 2007, 1205 ss.; M. D’Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2008; R. Villata, *Pubblici servizi. Problemi e discussioni*, Torino, Giappichelli, 2008; i saggi contenuti nel volume curato da E. Bruti Liberati e F. Donati, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010; V. Cerulli Irelli, *Impresa pubblica*, in *La Costituzione economica: Italia, Europa*, a cura di C. Pinelli e T. Treu, Bologna, il Mulino, 2010, 127 ss.; A. Zito,  *Mercati [regolazione dei]*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, Giuffrè, 2010, 806 ss.; M. Ramajoli, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. econ.*, 2012, n. 3, 507 ss.; M. Dugato, *L’imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l’irresistibile forza dell’ente pubblico*, in questa *Rivista*, 2012, 505 ss.; V. Caputi Jambrenghi, *I servizi pubblici: dal monopolio alla concorrenza*, in *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d’Italia*, a cura di M. Spasiano, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 123 ss.; B.G. Mattarella, A. Natalini (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze, Passigli, 2013; E. Cardì, *Mercati e Istituzioni in Italia*, Torino, Giappichelli, 2014; A. Massera, *Impresa Pubblica*, voce Treccani, <http://www.treccani.it/>, 2014; i saggi contenuti nel volume curato da M. Cafagno e F. Mangano, *L’intervento pubblico nell’economia*, Firenze, Firenze University Press, 2016, 263 ss.; B. Tonoletti, *Il mercato come oggetto di regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, n. 1, in <http://rivistadellaregolazioneideimercati.it>; G. Rossi, *Pubblico e privato nell’economia semiglobalizzata. L’impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, ora in *Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, III, Torino, Giappichelli, 2019, 1381 ss. Sul versante delle trasformazioni nel settore dei servizi locali di pubblica utilità in Italia, si cfr. F. Fracchia, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *federalismi.it*, 13 luglio 2016; G. Piperata, *I servizi pubblici locali tra rimunicipalizzazione e demunicipalizzazione*, in questa *Rivista*, 2016.

<sup>3</sup> W. Smith, *Utility Regulators. The independence debate*, Public Policy for the Private Sector, Washington, D.C., World Bank Group, 1997.

## il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

competitivo nei mercati caratterizzati da forti fallimenti, come nel caso dei monopoli naturali) e regolazione dei prezzi (volta a coniugare l'accessibilità e la qualità dei servizi, l'interesse dei consumatori e quello dei fornitori).

In Europa la tendenziale attribuzione di (tutte o alcune) funzioni regolatorie ad autorità indipendenti ha innestato una serie di processi la cui portata attende una verifica "empirica", ove si voglia effettivamente ragionare su una possibile convergenza dei diritti nazionali verso "fondamenta comuni".

È dunque lecito interrogarsi sul grado di "depoliticizzazione" che questi processi hanno effettivamente comportato sulle scelte pubbliche relative a "come" deve conformarsi l'offerta dei servizi (sotto il profilo qualitativo e tariffario); verificare quanto i procedimenti regolatori siano effettivamente aperti alla partecipazione dei soggetti interessati; indagare se la cultura della qualità dei servizi abbia realmente favorito un ruolo attivo dell'utenza<sup>4</sup>.

Nella presente ricerca si è scelto di indagare questi interrogativi con riferimento ai procedimenti per la formazione degli standard qualitativi e delle tariffe<sup>5</sup> relativi a taluni servizi essenziali (quali elettricità e gas<sup>6</sup>, trasporto ferroviario, comunicazioni elettroniche) in alcuni Stati europei (Italia, Francia, Regno Unito, Spagna), che sembrano, per aspetti diversi, aver recepito un modello partecipativo proprio dell'ordinamento statunitense, in cui l'*Interest Representation Model* è oggetto di una rivisitazione critica da lungo tempo<sup>7</sup>.

Nella comparazione degli ordinamenti europei si tiene in considerazione la comune matrice, rappresentata dalle direttive di liberalizzazione dell'Unione europea, che hanno operato nel senso di uniformare processi (si v. la separazione del regime giuridico delle reti e dei servizi) e assetti organizzativi (stimolando la creazione di organismi di regolazione indipendente e creando reti di regolatori, coordinati da agenzie europee)<sup>8</sup>. L'inquadra-

<sup>4</sup> Su questi temi si v. R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Bologna, Maggioli editore, 2016; i saggi pubblicati nel volume curato da F. Manganaro e M. Cafagno, *L'intervento pubblico nell'economia*, cit.; P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, 337 ss.

<sup>5</sup> Si prendono infatti in considerazione, oltre che le decisioni tariffarie, gli atti regolatori generali attinenti alla qualità, non anche la formazione degli standard di qualità specifici che fanno capo ai singoli operatori.

<sup>6</sup> Si v. E. Bruti Liberati, M. De Focatiis e A. Travi, *Esperienze regolatorie a confronto nel settore dell'energia*, Padova, Cedam, 2017.

<sup>7</sup> Cfr. R.B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, 1975, 1668, e Id., *Administrative Law in the twenty-first century*, in *New York University Law Review*, n. 2/2003, 437 ss.; D.B. Rodriguez, B.R. Weingast, *The "Reformation of Administrative Law" Revisited*, in *Journal of Law, Economics and Organisation*, 2016, 782 ss.

<sup>8</sup> Con riferimento all'ordinamento anglosassone, si tiene conto dei cambiamenti in-

mento della regolazione dei mercati nell'alveo dell'ordinamento eurounitario consente, inoltre, di allargare lo spettro dei principi di riferimento, come avviene per quelli di proporzionalità e di "buona amministrazione procedurale", che sembrano connotare le procedure di regolazione in modo più elastico, ma anche più esteso, rispetto alla classica concezione del procedimento amministrativo<sup>9</sup>.

A questi fini la presente analisi si articola in tre paragrafi iniziali di "contesto", in cui, premessi alcuni riferimenti alla declinazione recente della partecipazione nelle *utilities* a livello sovranazionale e negli Stati Uniti, si accenna ai diversi modelli in cui è organizzata la funzione regolatoria nei paesi europei (selezionati) e alla eventuale connessione con le norme generali sul procedimento e/o sulla qualità dei servizi.

Seguono tre paragrafi in cui sono analizzati i procedimenti di formazione delle decisioni in tema di standard qualitativi e tariffe Paese per Paese, con distinto riferimento ai settori delle comunicazioni elettroniche, del servizio elettrico e del trasporto ferroviario. L'analisi è volutamente centrata non sulla "dogmatica della partecipazione" ma sulla ricognizione analitico/descrittiva dei modelli nella loro configurazione normativa/attuativa, nell'intento di dare un'evidenza non "mediata" a connessioni e divergenze tra i vari ordinamenti.

Lo studio comparato è funzionale alla formulazione, nelle conclusioni, di riflessioni utili ai fini di una prosecuzione dell'indagine, secondo la metodologia che ricostruisce le categorie sulla base di elementi "nucleari"<sup>10</sup>. L'interrogativo su cui convergono le riflessioni finali è se le consultazioni pubbliche appartengano all'esperienza di tutti i paesi analizzati, nei diversi settori, costituendo una sorta di "nucleo comune" dei procedimenti regolatori, pur nelle diversità organizzative e di contesto.

## **2. La diffusione dei modelli *notice and comment* e il modello statunitense**

L'indagine comparata non può prescindere da un riferimento (sia pure essenziale) all'esperienza statunitense.

tervenuti prima dell'uscita dall'Unione europea.

<sup>9</sup> Così E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679 ss. Si v. anche G. della Cananea, *The regulation of public services in Italy*, IRAS, 2002, 68.1, 73 ss.

<sup>10</sup> G. Rossi, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1 ss.

## il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

Infatti lo schema procedurale *notice and comment* nell'attività di *rule-making* delle amministrazioni (anche indipendenti), di cui allo statunitense *Administrative Procedure Act* del 1946, costituisce in Europa un modello significativo nella disciplina dei procedimenti regolatori, sulla scia di quanto stabilito nella *Section 553*, in base alla quale, quando si adottano regole aventi effetti vincolanti su parti private, l'agenzia deve offrire *notice* del suo proposito, un'opportunità alle parti di intervenire e un'argomentazione concisa sulla base e sullo scopo delle regole.

Nella peculiarità del sistema statunitense siffatta procedura ha avuto, sin dalle origini, la finalità di rafforzare la legittimità democratica delle agenzie, creando una più diretta *accountability* verso tutte le parti interessate. La partecipazione è divenuta strumento di controllo che argina il rischio di arbitrarità delle scelte delle agenzie, specie laddove la discrezionalità decisionale è più ampia. Inoltre la stretta correlazione tra partecipazione e controllo giudiziario ha condotto le agenzie, nel tempo, a sviluppare forme sempre più sofisticate di elaborazione dei commenti ricevuti e di risposta alle questioni sollevate dai partecipanti<sup>11</sup>. Significativamente, però, questa evoluzione ha proceduto parallelamente alla definizione di uno spazio più marcato per un'*Informal Regulation*, rispetto alle più rigide garanzie partecipative previste dall'APA<sup>12</sup>, nel contesto di un dibattito scientifico piuttosto scettico circa l'efficacia di strumenti di tipo *top-down*, che implicano una concezione "gerarchica" delle modalità di assunzione delle decisioni in ambito regolatorio,

<sup>11</sup> Si v. la ricostruzione di W. Wagner, *Participation in the U.S. administrative process*, in F. Bignami e D. Zaring (ed.), *Comparative Law and Regulation. Understanding the Global Regulatory Process*, Edward Elgar, Cheltenham UK – Northampton MA, USA, 2016, 109 ss. Con riferimento specifico alla correlazione tra partecipazione e controllo giudiziario: «if the agency ignores a commenter who has identified flaws in the agency's interpretation of its statute, material errors in its fact finding, or logical inconsistencies in its reasoning, or if the agency violates procedural requirements, then that commenter can challenge the agency's rule in court» (110).

<sup>12</sup> Non manca chi denuncia il rischio di abbandonare le garanzie della procedura *notice and comment*, idonea a garantire un'ampia partecipazione e la trasparenza del processo decisionale. È questo uno sviluppo già avviato a partire dal *leading case Florida East Coast Railway* del 1973, la nota pronuncia con cui la Corte Suprema annullò la decisione di una Corte di accogliere il ricorso avverso la decisione di un'agenzia indipendente, relativa alla definizione del sistema tariffario per il servizio ferroviario, che aveva consentito la partecipazione degli interessati, senza riconoscere il diritto degli stessi ad un'udienza orale. Così facendo si è aperta la strada per rendere recessivo il ricorso alla procedura formale, di cui all'APA, recante maggiori garanzie partecipative per gli interessati, con maggiore spazio alla discrezionalità delle agenzie nella definizione delle modalità partecipative concernenti i singoli processi di *rulemaking*. Su questi temi si v. A. Nielson *In Defence of Formal Rulemaking*, in *Ohio State Law Journal*, 75: 2014, 237 ss.

«identified with rule-bound bureaucracy and deference to ineffable expertise»<sup>13</sup>.

Gli studi recenti mettono in evidenza come le agenzie abbiano, infatti, sviluppato anche modalità alternative di coinvolgimento dei soggetti interessati: la coregolamentazione (con enti privati che hanno competenza sul campo, come accade con la FCC nel settore delle telecomunicazioni); lo sviluppo di *best practices*, per cui l'agenzia non impone uno schema unico per tutti ma funge da coordinatore, fornendo consulenza e incentivando le migliori pratiche, successivamente assunte a modello di conformità certificato; ovvero il rinvio alla *Private Regulation*, cioè allo sviluppo di standard da parte di organismi privati (si v. la spinta alla certificazione di parte terza nel settore energetico)<sup>14</sup>.

