

Rulemaking and participation in comparative law. Indagine su un modello in formazione

di Vincenzo De Falco

Abstract: Rulemaking and participation in comparative law. Research about a developing model – The work analyzes the evolution of participation in rulemaking and administrative general acts in comparative law. The author identifies a procedural model differing from to draw up individual administrative acts and tries to reconstruct its main elements. The relationship between representative democracy and participation, the effects produced by the system of sources of law, the relevance of transparency, the duty to give reasons and the intensity of judicial review are therefore analyzed. The essay concludes with some reflections on the balances to be sought between the elements allowing the effectiveness of the model.

Keywords: Rulemaking; Participation; Open government; Duty to give reasons; Comparative administrative law.

1. Crisi della democrazia rappresentativa e nuove forme dell'azione pubblica

Se si osserva il fenomeno della produzione delle fonti normative attraverso il prisma della riflessione comparatistica ci si avvede che i procedimenti di *rulemaking* connessi alla democrazia rappresentativa mostrano una costante evoluzione. L'idea che gli atti normativi disciplinino per lo più interessi generali ed astratti recede rispetto all'esigenza di regolare settori che sono sempre più complessi, globalizzati, e che richiedono specifiche competenze tecniche¹. Da anni si registra l'erompere delle autorità amministrative indipendenti, intere aree strategiche per l'economia dei Paesi sono disciplinate da fonti di *soft law*². Si afferma l'idea della *better regulation*, la necessità di procedere ad analisi d'impatto della regolazione, di motivare le scelte effettuate, di verificare il rapporto tra costi e benefici, l'azione pubblica diventa trasparente, proporzionale e sempre più attenta a rispettare il legittimo affidamento ingenerato nella società civile.

È in questo contesto che s'inserisce il tema della rilevanza dell'apporto

¹ B. Kingsburg, N. Krisch, R. B. Stewart, *The emergence of Global Administrative Law*, in 68 