Le *social media technologies* attuali aprono, peraltro, nuovi spazi di interazione tra un pubblico sempre più ampio (anche di semplici cittadini) e agenzie pubbliche, anche se gli esiti di una partecipazione diffusa sono ancora deludenti, come dimostrano gli studi sull'utilizzo di strumenti quali *Regulations.gov* (sito governativo volto a rendere più agevole per i cittadini l'interlocuzione nel *federal rulemaking process*)<sup>15</sup>.

La correlazione tra apertura alla partecipazione dei soggetti interessati ed esigenze della regolazione è stata, sin dagli anni Novanta, al centro di una serie di raccomandazioni e atti di indirizzo di istituzioni internazionali operanti nel mercato delle *public utilities*, diretti a migliorare la qualità della regolazione.

La lettura di questi atti mette in evidenza come la principale esigenza che muove le istituzioni sia quella di offrire una base di legittimazione agli organismi indipendenti, specie negli ordinamenti non coesi, qual è l'Unione europea<sup>16</sup>; ovvero di garantire indipendenza e *accountability* delle autorità di

<sup>13</sup> C.F. Sabel e W.H. Simon, *Minimalism and Experimentalism in the Administrative State*, Georgetown L.J., vol. 100:53, 2011, 53. Allude al modello gerarchico J. Solomon, *Law and Governance in the 21st Century Regulatory State*, 86 Tex. L. Rev. 819, 821-22 (2008); J. Braitwaite, *The Essence of responsive Regulation*, 44 U.B.C.L. Rev., 475 (2011). Si v. P.J. Weiser, *Entrepreneurial Administration*, 2017, <https://ssrn.com>.

<sup>14</sup> Altre modalità alternative sono indicate da C.F. Sabel e W.H. Simon, *Minimalism and Experimentalism in the Administrative State*, cit., 83. Non manca chi denuncia il rischio di abbandonare le garanzie della procedura *notice and comment*, idonea a garantire un'ampia partecipazione e la trasparenza del processo decisionale, in cambio di un'*Informal Regulation*. Si v. A. Nielson, *In Defence of Formal Rulemaking*, in *Ohio State Law Journal*, 75, 2014, 237 ss.

<sup>15</sup> Si v. lo studio di T.A. Bryer, *Public Participation in Regulatory Decision-making. Cases from Regulations.gov*, in *Public Performance & Management Review*, 37, 2, 2013, 263 ss.

<sup>16</sup> Si v. M. Conticelli e M. De Bellis, *Proceduralization of EU Agencies: Theory and Practice*, in *EU Executive Governance: Agencies and Procedures*, a cura di M. Conticelli, M. De Bellis e

### il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

regolazione, necessarie per un'effettiva politica della concorrenza nelle *public utilities* (come emerge dagli atti di indirizzo dell'UNCTAD)<sup>17</sup>.

L'OCSE, in particolare, nei più recenti rapporti su questi temi, ha sottolineato la stretta correlazione tra coinvolgimento dei destinatari nella formazione degli atti regolatori e acquisizione delle informazioni necessarie per evitare gli effetti indesiderati della regolazione, individuare le soluzioni innovative e verificare la valutazione dei costi-benefici effettuata dal regolatore. Sotto questo profilo, l'auspicio è che la partecipazione sia declinata nel modo più ampio possibile, includendo cittadini, imprese, consumatori, lavoratori (anche nelle rispettive forme associative o di rappresentanza di interessi), settore pubblico, organizzazioni non governative, partner commerciali<sup>18</sup>.

### 3. La funzione regolatoria in Europa e le variabili di carattere organizzativo

Venendo all'oggetto specifico dell'analisi comparata qui intrapresa, occorre premettere che lo studio della formazione delle decisioni nell'esercizio della funzione regolatoria deve rapportarsi alla *governance* dei diversi settori. In tutti i Paesi analizzati è presente un'autorità amministrativa indipendente

G. della Cananea, Torino, Giappichelli, 2019. Si v. in particolare la comunicazione dell'11 dicembre 2002 *Verso una cultura rafforzata della consultazione e del dialogo. Principi generali e standard minimi per la consultazione da parte della Commissione dei soggetti interessati*, COM (2002), 704. Si v. D. Siclari, *La democrazia partecipativa nell'ordinamento comunitario. Sviluppi attuali e prospettive*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 589 ss; A. Psygkas, *From the democratic Deficit to a democratic Surplus: Constructing Administrative Democracy in Europe*, Oxford University Press, 2017. Con riferimento ai procedimenti che coinvolgono il livello nazionale e comunitario, specie nel settore delle comunicazioni, si v. L. Saltari, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2007.

<sup>17</sup> Così l'UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*), nel rapporto *Services, Development and Trade: the Regulatory and Institutional Dimension of Infrastructure Services*, I, UN, 2012. Lo stesso documento mette in evidenza come l'istituzione delle autorità non sia, in sé, sufficiente a raggiungere gli obiettivi della regolazione, sussistendo problemi di credibilità e stabilità, specie nei paesi in cui mancano personale qualificato, fondi e una tradizione legale volta a supportare l'operato delle autorità indipendenti (p. 7). Si v. D. Ritleng (ed.), *Independence and Legitimacy in the Institutional System of the European Union*, Oxford, 2016. Con riferimento al tema della qualità delle regole si v. M. De Benedetto, M. Martelli e N. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, il Mulino, 2011.

<sup>18</sup> Si v. il rapporto *Prospettive OCSE 2018 sulla politica di regolazione*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/g2g9e411-it>, in cui si fa una prima valutazione sulla qualità della regolazione nei paesi di area OCSE, in attuazione dei principi di cui alla nota raccomandazione OCSE del 2012.

incaricata di promuovere il mercato concorrenziale attraverso una regolazione di tipo incentivante (anche in ambito tariffario) per ex monopolisti e nuovi operatori, e sviluppare la qualità dei servizi a beneficio degli utenti.

I modelli organizzativi cambiano in rapporto ai paesi e ai servizi.

In Italia e in Francia la funzione regolatoria è distribuita tra autorità indipendenti distinte in ragione dei diversi settori (ARERA, AGCOM, Autorità dei Trasporti per l'Italia; *Commission de régulation de l'énergie* – CRE<sup>19</sup>, *Autorité de Régulation des Communications Electroniques* – ARCEP<sup>20</sup>; l'*Autorité de Régulation des transports* – ART, per la Francia), che sono separate rispetto alle funzioni trasversali di garanzia della concorrenza attribuite a ulteriori autorità indipendenti (Autorità Garante della concorrenza e del mercato per l'Italia e *Autorité de la concurrence*<sup>21</sup> per la Francia). Nel Regno Unito la differenza non è sempre così marcata: ad esempio, l'*Office of Rail Regulation* svolge anche funzioni di tutela della concorrenza nonostante la presenza di una *Competition and Markets Authority*.

La distinzione di competenze tra organismo di regolazione e autorità politica può non essere netta nei diversi paesi. Caso emblematico è la *governance* nel settore energetico nel Regno Unito, in cui le competenze dell'organismo di regolazione OFGEM (definito *non-ministerial government department*)<sup>22</sup> e

<sup>19</sup> La *Commission de régulation de l'énergie* (CRE), in base al codice dell'energia, concorre al buon funzionamento del mercato dell'energia e del gas naturale, nel perseguimento degli obiettivi di politica energetica governativi; assicura il rispetto degli obblighi di servizio pubblico; garantisce l'effettività delle misure di protezione del consumatore, vigila sulle condizioni di accesso alle reti di trasporto e distribuzione di elettricità, perché avvengano attraverso lo sviluppo della concorrenza.

<sup>20</sup> Il termine dalla ridenominazione, nel 2005, dell'*Autorité de Régulation des Télécommunications*, creata con la *Loi de réglementation des télécommunications* n. 96-659 del 26 luglio 1996. Precedentemente il settore era caratterizzato dalla presenza di un monopolista pubblico, *France Télécom*, che agiva secondo le direttive del Ministro delle poste, telegrafi e telecomunicazioni. L'Autorità ha il compito di vigilare sull'accesso al mercato delle comunicazioni e di garantire le condizioni di svolgimento del servizio pubblico in un contesto di apertura alla concorrenza.

<sup>21</sup> L'Autorità deriva dalla trasformazione dell'originario *Conseil de la concurrence*, collegato al Ministero dell'Economia, per effetto della *Loi de modernisation de l'économie*, del 4 agosto 2008.

<sup>22</sup> La struttura di *governance* del settore energetico definisce come distinte ma strettamente connesse le funzioni di indirizzo politico e di regolamentazione tecnica.

L'Autorità di regolazione è l'OFGEM, definito come dipartimento non ministeriale (gli atti legislativi di riferimento sono *Gas Act* 1986; *Electricity Act* 1989; *Utilities Act* 2000; *Competition Act* 1998; *Enterprise Act* 2002) e regolatore economico indipendente. A seguito della riforma *Utilities Act* del 2000, Ofgem è braccio operativo della *Gas and Electricity Markets Authority* (GEMA), che ne definisce l'azione strategica, nell'ambito della regolazione del mercato e della protezione dei consumatori (presenti e futuri).

## **il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities***

il ministero (BEIS<sup>23</sup>) sono complementari e talvolta sovrapposte. In Francia le funzioni dell'Autorità della concorrenza sono, per certi aspetti, complementari a quelli della *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* (DGCCRF), presso il Ministero dell'economia, che tutela i consumatori relativamente alla qualità di prodotti e servizi, anche pubblici (come quello ferroviario), esercitando funzioni di garanzia della concorrenza.

Un modello peculiare di unione delle competenze è rappresentato dalla *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC), istituita in Spagna nel 2013 come autorità amministrativa indipendente che somma le competenze di autorità antitrust e di regolazione nei settori dell'energia, delle comunicazioni elettroniche, dei servizi postali, dell'audiovisivo, dei servizi aeroportuali e del trasporto ferroviario<sup>24</sup>. Compito della Commissione è sviluppare i mercati di riferimento, nell'interesse dei consumatori e degli operatori, al fine di promuovere il più alto livello di qualità al prezzo più basso, realizzando economie di scala e aprendosi alle più avanzate novità tecnologiche. La creazione di siffatto organismo non ha comportato un arretamento ma una ridefinizione della suddivisione delle competenze con gli organi politici: ad esempio, nell'ambito dell'audiovisivo e dell'energia, al Ministro dell'Industria spetta la competenza relativa alla protezione dei consumatori.

### **4. Le variabili connesse alla presenza di norme generali sulla partecipazione**

L'apertura alla partecipazione nella formazione di decisioni in materia di standard e tariffe nei servizi esaminati può essere influenzata dalla presenza di norme generali in tema di disciplina del procedimento o qualità dei servizi.

<sup>23</sup> La struttura ministeriale di riferimento è il *Department for Business, Energy & Industrial Strategy* (BEIS), che dal 2016 ha sostituito il DECC (*Department of Energy & Climate Change*). Il Dipartimento svolge le proprie funzioni nell'ambito della sicurezza energetica, la promozione delle energie rinnovabili, la garanzia dell'accessibilità e dell'equità nella fornitura energetica, nonché il supporto alla crescita e allo sviluppo energetico del Paese. Il Segretario di Stato presso BEIS nomina i membri dell'Autorità; definisce le linee strategiche di intervento nel settore energetico alle quali deve adeguarsi; relaziona in Parlamento circa l'attività dell'Autorità.

<sup>24</sup> L'Autorità risulta dalla fusione della *Comisión del Sistema Eléctrico Nacional*, della *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, del *Comité de Regulación Ferroviaria*, del *Consejo Estatal de Medios Audiovisuales*, della *Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria*.

Sotto questo profilo, emerge un certo dualismo tra l'ordinamento europeo, privo di un assetto giuridico consolidato in materia di disciplina dei procedimenti<sup>25</sup>, e ordinamenti interni, in cui l'ambito della regolazione dei mercati rimane pur sempre un terreno fertile di indagine circa la trasferibilità degli istituti del diritto amministrativo tradizionale<sup>26</sup>.

In alcuni ordinamenti come l'Italia, inoltre, hanno avuto uno specifico rilievo norme che, al fine di promuovere il miglioramento della qualità dei servizi nazionali e locali, hanno aperto alla partecipazione dei cittadini e degli utenti (sia come singoli che in forma associata) le procedure di valutazione e di definizione degli standard qualitativi dei servizi<sup>27</sup>. Le leggi prevedono addirittura forme di intesa con le associazioni di tutela degli utenti e dei consumatori, per la formazione delle Carte di servizio da parte dei gestori e per l'individuazione dei livelli di qualità generali dei servizi da parte delle autorità di regolazione<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Si v. le osservazioni di G. della Cananea, *Le "model rules" come esempio di codificazione innovativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2018, 333 ss.; e già *Codice Renewal del procedimento amministrativo dell'Unione Europea*, a cura di G. della Cananea e D.U. Galetta, Napoli, Editoriale scientifica, 2017; nonché G. della Cananea, *A Law on EU Administrative Procedure: Implications for National Legal Orders*, in G. Balazs, L. Berkès e A. Narga (ed), *Current Issues of the National and EU Administrative Procedures (the Renewal Model Rules)*, Paznany Press, 2015, 283; J. Mendes, *Participation in EU Rule-making: Rights – Based Approach*, Oxford, 2011.

<sup>26</sup> Si v. J.B. Auby (ed), *The Codification of Administrative Procedure*, Bruxelles, 2015. Su queste problematiche incidono le differenti tradizioni costituzionali e amministrative, pur ancorate alle radici comuni: si v. S. Cassese, *The "Constitutional Traditions Common to the Member States of the European Union*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 939.

<sup>27</sup> Secondo l'art. 11, d. lgs. n. 286/1999, «i servizi pubblici nazionali e locali sono erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assicurano la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione, nelle forme, anche associative, riconosciute dalla legge, alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi». Il codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005) garantisce agli utenti, attraverso forme rappresentative, la partecipazione alle procedure di definizione e di valutazione degli standard di qualità previsti dalle leggi (art. 101, c. 3). Su questi aspetti si v. S. Mirate, *La tutela del cittadino utente consumatore: profili pubblicistici*, in *Resp. civile e prev.*, 2020, 40 ss., e già S. Battini, *La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 194; L. Ieva, *Tutela dell'utente e qualità del servizio pubblico: dall'organizzazione alla Carta dei servizi*, Milano, Giuffrè, 2002.

<sup>28</sup> Ai sensi della l. n. 244/2007, i gestori dei servizi devono adottare una «Carta di qualità dei servizi» (secondo un impegno assunto nel contratto di servizio), in cui siano fissati gli standard di qualità e quantità, sulla base di «intese con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate». Le stesse associazioni svolgono una successiva attività di verifica periodica e di monitoraggio circa l'adeguatezza degli standard nel tempo. Nei servizi oggetto di regolazione (quali quelli analizzati) la legge "quadro" n. 481/1995 affida alle Autorità di regolazione il compito di determinare i «livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola

## il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

Al di là della presenza di norme specifiche, sembra essere comune la tendenza a caratterizzare la partecipazione ai procedimenti regolatori nelle *utilities* in modo più ampio rispetto alla legge generale sul procedimento amministrativo.

In Francia il *Code des relations entre le public et l'administration*, emanato con *ordonnance* n. 2015-1341 du 23 octobre 2015 ha disciplinato le diverse forme di partecipazione procedimentale per la formazione di atti giuridici delle amministrazioni, ivi incluse quelle indipendenti<sup>29</sup>. Ma già l'art. 16 della Loi n. 2011-525 del 17 maggio 2011 aveva introdotto la possibilità, per le autorità indipendenti (e non solo) di ricorrere a “consultazioni aperte” ogni volta fosse necessario adire un organo consultivo di rappresentanza delle parti interessate (come è frequente nei settori considerati), aprendo la strada ad un più diffuso utilizzo di tale strumento partecipativo.

In Spagna la CNMC, come organismo pubblico indipendente soggetto al regime giuridico delle amministrazioni dello Stato, è espressamente soggetta anche alla *Ley 30/1992 de 26 noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tale legge definisce la partecipazione come garanzia per gli interessati (art. 84), e afferma il principio per cui “nei rapporti con i cittadini le amministrazioni agiscono secondo i principi di trasparenza e partecipazione” (art. 3, c. 5). La successiva *Ley 39/2015 de 1 octubre*, però, ha disciplinato in modo più analitico la procedura di *audiencia pública*<sup>30</sup>, dando così attuazione alla previsione del testo costituzionale, che espressamente pone una riserva di legge nella disciplina dell'*audiencia pública* dei soggetti interessati *cuando proceda*, cioè quando sia ritenuta “appropriata” in rapporto alla decisione pubblica da adottare (art. 105, lett. c, Cost. spagnola 1978)<sup>31</sup>. In attuazione di quanto prescritto dalla legge sul procedimento, per i dipartimenti ministeriali sono state dettate specifiche

prestazione da garantire all'utente *sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori*» (art. 2, c. 12, lett. h).

<sup>29</sup> Si v. M. De Donno, *The French Code “Des Relations Entre Le Public et l'Administration”. A New European Era for Administrative Procedure?*, in *IJPL*, 2017, n. 2, 220; A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo in Francia e in Italia*, in *Il nuovo diritto pubblico europeo. Scritti in onore di Jean-Bernard Auby*, a cura di G. della Cananea e J. Ziller, Torino, Giappichelli, 2018, 89 ss.

<sup>30</sup> In base all' 133.2 de la *Ley 39/2015, de 1 de octubre*, sul procedimento amministrativo stabilisce che «Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y obtener cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades».

<sup>31</sup> Proprio per il suo ancoraggio costituzionale i giudici hanno qualificato il ricorso all'*audiencia pública* come *esencial, capital, fundamental, sagrado*, con la conseguenza di rendere

istruzioni volte a facilitare la pubblicazione dei progetti di atti normativi o di carattere generale, tramite un'apposita informativa sul sito web<sup>32</sup>.

La stessa legge istitutiva della CNMC introduce una norma generale sulla partecipazione degli interessati ai procedimenti preordinati all'emanazione degli atti regolatori della Commissione. Si enuncia in particolare che "i titolari di legittimi diritti e interessi" relativi all'oggetto dell'atto, devono essere sentiti, direttamente o tramite le associazioni riconosciute dalla legge, le cui finalità siano attinenti allo scopo dell'atto. Si aggiunge che "la partecipazione dei cittadini sarà generalmente incoraggiata" (art. 30).

## **5. L'analisi comparata per settori: l'apertura alle consultazioni pubbliche nelle telecomunicazioni**

In Italia l'art. 11 del codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259/2003), in attuazione delle direttive comunitarie, disciplina la partecipazione relativa all'adozione, da parte del Ministero e dell'Agcom, «di provvedimenti in applicazione del codice [...] *aventi un impatto rilevante sui mercati di riferimento*»: le parti interessate possono presentare le proprie osservazioni sulla proposta di provvedimento entro un termine non inferiore a trenta giorni, a decorrere dalla notifica della stessa<sup>33</sup>. La norma prevede, altresì, che sia data ampia pubblicità (mediante pubblicazione sui bollettini ufficiali e sui siti internet rispettivamente del Ministero e dell'Autorità) ai provvedimenti di apertura della procedura, alla proposta di provvedimento e ai risultati della consultazione<sup>34</sup>.

nullo il procedimento laddove la mancata udienza annulli ogni possibile diritto di difesa. Si v. Tribunal Supremo, Camera contenziosa, del 24 febbraio 1997, Rec. 10248/1990.

<sup>32</sup> *Orden PRE/1590/2016, de 3 de octubre, por la se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 septiembre de 2016, por el que se dictan instrucciones para habilitar la participación pública en el proceso de elaboración normativa a través de los portales web de los departamentos ministeriales.*

<sup>33</sup> Si v. Cons. St., sez. III, 31 agosto 2012, n. 4661, per cui il termine minimo di 30 giorni di cui all'art. 11 non può essere derogato dall'AGCOM pena l'illegittimità della delibera.

<sup>34</sup> Il regolamento n. 107/19/CONS ha disciplinato le procedure di consultazione nei procedimenti di competenza dell'Autorità, riguardante tutti gli atti di natura regolatoria o normativa, con la sola esclusione degli atti attuativi di precedenti atti di regolazione, già sottoposti a consultazione. La procedura di consultazione prende avvio con delibera dell'Autorità (su proposta del direttore dell'unità organizzativa competente), in cui sono indicate le modalità di svolgimento della consultazione, il termine del procedimento e il responsabile, oltre che alle concrete modalità di partecipazione. Poiché la partecipazione è aperta a tutti i soggetti interessati, la comunicazione di avvio è resa pubblica tramite pubblicazione sul sito web dell'Autorità. La proposta in consultazione è allegata alla delibera di avvio; la richiesta è

## il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

Nel caso delle comunicazioni elettroniche è lo stesso codice che fissa le modalità di determinazione degli standard qualitativi, tutte incentrate sulla dialettica tra regolatore e operatori del servizio: in particolare si stabilisce che l'AGCOM vigili sulle informazioni rese dagli operatori, stabilendo anche la tipologia e la modalità di comunicazione all'utenza delle stesse e potendo integrare gli obiettivi qualitativi. L'Autorità fissa direttamente i contenuti e gli obiettivi delle prestazioni rientranti nel servizio universale e vigila sull'adozione delle carte di servizio da parte di tutti gli operatori<sup>35</sup>.

Gli atti regolatori relativi ai livelli qualitativi del servizio e al contenuto minimo delle carte di servizio sono espressione, secondo la giurisprudenza, della "più ampia discrezionalità" dell'autorità di regolazione, che è sindacabile dal giudice solo in caso di palese illogicità e arbitrarietà<sup>36</sup>.

Il principio è stato affermato anche con riferimento alla formazione delle tariffe: il giudice amministrativo ha chiarito che l'AGCOM «ha tra i suoi obiettivi la promozione di una concorrenza sostenibile che garantisca agli utenti il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità, mentre la stessa non ha il dovere di tutelare la situazione economico-finanziaria dei singoli operatori»<sup>37</sup>. L'apertura della procedura di definizione delle tariffe o dei criteri tariffari offre anche un luogo di dialogo tra Autorità di regolazione e Commissione europea, che vigila sui mercati regolamentati, specie quando l'esercizio dei rispettivi poteri è oggetto di raccomandazioni o atti di indirizzo<sup>38</sup>.

In Francia, per valutare il quadro attuale occorre considerare che, tradi-

quella di formulare osservazioni o rispondere a specifici requisiti. La partecipazione avviene mediante invio di osservazioni o documenti (anche relativamente alle valutazioni di impatto della regolamentazione, ove applicabili), entro il termine non inferiore a trenta giorni, salvo casi di assoluta eccezionalità. I soggetti interessati possono anche formulare una motivata istanza di audizione, da svolgersi eventualmente entro dieci giorni dalla scadenza del termine. A conclusione della consultazione l'Autorità pubblica la «sintesi dei risultati della consultazione» e gli «orientamenti generali ricavabili dalle osservazioni formulate», con indicazione delle motivazioni che giustificano le definitive determinazioni dell'Autorità.

<sup>35</sup> L'adozione della carta va riferita a «tutti i gestori dei servizi di telecomunicazioni e radiotelevisivi, comprensivi quindi, tanto dei servizi pubblici quanto dei servizi tout court di rilevanza imprenditoriale, sempre se pertinenti il settore delle telecomunicazioni» (Cons. St., sez.VI, 5 aprile 2006, n. 1769, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 1215).

<sup>36</sup> Così Cons. St., sez.VI, 15 luglio 2010, n. 4567, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 1605.

<sup>37</sup> Così TAR Lazio, Roma, sez. I, 7 dicembre 2012, n. 10265.

<sup>38</sup> Si v. la cit. sentenza TAR Lazio, sez. I, n. 10265/2012, in cui il provvedimento di graduale riduzione delle tariffe del mercato di terminazione mobile viene dichiarato parzialmente illegittimo per non avere l'Autorità adeguatamente ponderato le osservazioni pervenute dalla Commissione e non aver puntualmente motivato le ragioni dello scostamento deciso rispetto all'indirizzo proveniente dell'organo comunitario.

zionalmente, il processo di formazione delle decisioni pubbliche nelle *utilites* seguiva forme alternative di collegamento con i soggetti interessati. Il caso delle comunicazioni elettroniche è molto significativo sotto questo profilo: l'autorità di regolazione ARCEP ha adottato, sin dalla sua origine, il metodo della concertazione con i soggetti regolati attraverso la creazione di commissioni consultive, responsabili di esaminare gli schemi di regolazione e di ogni questione rientrasse nell'ambito delle rispettive competenze<sup>39</sup>. Lo schema è stato definito di *corporatisme étatique*: «the (real or declared) wish of the state to bring the industry and civil society groups into the policymaking process translated into the creation of a body that was nonetheless not entrusted with significant powers»<sup>40</sup>. Il legislatore ha quindi optato per questa forma di consultazione dei soggetti interessati, non disciplinando espressamente forme di partecipazione pubblica di carattere procedimentale.

L'Autorità ha comunque sempre svolto consultazioni, secondo la propria discrezionalità, talvolta in modo poco trasparente proprio per la mancanza di una precisa regolamentazione in tal senso. Il riferimento a queste forme di consultazione è intervenuto a seguito del recepimento delle direttive europee del 2002, con l'introduzione nel *Code des postes et des communications électroniques* della disposizione per cui «lorsque, dans le cadre des dispositions du présent code, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse envisagent d'adopter des mesures ayant une incidence importante sur un marché ou affectant les intérêts des utilisateurs finals, ils rendent publiques les mesures envisagées dans un délai raisonnable avant leur adoption et recueillent les observations qui sont faites à leur sujet. Le résultat de ces consultations est rendu public, sous réserve des secrets protégés par la loi. L'autorité met en place un service permettant de prendre connaissance des consultations prévues par l'alinéa précédent» (art. L 32-1)

Ha fatto seguito una prassi di numerose consultazioni pubbliche che hanno visto la crescita della partecipazione dei soggetti interessati. A differenza dei procedimenti ordinari delle amministrazioni, le consultazioni sono divenute una procedura aperta a cui tutti possono partecipare, che obbliga l'autorità a riportare una sintesi delle consultazioni svolte, aprendo quindi

<sup>39</sup> Sin dalla legge del 1996 erano menzionate la *Commission consultative des réseaux et services de télécommunications* e la *Commission consultative des radiocommunications*, sotto la direzione generale del ministero delle poste e telecomunicazioni.

<sup>40</sup> A. Psygkas, *From the democratic Deficit to a democratic Surplus: Constructing Administrative Democracy in Europe*, cit., 97.

### il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

la strada ad una motivazione che supera i limiti dell'obbligo di legge per i procedimenti ordinari (nella legge francese non esiste un obbligo generale di motivazione dei provvedimenti, né sussiste per gli atti di carattere generale). L'analisi della partecipazione in questo settore ha mostrato come, per la maggiore percentuale, sia parte attiva l'industria, e solo per percentuali più ridotte lo siano gli individui, le associazioni di interessi, le comunità locali, le altre amministrazioni pubbliche<sup>41</sup>. Quegli stessi studi mettono in evidenza l'esigenza di una formalizzazione delle consultazioni pubbliche, funzionale ad una maggiore trasparenza.

Il Regno Unito è stato tra i primi paesi europei ad aprire alla concorrenza nel settore, con il *British Telecommunications Act* del 1981, con il successivo *Telecommunications Act* (TA) del 1984, e con la privatizzazione di British Telecom. La creazione del regolatore OFTEL (*Office of Telecommunications*) è seguita a questo processo, in funzione di supporto al Direttore generale delle telecomunicazioni (DGT) e all'istituzione di un regime per cui gli operatori del settore non hanno il diritto esclusivo del servizio ma gestiscono lo stesso attraverso licenze di durata limitata. OFTEL regola i prezzi o impone controlli sulle tariffe in diversi segmenti che coprono i mercati delle telecomunicazioni, della radiodiffusione e dei servizi postali.

Già il TA del 1984 prevedeva una serie (sia pur limitata) di decisioni rispetto alle quali la consultazione degli operatori e la motivazione erano obbligatorie. La prassi delle consultazioni ha proceduto secondo una discrezionalità del regolatore, in via informale, fino alla pubblicazione del documento *Improving Accountability: OfTel's Procedures and Processes*, nel 1997, in cui consumatori, organizzazioni di consumatori, industria e altri attori erano chiamati a concorrere alle decisioni del regolatore, ampliandone l'*accountability*. Le consultazioni preventive hanno costituito una prassi nell'operato tanto di OFTEL che del DGT, costituendo un autentico modello di *policy-making process*.

Sulla base del *White Paper* del 2000, con cui il governo ha ridefinito il quadro regolatorio del settore, sono stati emanati l'*Office of Communications Act* 2002 e il *Communications Act* 2003, cui ha fatto seguito un rafforzamento delle funzioni del regolatore, ridenominato Ofcom e descritto come *semi-independent regulator* ovvero come *non-ministerial department within the ambit of the Department of Trade and Industry*<sup>42</sup>. In base al *Communications Act* 2003 è dovere del regolatore Ofcom «to further the interests of citizens in

<sup>41</sup> A. Psygkas, *ibidem*, 108.

<sup>42</sup> C. Hall, C. Scott e C. Hood, *Telecommunications regulation: culture, chaos and interdependence inside the regulatory process*, London, Routledge, 2000, 18.

relation to communications matters, and to further the interests of consumers in relevant markets, where appropriate by promoting competition». Il regolatore, in particolare, deve avere riguardo che «the principles under which regulatory activities should be transparent, accountable, proportionate, consistent and targeted only at cases in which action is needed» (Section A.3), sviluppando così quanto auspicato sin dalle origini, di un'attività svolta «in full consultation with industry and with citizen and consumer groups» (White paper 2000). La novità è che il regolatore opera non solo sulla base di una prassi consolidata, ma per effetto di una serie di previsioni statutarie che qualificano come doverosa la consultazione dei soggetti che possono essere interessati dalle misure decise, nell'ambito dell'esercizio dei poteri propri del regolatore (si v., in particolare, le sezioni 16(1) e 403)<sup>43</sup>.

In Spagna l'istituzione della CNMC nel 2013 non ha sovvertito l'impalcatura della legislazione pregressa, che, aprendo alla liberalizzazione (in attuazione delle direttive europee) le principali *utilities*, ha attribuito agli organi di governo importanti funzioni in materia di regolazione di standard e tariffe.

La *Ley 32/2003 de 3 de noviembre*, recante la disciplina delle telecomunicazioni, ha definito l'impalcatura di un servizio aperto alla concorrenza, connotato da rilevanti profili di interesse generale, connessi alla tutela dei diritti costituzionali. In questo contesto un ruolo essenziale è affidato al *Ministerio de Industria, Energía y Turismo*, specie negli ambiti della definizione degli standard qualitativi che tariffari, nella tutela dell'utenza. I numerosi rinvii che la legge opera a regolamentazioni o provvedimenti del Ministero convergono nella funzione di garantire, congiuntamente, lo sviluppo della concorrenza e la tutela degli interessi degli utenti, affinché

<sup>43</sup> La stessa Ofcom definisce la procedura di consultazione nei propri documenti programmatici, che introducono qualche variazione rispetto all'ordinario schema delle consultazioni pubbliche. In particolare la procedura sembra seguire un percorso in cui i soggetti interessati sono più volte chiamati a intervenire: ciò già a partire dall'organizzazione di colloqui informali con persone e organizzazioni nella fase precedente la consultazione, per verificare la correttezza della posizione seguita (in mancanza di tempo sufficiente l'autorità organizza un meeting aperto per illustrare la proposta); quindi durante la consultazione vera e propria, in cui la partecipazione è favorita attraverso la formulazione di un testo di consultazione breve e chiaro (in mancanza del quale l'autorità può predisporre una guida per orientare i soggetti meno esperti); il tempo della consultazione, che prevede almeno dieci settimane; l'obbligo di motivazione nel caso in cui simile procedura non possa essere seguita; la pubblicazione dei contributi in modo tale da consentirne la visione a coloro che intendono partecipare, nella convinzione che il punto di vista degli altri aiuti alla formulazione del proprio. Al termine della consultazione la decisione è accompagnata da una dichiarazione che ne spiega l'oggetto, le ragioni, mostrando quali contributi hanno aiutato alla decisione.

## il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

il servizio sia svolto secondo «adecuadas condiciones de elección, precio y calidad» (art. 3)<sup>44</sup>.

Rispetto a simile assetto la CNMC svolge funzioni di supervisione e controllo, legate in modo specifico alla caratterizzazione concorrenziale dei mercati, statuendo in materia di servizio universale e di meccanismi incentivanti ai fini della definizione degli oneri di sistema; la metodologia dell'Autorità segue sempre la via delle consultazioni preliminari.

### 5.1. (Segue) ... nel servizio elettrico

In Italia il corpo più rilevante di norme e di giurisprudenza in tema di partecipazione è quello formatosi nel settore dell'energia elettrica, con riferimento all'attività regolatoria dell'ARERA<sup>45</sup>. I giudici hanno chiarito che la partecipazione degli interessati al procedimento è di tipo collaborativo e non co-decisionale<sup>46</sup>;

<sup>44</sup> Si v. anche l'art. 38, c. 10: «Por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo se podrán fijar requisitos mínimos de calidad de servicio que, en su caso, se exijan a los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, con objeto de evitar la degradación del servicio y la obstaculización o ralentización del tráfico en las redes, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan mediante real decreto».

<sup>45</sup> Il regolamento di cui alla deliberazione 23 dicembre 2014, 649/2014/A, allegato A, disciplina la partecipazione ai procedimenti di regolazione (idoneo quindi ad abbracciare sia lo standard setting che la formazione delle tariffe). Il procedimento è avviato con delibera del Consiglio indicante le norme attributive del potere, presupposti, oggetto, finalità dell'atto da adottare, il responsabile del procedimento e il termine ordinatorio di conclusione. Nel documento di consultazione sono indicati «gli elementi essenziali del progetto di regolazione» e solo eventualmente uno schema dall'atto di regolazione da adottare, con evidenziate, in ogni caso, le questioni sulle quali l'Autorità sollecita l'intervento degli interessati. L'Autorità non delimita in alcun modo l'ambito soggettivo di riferibilità dei soggetti chiamati a intervenire, lasciando presumere la più ampia apertura ai soggetti interessati. Anche le modalità di consultazione possono spaziare dallo scambio documentale alla formazione di gruppi o seminari, o audizioni, secondo una pluralità di forme privilegia l'acquisizione delle informazioni. La motivazione del provvedimento finale è formulata tenendo conto «anche delle eventuali osservazioni» presentate nella fase delle consultazioni.

<sup>46</sup> Così TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 1° dicembre 2004, n. 6092; della stessa sezione si v. le pronunce 27 maggio 2005, n. 1144; 16 novembre 2006, n. 2823. Sulla necessità che le autorità adottino meccanismi di consultazione preventiva, rispettino gli obblighi di partecipazione e motivino adeguatamente le proprie decisioni, si v. Cons. St., sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6153; Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2006, n. 7972, in *Giur.it.*, 2007, 7, 1811; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215. Circa la non applicabilità delle norme alle procedure dinanzi alle autorità della legge n. 241/1990 che esclude la partecipazione e la motivazione dagli atti generali si v. Cons. St., sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, e già Cons. St., sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5105 (con riferimento ai provvedimenti tariffari).

non è funzionale al raggiungimento di una regolazione “concordata”<sup>47</sup>, né genera alcuna obbligazione di risultato<sup>48</sup>.

L’esame dei provvedimenti dell’Autorità di predisposizione degli standard qualitativi evidenzia come il ricorso alle consultazioni sia fatto ad ampio raggio e trovi riscontro in puntuali argomentazioni dell’Autorità volte a illustrare i contributi di coloro che hanno partecipato (singoli operatori, associazioni di consumatori, altri soggetti istituzionali); il tutto nel limite dell’attività discrezionale dell’Autorità, che espressamente esclude la consultazione ove il provvedimento regolatorio sia strettamente vincolato rispetto alla legge<sup>49</sup>.

Anche la determinazione di criteri o metodi tariffari rientra nell’esercizio di poteri discrezionali: giurisprudenza consolidata riconosce che «il potere delle Autorità di socializzare elementi tariffari deve rispettare gli ordinari limiti che connotano l’esercizio dei poteri discrezionali», con particolare riferimento alla ragionevolezza della scelta del criterio e delle concrete modalità applicative<sup>50</sup>. Sotto questo profilo non sussiste un diritto delle imprese all’immodificabilità del sistema tariffario, pur essendo legittima la pretesa a che il passaggio tra due distinti regimi tenga conto degli effetti lo stesso può potenzialmente esplicitare sull’equilibrio finanziario dell’impresa (attraverso la previsione di un regime transitorio, di tempistiche dilazionate e di oneri spalmati su più anni)<sup>51</sup>.

In Francia la prassi delle consultazioni pubbliche caratterizza l’operato della *Commission de Régulation de l’Énergie* (CRE), che vigila sul rispetto, da

<sup>47</sup> La conseguenza è che l’Autorità non è tenuta a diffondere un nuovo documento di consultazione ove si discosti da quello già diffuso (pena un irragionevole allungamento della fase istruttoria): Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1242, in *Foro amm. CdS*, 2010, 3, 642. Si v., da ultimo, TAR Lombardia, Milano, sez. II, 3 luglio 2015, n. 1534 (relativo alla formazione di prezzi minimi garantiti per gli impianti da fonti rinnovabili).

<sup>48</sup> Cons. St., sez. VI, 27 luglio 2010, n. 4906; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 4 luglio 2011, n. 1737, secondo la quale la consultazione preventiva è essenziale per arricchire la base conoscitiva dell’attività di regolazione.

<sup>49</sup> Si v. il *Testo integrato della regolazione della qualità dei servizi di vendita di energia elettrica e di gas naturale*, di cui all’all. A, delibera 21 luglio 2016, come integrato da successive deliberazioni, di cui l’ultima, del 26 maggio 2020, n. 184/2020/R/com, espressamente esclude il ricorso alle consultazioni per il carattere vincolato delle modifiche rese necessarie al provvedimento, a seguito del cambiamento del quadro normativo.

<sup>50</sup> Così, da ultimo, TAR Lombardia, Milano, sez. I, 7 gennaio 2020, n. 38.

<sup>51</sup> Così Cons. St., sez. VI, 1 luglio 2020, n. 4216, che richiama la pronuncia della Corte di giustizia, secondo la quale gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell’ambito del potere discrezionale dell’autorità nazionale (C. giust. UE, 10 settembre 2009, C-201/08).

## il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

parte dei gestori delle reti pubbliche, delle loro obbligazioni in materia di sicurezza, efficacia e qualità, in applicazione all'art. 131-1 del codice dell'energia<sup>52</sup>. In particolare la CRE fissa le tariffe per l'accesso alla rete di trasmissione (TURPE), in modo trasparente e non discriminatorio, sulla base di consultazioni preventive con i soggetti interessati; stabilisce le regole concernenti le missioni dei gestori delle reti pubbliche di trasporto e distribuzione e il metodo di calcolo dei costi dell'energia nucleare storica. Sotto questo profilo la CRE è consultata con riferimento ad ogni progetto regolamentare relativo all'accesso alle reti infrastrutturali, o progetto di decreto del *Conseil d'Etat* volto a fissare le obbligazioni di *Électricité de France* in ordine alle modalità di cessione dell'energia nucleare.

Ai sensi dell'art. L321-18 del codice dell'energia, i livelli di qualità (variabili per area geografica) e le prescrizioni tecniche che devono essere rispettate dal gestore della rete pubblica di trasporto, sono definite in via regolamentare<sup>53</sup>. Nel rispetto delle disposizioni regolamentari, i *cahier de charge* relativi alle concessioni dei distributori fissano i livelli di qualità richiesta.

Inoltre il Ministro dell'energia, con proprio *arrêté*, su parere della CRE, stabilisce le condizioni alla base degli accordi con i consumatori finali, le condizioni tecniche di interruzione del servizio e le modalità di indennizzo. La CRE pubblica regolarmente gli indicatori sulla qualità dell'elettricità nei suoi report annuali ed europei, nonché nel suo rapporto sulla regolazione incentivante della qualità del servizio (collegata ai profili tariffari)<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Con la liberalizzare il mercato relativo alla fornitura di energia, la trasmissione è rimasta monopolio statale affidato all'RTE (*Réseau de transport d'électricité*) e la distribuzione è organizzata attraverso concessioni, vigilate dalle *Autorités organisatrices de la distribution d'électricité et de gaz* (AOD), che vedono riuniti comuni (proprietari delle reti), dipartimenti, *établissements publics de coopération*, e che devono garantire lo svolgimento degli obblighi di servizio pubblico (secondo l'art. 224-31 del codice delle collettività territoriali). In particolare i settori della produzione (con EDF che ha la maggioranza del mercato) e della fornitura (in questo caso apertasi progressivamente dall'anno 2000) sono organizzati secondo un mercato in concorrenza.

<sup>53</sup> Si v. il decreto n. 2007 del 24/12/2007 relativo ai livelli di qualità e alle prescrizioni tecniche in materia di qualità delle reti pubbliche di distribuzione e di trasporto di elettricità, decreto governativo emanato sulla base di un parere della CRE.

<sup>54</sup> In Francia i consumatori finali domestici (potenza inferiore a 36 kw) e quelli non domestici con determinati requisiti (meno di dieci dipendenti e bilancio annuale non superiore a due milioni di euro) possono beneficiare delle *tariffe regolamentate di vendita* dell'energia elettrica. Le stesse sono definite su proposta motivata della CRE ai ministri dell'economia e dell'energia; in assenza di opposizione di uno dei due ministri nell'arco di tre mesi le tariffe si ritengono approvate e sono pubblicate nel *Journal Officiel de la République*. Le tariffe sono determinate sulla base di quanto prescritto dall'art. L337-6 del codice, come somma di un insieme di valori che comprendono il prezzo di mercato, il costo di trasporto sulle reti di tra-

Il Consiglio di Stato ha, in diverse pronunce del 2018 e 2019, ammesso «dans son principe», la possibilità per i poteri pubblici di fissare tariffe regolamentate di vendita dell'elettricità, per «garantir aux consommateurs un prix de l'électricité plus stable que les prix de marché», in un contesto di forte volatilità dei prezzi<sup>55</sup>; l'orientamento in tal caso è risultato contrario alla posizione assunta rispetto alla regolamentazione tariffaria del prezzo del gas, ritenuta in contrasto con il diritto europeo<sup>56</sup>.

La CRE e l'Autorità della concorrenza presentano ogni cinque anni un rapporto ai ministri dell'economia e dell'energia, riguardante le tariffe regolamentate di vendita, sotto il profilo dell'impatto sugli obiettivi di interesse economico generale (stabilità dei prezzi, sicurezza degli approvvigionamenti, coesione sociale e territoriale), sul mercato al dettaglio, nonché con riferimento alle categorie di consumatori ai quali dovrebbe essere estesa la tariffa regolata. Una volta acquisite le informazioni, i ministri possono proporre il mantenimento o piuttosto la modifica o la soppressione delle tariffe, con valutazioni che “sono rese pubbliche”. Il medesimo meccanismo di silenzio assenso, riferito alla determinazione del prezzo su proposta della CRE e determinazione dei ministri dell'economia e dell'energia, si applica anche alla cessione dell'elettricità prodotta centrali nucleari da parte di Electricité de France (monopolista della produzione di energia nucleare) ai fornitori di consumatori finali<sup>57</sup>.

Il caso inglese relativo alla definizione degli standard e delle tariffe nel

sporto e distribuzione, i contributi decisi dallo Stato, tra cui il contributo al servizio pubblico (CSPE) che finanzia le energie rinnovabili, la tariffa di prima necessità, i servizi del mediatore nazionale dell'energia (è calcolata in funzione del consumo ed è rideterminata ogni anno su proposta della CRE); la tassa sul consumo finale di elettricità (TCFE).

<sup>55</sup> Si tratta, in primo luogo, della decisione del 18 maggio 2018 su ricorso dell'ANODE (*Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*). Con ulteriori due delibere del 6 novembre 2019, il Consiglio di Stato ha respinto le richieste di annullamento delle decisioni di fissazione delle tariffe regolamentate del 27 luglio 2018 e del 28 maggio 2019 convalidando così la metodologia di costruzione tariffaria adottata dalla CRE.

<sup>56</sup> Con decisioni del 7 settembre 2016 e del 19 luglio 2017, il Conseil d'État ha dichiarato illegittime le norme del codice di energia e i decreti emanati in attuazione, nel presupposto che il mantenimento di tariffe regolamentate di vendita del gas naturale è contrario alle direttive europee in materia, non costituendo le relative limitazioni delle reali necessità nell'interesse economico generale.

<sup>57</sup> Questa obbligazione è stata posta per far beneficiare i fornitori di energia elettrica e i loro clienti del parco nucleare francese. Sulla costituzionalità della determinazione del prezzo relativo a tale obbligazione (che costituisce un evidente limite alla libertà di impresa) si è espressa la Corte costituzionale, con decisione 7 novembre 2019, n. 2019-791DC: «[...] ces dispositions qui ne prévoient aucune autre modalité de détermination du prix ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, autoriser les ministres

## il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

settore elettrico è paradigmatico perché il mercato è oggetto di un nuovo processo di riforma<sup>58</sup>, che vede ampliati gli spazi della regolazione indipendente ma anche della decisione politica, in un intreccio che non lascia sempre emergere la chiara distinzione dei rispettivi ruoli<sup>59</sup>.

L'intreccio delle funzioni tra regolatore indipendente e autorità politica può essere colto a partire dal quadro degli strumenti che regolamentano i mercati dell'energia: *legislation, licence conditions* and *codes* (si tratta degli accordi multilaterali a cui partecipano gli operatori di settore e che sono determinanti ai fini dell'assetto concorrenziale del settore elettrico).

La competenza primaria nella determinazione delle condizioni standard di erogazione del servizio, specie sotto il profilo della definizione dei prezzi e della qualità, nella considerazione delle dinamiche concorrenziali, è dell'organismo di regolazione OFGEM, che opera primariamente a livello di modifica delle *standard licence conditions*.<sup>60</sup> La regolazione opera, infatti, nel presupposto che la fornitura di energia è soggetta a licenza, in base allo *Utilities Act 2000*<sup>61</sup>; per le altre attività di trasmissione e distribuzione il controllo dell'Autorità opera in virtù del carattere quasi monopolistico delle reti e delle esigenze di garantire l'accesso e di controllare il comportamento degli operatori che operano in assenza di un reale mercato concorrenziale. Nell'esercizio di questa competenza, in adeguamento alle linee strategiche di sviluppo, atti di natura legislativa, promossi dal governo su impulso del BEIS, possono indirizzare e conformare, anche per periodi di tempo limitati, i poteri del regolatore indipendente, autorizzandolo a intervenire sulla modifica delle condizioni di licenza o sui codici di autoregolazione del settore per realizzare la finalità specifica.

chargés de l'énergie et de l'économie à arrêter un prix sans suffisamment tenir compte des conditions économiques de production d'électricité par les centrales nucléaires».

<sup>58</sup> La privatizzazione dei servizi energetici in Gran Bretagna, con il Gas Act del 1986 e l'Electricity Act del 1989, non ha comportato immediatamente una liberalizzazione del settore (specie per i clienti residenziali), intervenuta solo a fine anni Novanta e regolata grazie alla creazione dell'Ofgem nel 1999 (nato dalla fusione dell'Office of Gas Regulation – OFGAS – e dell'Office of Electricity Regulation – OFFER).

<sup>59</sup> Si v. M. Ioannidou and D. Mantzari, *The UK Domestic Gas Electricity (Tariff Cap) Act: Re-regulating the Retail Energy Market*, *Modern Law Review*, 2019, 82 – 3, May 2019.

<sup>60</sup> L'Autorità è stata chiamata in misura crescente a definire condizioni standard, non solo al fine di garantire un più adeguato e generalizzato livello di protezione dei consumatori, ma anche a livello di pratiche contabili e di rendicontazione degli operatori, ai fine di consentire un maggior controllo pubblico sulle *performance* di mercato.

<sup>61</sup> Lo *Utilities Act 2000* ha imposto licenze separate per le attività di fornitura e distribuzione, rendendo il regolatore responsabile per il rilascio delle licenze, sottraendo la relativa competenza al Dipartimento.

OFGEM opera, di regola, tramite la consultazione dei soggetti interessati, sia operatori, soggetti istituzionali, organizzazioni di consumatori, ed è chiamata a giustificare le ragioni delle proprie scelte regolatorie in rapporto agli interventi ricevuti. In particolare l’Autorità è chiamata a giustificare l’intervento in funzione degli impatti previsti, nonché a monitorare gli esiti e a rappresentare i medesimi nell’ambito dell’attività di report al Segretario di Stato.

Occorre aggiungere che ai sensi dell’*Utilities Act 2000*, il Segretario di Stato e l’Autorità agiscono “secondo gli stessi obiettivi e doveri”<sup>62</sup>, tanto che, in presenza di taluni presupposti (come per facilitare l’accesso al sistema di trasmissione o l’uso efficiente dello stesso) lo stesso Segretario di Stato può direttamente modificare le *standard conditions* delle licenze, consultando preventivamente sia l’Autorità che i soggetti interessati.

Regolazioni di carattere generale dell’Autorità possono avere il “consenso” del BEIS, come, da ultimo, per *The Electricity and Gas (Standards of Performance) (Suppliers) (Amendment) Regulations 2020*, pubblicata nel gennaio 2020.

Le competenze di OFGEM e BEIS sono, dunque, complementari e talvolta sovrapposte, come segnalato dall’indagine condotta dalla *Competition and Markets Authority* (CMA) nel 2016<sup>63</sup>: in particolare l’Autorità della concorrenza denuncia la mancanza di un coordinamento efficace e di una reale trasparenza nel processo di regolamentazione di OFGEM, idoneo a far comprendere le ragioni dell’assunzione di una decisione ai soggetti interessati.

Sotto il profilo tariffario, nel Regno Unito, sin dall’origine dei processi di privatizzazione, l’andamento dei prezzi delle forniture di elettricità è stato oggetto di regolazione, al fine di impedire la crescita eccessiva dei prezzi, in via transitoria fino all’instaurazione di un mercato concorrenziale effettivo.

<sup>62</sup> Il Parlamento può infatti indirizzare raccomandazioni ad entrambe gli attori istituzionali. Si v., ad esempio, la raccomandazione del Parlamento a DECC e OFGEM per un’efficace politica di “connessione e gestione” del settore. Si v. il rapporto della VI Commissione Energy and climate Change, House of Commons, 10 febbraio 2015, dal titolo *Energy network costs: transparent and fair?*, in [www.parliament.uk](http://www.parliament.uk).

<sup>63</sup> Si tratta del documento *Energy Market Investigation, Final Report*, (July 2016), in base al quale in alcune occasioni il Dipartimento ha preso i poteri (o si è dichiarato disposto a farlo) promuovendo cambiamenti nella legislazione primaria, in caso di inerzia di OFGEM. Secondo l’Autorità si è percepita la mancanza di una reale indipendenza del regolatore. Sotto questo profilo l’Autorità invita il Governo a chiarire, in via di legislazione primaria, gli obiettivi e gli obblighi statutari di OFGEM (punto 324), rafforzandone i poteri e l’indipendenza. L’intreccio di competenze è tale che la più chiara definizione dell’assetto di *governance* ha richiesto la definizione di un *Framework Document* tra OFGEM e BEIS, per chiarire i ruoli reciproci, a norme invariate (9 settembre 2019).

## il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

Sin dalla sua istituzione l'Ofgem ha introdotto, per tutte le filiere del sistema (fornitura, trasmissione, distribuzione) il meccanismo *price – cap*, mediante la nota formula RPI-X, divenuta un modello anche per altri settori di servizi di pubblica utilità regolati, volta a incentivare scelte operative efficienti, nella contestuale protezione degli utenti da rialzi eccessivi dei prezzi. Nel 2013, a seguito della riforma introdotta dall'Ofgem al sistema tariffario (*The Retail Market Review*), le clausole generali dei contratti di fornitura sono state modificate in direzione di una scelta più trasparente tramite più chiare informazioni agli utenti. La nuova formula di calcolo introdotta dall'Autorità è denominata RIIO (*Revenue = Incentives + Innovation + Outputs*) ed è volta a incoraggiare la maggiore innovazione nelle reti energetiche a beneficio dei consumatori. In base al *Domestic Gas and Electricity (Tariff cap) Act 2018*, approvato dall'House of Commons il 19 luglio 2018, viene posto un limite alle tariffe applicate agli utenti domestici di energia. Le modifiche sono previste autorizzando l'Autorità a operare una revisione delle *standard conditions*, incorporate nelle *supply licences*.

In Spagna la *Ley 24/2013* del 26 dicembre, di regolazione del settore elettrico ha modificato la prima legge di liberalizzazione, 27 novembre 1997, n. 54, per la necessità di definire un nuovo quadro di norme, al fine di garantire quella flessibilità necessaria per adattarsi ai cambiamenti rilevanti del settore elettrico, specie sotto il profilo della garanzia di equilibrio finanziario del sistema (per il quale rilevano fattori come il regime di remunerazione degli impianti e il sistema tariffario).

In tale settore la CNMC emana raccomandazioni per migliorare l'assetto competitivo del mercato e offre consultazioni e raccomandazioni non vincolanti al governo prima che le regolamentazioni siano approvate. Quanto alle competenze propriamente regolatorie, spetta al CNMC, «tramite de audiencia» e con criteri di efficienza economica, trasparenza, obiettività e non discriminazione, individuare le metodologie relative alle tariffe di accesso alle reti e relative al funzionamento del sistema (secondo un elenco articolato). Spetta al *Ministerio de Industria, Energía y Turismo* una serie di poteri decisori in ordine alle regole di funzionamento, alla fissazione dei prezzi delle attività regolate e ad altre funzioni collegate alla funzione pianificatoria governativa. Da tale funzione deriva infatti la lettura della “domanda” del servizio, in rapporto alla quale la determinazione di standard ovvero la fissazione dei prezzi e delle tariffe è strettamente connessa. Rispetto a tali funzioni la CNMC entra sia con funzione consultiva che di vigilanza sull'adeguamento del sistema ai vincoli, legislativi e non, precostituiti.

Nell'esercizio delle funzioni nel settore il CNMC ricorre sistematicamente alle *consultas públicas*, tramite il proprio portale. In un caso recente, del

febbraio 2020, è stato lo stesso Consiglio di Stato a chiedere all’Autorità la nuova apertura di una *consulta* per permettere un’adeguata rappresentazione delle informazioni necessarie da parte dei soggetti interessati<sup>64</sup>.

### 5.2. (Segue) ... nel trasporto ferroviario

In Italia, il modello di disciplina della partecipazione sviluppatosi nell’ambito delle *utilities* è declinato, con alcune specificità, anche nel settore dei trasporti, relativamente ai procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell’Autorità di regolazione ART<sup>65</sup>.

Con riferimento agli standard qualitativi dei servizi, la legge istitutiva definisce la competenza dell’ART nella definizione delle «*condizioni minime di qualità* dei trasporto passeggeri per ferrovia, nazionali e locali connotati da oneri di servizio pubblico, individuate secondo le caratteristiche territoriali della domanda e dell’offerta» (art. 37, d.l. 201/2011, conv. dalla l. 214/2011). La formazione delle relative delibere è connotata dalle più ampie garanzie di consultazione, sia scritta che orale, delle parti interessate, con ciò intendendo gli enti affidanti, i gestori dell’infrastruttura, le imprese ferroviarie, le associazioni di categoria e le associazioni dei consumatori<sup>66</sup>.

La complessità delle decisioni relative alla formazione delle tariffe può essere all’origine del ricorso alla consultazione con i soggetti interessati a più livelli: così, ad esempio, l’Autorità dei trasporti, nella fissazione dei canoni di accesso e di utilizzo dell’infrastruttura ferroviaria, è ricorsa dapprima ad una *call for inputs*, volta a sollecitare l’intervento degli *stakeholders* in termini propositivi (delibera n. 86/2014), ai fini della formazione dello schema di

<sup>64</sup> È quanto accaduto per il *Proyecto de Circular por la que se establece la metodología para el cálculo de los peajes de transporte, redes locales y regasificación de gas natural*, 12 febbraio 2020, consultabile nel sito istituzionale della CNMC.

<sup>65</sup> Si v. il regolamento di del 16 gennaio 2014, approvato con delibera del Consiglio n. 5/2014, recante la «disciplina dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell’Autorità e per la partecipazione dei portatori di interesse». Con riferimento a questi ultimi non viene introdotto alcun criterio di individuazione (ad esempio con riferimento alle associazioni riconosciute), anche se l’Autorità ha obblighi specifici di comunicazione (ad esempio delle risultanze istruttorie, previa approvazione del Consiglio, relativamente ai soggetti che hanno partecipato alla consultazione).

<sup>66</sup> Si v. la delibera dell’ART n. 16/2018, di determinazione delle condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto passeggeri per ferrovia, nazionali e locali, connotati da oneri di servizio pubblico, e in special modo la relazione istruttoria allegata, in cui si dà motivatamente conto di tutti gli interventi delle parti consultate, acquisiti sia per iscritto che durante l’audizione orale appositamente fissata.

## il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

delibera, successivamente sottoposta a procedura di consultazione secondo le regole ordinarie<sup>67</sup>.

In Francia, nell'ambito del servizio ferroviario nazionale, la determinazione di standard qualitativi e delle tariffe riflette la complessa *governance* del settore, in cui lo Stato esercita un duplice serie di funzioni, in qualità di azionista pubblico e di regolatore.

La *Société Nationale Chemin de Fer* (SNCF) è interamente di proprietà dello Stato (la proprietà è inalienabile) e presiede il gruppo omonimo in cui le diverse società svolgono le funzioni affidate: gestione della rete, gestione delle stazioni, gestione del servizio viaggiatori e merci a livello nazionale e internazionale<sup>68</sup>.

La funzione regolatoria è svolta dall'*Autorité de regulation des transport*, derivante dall'ampliamento delle funzioni, nell'ottobre 2019, dell'*Autorité de regulation des activités ferroviaires et routières* (Arafer), creata con *Loi n. 2009-1503 du 8/12/2009* e riformata con la c.d. *Loi Macron* del 2015. L'Autorità svolge funzioni di regolazione volte soprattutto a vigilare l'holding pubblica per gli aspetti di accessibilità alla rete e di apertura al mercato. Da questa conformazione (un mercato ancora in mano all'impresa pubblica, regolata da un'autorità indipendente) nasce la particolare caratterizzazione per cui la qualità del servizio e la tariffazione sono affidate essenzialmente a SNCF, sulla base di un contratto pluriennale concluso con lo Stato, il cui progetto è soggetto all'*avis* dell'Autorità (art. L. 2111-10-1 del *Code des transports*) e nei limiti delle disposizioni di legge in materia<sup>69</sup>. Le condizioni di qualità del servizio e i criteri di tariffazione sono presentati da SNCF nel *Document de référence du réseau ferré national* (DRR) che contiene le informazioni necessarie per le imprese ferroviarie e per tutte le parti interessate. Nello stesso documento si dichiara che ogni progetto di modifica del documento (salvo i meri aggiornamenti o correzioni) è soggetto, da parte di SNCF Réseau, alla consultazione delle parti interessate (imprese ferroviarie, organizzazioni rappresen-

<sup>67</sup> Si v. la delibera dell'ART n. 86/2014 *Call for Inputs* e la successiva delibera n. 96/2015 relativa ai criteri per la determinazione dei canoni di accesso e di utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, redatta all'esito delle consultazioni sullo schema di provvedimento formulato anche grazie ai contributi di risposta della precedente delibera.

<sup>68</sup> La trasformazione societaria (in luogo dei precedenti *établissements publiques*) è avvenuta con *Loi n. 2018-515 del 27/6/2018 pour un nouveau pacte ferroviaire*, in cui si conferma che SNCF assolve la missione di servizio pubblico. Il gruppo è composto dalla società madre SNCF, e dalle società SNCF Réseau, SNCF Gares & Connexions, Fret SNCF e SNCF Voyageurs.

<sup>69</sup> Si v. ad esempio l'art. L 2111-9-2 del codice dei trasporti, secondo il quale le tariffe riscosse per la fornitura dei servizi di stazione alle società di trasporto possono essere stabilite per un periodo non superiore a cinque anni e devono incentivare i gestori delle stazioni a migliorare le proprie performance.

tative del settore, autorità organizzatrici del trasporto, ministero e ente per la sicurezza ferroviaria, ma non utenti). A partire dalla data di pubblicazione, l'ART esprime un parere motivato sull'insieme del documento e, in modo specifico, sulla tariffazione dei servizi minimi e dei servizi regolamentati: le modifiche che si rendono necessarie, sulla base dell'intervento dell'autorità, per rendere il documento conforme alle prescrizioni di leggi e regolamenti, sono apportate senza altre consultazioni.

Spazi ulteriori per una partecipazione dei soggetti interessati si aprono attraverso due vie: gli organismi di concertazione, che si esprimono, tra le altre cose, sulla qualità dei servizi<sup>70</sup> e le consultazioni pubbliche dell'Autorità<sup>71</sup> e del Ministero. In particolare l'Autorità dei trasporti utilizza lo strumento delle consultazioni nella vigilanza sul monopolista SNCF. La garanzia della qualità dei servizi nella prospettiva di una migliore tutela dell'utenza non è, tuttavia, prerogativa della sola Autorità, date le competenze della *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* (DGCCRF) che, in base all'art. 2151-3 del codice dei trasporti, è incaricata di vigilare sul rispetto delle disposizioni comunitarie, quali in particolare il regolamento CE 1371/2007 sui diritti e obblighi dei viaggiatori.

Il sistema dei trasporti ferroviari nel Regno Unito vede la presenza di un regolatore indipendente, l'*Office of Rail and Road*, «safety and economic regulator of railways», che “risponde al parlamento e alle corti”, svolgendo funzioni tipiche del regolatore, con l'eccezione della determinazione delle tariffe, di competenza governativa. Esso, perciò, amministra le licenze degli operatori ferroviari, vigila sull'accesso alle reti, garantisce che il servizio sia svolto nel rispetto delle norme di sicurezza, promuove la competitività del

<sup>70</sup> Si v. l'*Haute Comité du système de transport ferroviaire*, di cui all'art. 2100-3 del codice dei trasporti, istanza di informazione e concertazione, presieduto dal ministro dei trasporti e che unisce tutti i rappresentanti istituzionali, imprenditoriali e delle istanze associative degli utenti, con compiti consultivi del Governo e del Parlamento, volti anche a incoraggiare la cooperazione tra i partecipanti.

Altro esempio è costituito dall'art. L. 2111-9-3 del codice dei trasporti, la gestione delle grandi stazioni è seguita dal *comité de concertation*, composto dai rappresentanti dei gestori delle stazioni, delle autorità organizzatrici del trasporto, alle autorità organizzatrici della mobilità, dalle collettività territoriali coinvolte, dalle imprese di trasporto ferroviario e dagli utenti. Il comitato è chiamato a esprimersi sulla qualità dei servizi resi nella stazione, oltre che sui progetti di investimento e su tutte le prestazioni rese.

<sup>71</sup> Con *Décision n. 2020-005* del 16 gennaio 2020 è stato approvato il regolamento interno dell'autorità, conformemente a quanto previsto dalla legge 2017-55 del 20 gennaio 2017 – *Statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes*. In quella sede sono disciplinati i procedimenti dell'Autorità e il coinvolgimento dei soggetti interessati, in rapporto alle diverse tipologie di atto.

## il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

settore, svolgendo anche funzioni di tutela della concorrenza (in modo non nettamente distinto dalla CMA), promuove studi e inchieste sul settore, protegge i consumatori.

Sotto il profilo specifico della formazione degli standard qualitativi, le licenze di esercizio del trasporto passeggeri contengono una serie di requisiti relativi agli standard del servizio (anche in relazione alle condizioni di viaggio previste dal reg. Ce n. 1371/2007); si suddividono in standard di prestazioni operative (relativi alla disponibilità del servizio, a cancellazioni, ritardi, ecc.) e standard di qualità del servizio (pulizia dei treni e delle stazioni, tempi di attesa, misurazione della soddisfazione degli utenti...). Non solo l'ORR promuove questo sistema ma il Dipartimento dei trasporti vigila sul rispetto, da parte degli operatori, di simili condizioni.

Ogni operatore ferroviario è tenuto a formalizzare le condizioni di qualità del servizio in una Carta del passeggero, che regola anche le diverse possibilità di reclamo e di rimborso (v. anche il *Consumer Rights Act* del 2005).

I prezzi per il trasporto merci sono fissati dagli operatori del trasporto, secondo i vincoli del quadro regolatorio (concernente, ad esempio, le tariffe di accesso alla rete) e nei limiti delle norme di concorrenza che vietano extra-profitti agli operatori nei mercati.

Nel servizio passeggeri, circa metà delle tariffe sono regolate dal governo (sezione 28 del RA93), in particolare dal Dipartimento dei trasporti, che opera sulla base di consultazioni con i soggetti interessati (come si può evincere dal sito istituzionale).

Le tariffe non regolate dal governo, come per i biglietti di prima classe o per l'acquisto anticipato, sono definite dagli operatori passeggeri, sulla base di un contratto collettivo (noto come *the ticketing and settlement agreement*), che stabilisce le regole su come le tariffe devono essere stabilite. La vigilanza su questo sistema appartiene al Dipartimento dei trasporti.

Le tariffe di accesso all'infrastruttura ferroviaria sono regolate, sulla base di periodiche revisioni dell'ORR, in modo differente nel caso di trasporto merci o passeggeri, sulla base di elementi fissi o variabili.

In questo quadro complesso in cui le funzioni del regolatore indipendente e quelle del Dipartimento dei trasporti si intrecciano nel definire le condizioni di svolgimento qualitative ed economiche del servizio, la modalità procedurale delle consultazioni preventive con i soggetti interessati è utilizzata da entrambi i soggetti. La pubblicazione dei documenti di consultazione sui siti istituzionali, tramite l'individuazione delle questioni sottoposte all'attenzione di chiunque ne sia interessato, viene seguita dalla pubblicazione degli interventi ricevuti e da un documento conclusivo in cui le argomentazioni sono discusse, nell'ottica di dare ragione delle scelte

concretamente adottate e in nome del principio di trasparenza del processo decisionale<sup>72</sup>.

In Spagna la *Ley 39/2003 de 17 noviembre del Sector Ferroviario* ha disciplinato il nuovo assetto del sistema ferroviario, nella prospettiva della liberalizzazione secondo le norme europee, attribuendo una posizione di centralità al *Ministerio de Fomento*, che svolge le funzioni fondamentali connesse allo sviluppo e all'equo accesso alle reti, all'individuazione delle aree del servizio pubblico ferroviario, all'attribuzione delle licenze delle imprese ferroviarie, interagendo con l'*Entidad Pública Administrador de Infraestructuras Ferroviarias*.

In particolare il Ministro, con proprio *orden*, determina i livelli di qualità del servizio ai passeggeri, secondo i contenuti indicati nella legge (art. 59), autorizza le condizioni generali di contratto e determina i canoni di utilizzazione della rete.

Nell'esercizio di tali funzioni il Ministro utilizza le previe consultazioni, come disciplinati dall'*orden* del 2016 (v. nota 68) attraverso il proprio sito web<sup>73</sup>.

Rispetto a tale assetto, le competenze attribuite alla CNMC dalla legge istitutiva sono essenzialmente di supervisione e controllo, affinché siano garantite parità di trattamento tra le imprese; coerenza delle tariffe e dei canoni con le prescrizioni della legge; valutazione dell'equilibrio economico dei contratti di servizio ferroviario; individuazione dei criteri per il rilascio delle licenze (art. 11). Nell'esercizio di siffatte funzioni, laddove sussistano i presupposti di una regolazione che può incidere sugli interessi dei destinatari, la CNMC apre a consultazioni pubbliche, secondo le modalità esaminate<sup>74</sup>.

## **6. Convergenze e divergenze in una prospettiva di sintesi: spunti di riflessione**

L'analisi comparata delle procedure di formazione degli standard e del-

<sup>72</sup> Si v., ad esempio, il documento *ORR's Approach to Transparency*, del luglio 2012, pubblicato nel sito istituzionale dell'Autorità, in cui vengono poste a consultazione la stessa *policy* di trasparenza adottata dall'Autorità, mediante la specificazione delle singole misure procedurali da adottare.

<sup>73</sup> Si v., ad esempio, la *Consulta pública previa sobre el Proyecto de Real Decreto par el que se modifica al Real Decreto 664/2015, de 17 de julio, par el que se aprueba el Reglamento de Circulation Ferroviaria*, nel sito del Ministero.

<sup>74</sup> Si v., come esempio, l'ultima consultazione pubblica del 2020, relativa a "los criterios para autorizar nuevos servicios de tren que coincidan con tramos de Cercanías y Media Distancia", consultabile nel sito della CNMC.

### il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

le tariffe nelle *public utilities* selezionate evidenzia alcuni tratti significativi ai fini dello sviluppo ulteriore della ricerca.

Il dato macroscopico di convergenza di tutti gli ordinamenti e per tutti i servizi considerati riguarda la comune adozione di procedure di *notice and comment*, che si traducono in una prassi generalizzata di consultazioni pubbliche, più o meno strutturate o normate.

Una prima spiegazione della convergenza sta nel fatto che in tutti gli ordinamenti analizzati il regime delle *public utilities* si è aperto al modello dell'economia di mercato (sia pure in modo più o meno spinto nei diversi paesi): ciò significa che le caratteristiche qualitative e i prezzi si strutturano fisiologicamente nell'incontro tra domanda e offerta, che non è "libero" ma condiziona il *modus operandi* del potere pubblico chiamato a leggere la domanda o a conformare l'offerta.

Il fatto che le procedure aperte di consultazione siano adottate dagli organismi di regolazione, ma anche da decisori politici e grandi imprese pubbliche titolari di diritti esclusivi, lascia intendere che una simile modalità procedurale sia connessa alle esigenze specifiche delle decisioni da adottare (standard qualitativi e tariffe) e in particolare alla necessità di acquisire informazioni, al fine di meglio strutturare e implementare le decisioni stesse.

Sotto questo profilo appare, perciò, coerente affermare che la necessità di consultazioni pubbliche – più ampie possibili – nei diversi paesi considerati non sia solo riconducibile al peculiare carattere dell'attività regolatoria di autorità indipendenti, ma, appunto, alla dimensione dell'"ambiente mercato" (reale o potenziale) nel quale quegli stessi servizi sono collocati. Ciò implica che la decisione pubblica, nell'ambito delle *public utilities*, non possa essere autoreferenziale ma debba necessariamente "organizzarsi" secondo una struttura di mercato: ciò significa calare la decisione pubblica nel contesto di una molteplicità di interessi privati che possono essere concorrenti o confliggenti, e di finalità sociali che devono misurarsi con una "razionalità economica". Da qui la necessità di una compiuta rappresentazione degli interessi in gioco, che rende le consultazioni pubbliche, e in genere la partecipazione, determinanti ai fini della stessa possibilità di una composizione degli interessi nell'ambiente mercato.

Una seconda spiegazione riguarda il fatto che, effettivamente, la determinazione di standard o tariffe è spesso rimessa ad autorità indipendenti, che esercitano autentici poteri discrezionali nell'attività regolatoria.

Le decisioni regolatorie, nella complessità delle valutazioni tecniche che ne sono implicate, sono, infatti, ad alto tasso di discrezionalità, spesso anche in ragione della laconicità dei vincoli posti al regolatore dalle norme attributive del potere (nella diversa rilevanza che le stesse possono avere

nei vari ordinamenti). Ciò implica l'intima connessione tra decisioni discrezionali e procedimenti aperti alla più ampia partecipazione, dato che i contenuti innovativi sono meglio intercettabili nel dialogo con gli operatori nel mercato piuttosto che nel dialogo istituzionale, all'interno del classico circuito della responsabilità politica.

La partecipazione è un'esigenza propria del processo economico e rende la regolazione legittima e credibile, facilitando l'implementazione delle decisioni. Così è per l'obbligo di motivazione degli atti regolatori: ciò che viene in gioco non è solo un'esigenza di garanzia, ma la necessità che il potere sia esercitato secondo «un discorso giustificativo» che analiticamente illustri i presupposti e la formazione dell'atto<sup>75</sup>. La consultazione dei soggetti interessati diventa necessaria in presenza di atti a contenuto generale perché migliora la qualità e l'effettività della regolazione, oltre che garantire la c.d. «legalità procedurale»<sup>76</sup>.

Il fatto che le procedure più articolate di partecipazione appartengano alla sfera delle autorità indipendenti di regolazione (e l'esempio italiano è forse tra i più esplicativi) sembra ricondursi ad un "modo di essere" di questi organismi pubblici, più aperti alle istanze di mercato e immersi in una rete internazionale di organismi analoghi, che operano secondo i medesimi schemi.

Queste riflessioni spiegano anche ulteriori caratteristiche che sono emerse dalla ricerca: il fatto che non sono fissati particolari requisiti ai fini della partecipazione; il fatto che la partecipazione riguardi atti regolatori generali e non sia inquadrata dai giudici in funzione della difesa, di codecisione o di garanzia (le tipiche finalità della partecipazione nelle leggi generali sul

<sup>75</sup> L'espressione è di A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1989. Sul tema si v. M. Cocconi, *La motivazione degli atti generali delle Autorità indipendenti e la qualità della regolazione*, in [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it), aprile 2011.

<sup>76</sup> Così C. cost. 22 febbraio 2017, n. 69, rispetto alla quale si v. M. Ramajoli, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Riv. reg. merc.*, 2018, n. 2, 170 ss. Sul tema si v. M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss.; P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018. Sul regime degli atti generali, da ultimo, si v. M. Ramajoli e B. Tonoletti, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 53. Sulla reale portata dell'indipendenza delle Autorità si v. G. della Cananea, *Autorità indipendenti?*, in *Diritto amministrativo e società civile*, I, Bologna, BUP, 2018, 199 ss. Sul rapporto tra partecipazione procedimentale e *accountability* delle autorità in Italia si v., da ultimo, Cons. St., sez. VI, 22 giugno 2020, n. 4000: «il rispetto degli obblighi di partecipazione, attraverso la consultazione degli interessati, assicura alle Autorità l'*accountability* tradizionalmente derivante al potere pubblico dai suoi collegamenti con gli uffici politici, legittimati, a loro volta, dai principi della democrazia rappresentativa». Sul punto cfr. Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215.

## il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

procedimento amministrativo); il fatto che generalmente sia consentito alle autorità procedenti di decidere in modo difforme anche dai propri documenti di consultazione, senza necessità di motivare analiticamente le ragioni dello scostamento (né quelle per cui sono accolte talune istanze partecipative piuttosto che altre).

Non si registra, invece, una generalizzata convergenza nel ruolo dell'utenza all'interno delle procedure decisionali in tema di standard e tariffe. Accanto a modelli di maggiore apertura (come quello italiano) si collocano modelli in cui quella partecipazione sembra esclusa, o quantomeno recuperata con altre modalità di raccordo (più organizzativo che procedurale, come in Francia).

Circa l'effettività del ruolo svolto dagli utenti sono, del resto, significative le esperienze deludenti maturate negli Stati Uniti e nel Regno Unito (dove è nata la cultura stessa delle Carte di servizio).

Nel Regno Unito, in particolare, è acquisita consapevolezza di un processo di liberalizzazione che ha fallito negli obiettivi che lo avevano mosso, essendo rimasti mercati con posizioni oligopolistiche e un livello dei prezzi tendenzialmente aumentati, con scarso beneficio per gli utenti, anche sotto il profilo della qualità complessivamente erogata. Il dibattito mette in luce, in particolare, la debolezza della posizione degli utenti nel mercato, che di fatto non esercitano quella pressione sull'offerta che alimenta i meccanismi concorrenziali. Le esigenze di "rafforzamento" dei consumatori (*consumer empowerment*) vanno quindi in parallelo alle esigenze di tutela (*consumer protection*), specie con riferimento alle categorie fragili o localizzate in zone territoriali in cui più facili possono essere i comportamenti abusivi delle imprese. La necessità di tutelare gli utenti è anche all'origine della scelta, di alcuni ordinamenti, di mantenere prezzi parzialmente amministrati con riferimento all'erogazione dei servizi.

Nei paesi europei analizzati, la risposta ai rilevati fallimenti della regolazione non viene cercata al di fuori del processo decisionale pubblico, ma semmai nel recupero di spazio decisionale da parte dell'autorità politica, che molto spesso guadagna ambiti dedicati al regolatore (come anche in Italia e in Spagna).

Ed è proprio sul versante della distinzione di funzioni tra regolazione e funzioni degli organi politici che si registra l'ulteriore variazione: si è visto come per alcuni ordinamenti le competenze non siano nettamente definite, se non addirittura sovrapposte, sollevando degli interrogativi suggestivi sulla contiguità (e non opposizione) tra funzioni "politiche" e "regolatorie" (ovvero sulle funzioni regolatorie affidate a organi politici, o piuttosto ad amministrazioni "neutrali").

In questo quadro, la decisione politica può guadagnare nuovi spazi (diversi nei diversi paesi anche in rapporto alla “storia” di ognuno), come avviene con riferimento alla capacità programmatrice, legata alla necessità di contemperare la politica industriale con politiche di segno diverso e potenzialmente confliggenti (come quella ambientale); nella necessità di leggere la domanda dei servizi, con criteri diversi da quelli di mera efficienza economica (distribuzione territoriale, sostegno della domanda debole, apertura alle disabilità, etc.); nella capacità di generare mercati e sviluppare politiche industriali dove le condizioni di sviluppo economico e tecnologico lo consentono; talvolta nella stessa protezione degli utenti (come si è visto nei casi spagnolo e francese).

Ciò induce ad una riflessione sulle *public utilities* soggette a processi di liberalizzazione, rispetto alle quali si è ritenuto, quantomeno nel dibattito degli anni Novanta, che si aprisse un processo irreversibile di arretramento del “pubblico”, inteso come spazio della scelta politica. La ricerca comparata dimostra, invece, che i due termini non sono necessariamente antitetici. Ciò che la liberalizzazione implica, in modo irreversibile, è la collocazione del processo decisionale nell’alveo dell’economia di mercato (reale o potenziale), con la conseguente necessità di una sua strutturazione nell’incontro tra domanda e offerta, e quindi nella necessaria apertura agli interessi coinvolti, a maggior ragione se si tratta della regolazione di un’autorità indipendente. La consultazione transita, così, da strumento di “democratizzazione” del potere pubblico autoritativo, a strumento di organizzazione della decisione economica nei mercati liberalizzati (o in corso di liberalizzazione), indispensabile per acquisirne la conoscenza e correggerne i fallimenti.

#### *Abstract*

*The essay analyzes the procedures regarding quality standards and tariffs relating to certain essential services (electricity and gas, rail transport, electronic communications) in some European countries (Italy, France, United Kingdom, Spain). The aim is to investigate the dissemination of notice and comment participatory models, in order to investigate their common purposes and contents. The widespread adoption of public consultations makes it possible to carry out conclusive reflections on the relationship between public decision-making processes and the market, with specific reference to the regulation of independent authorities.*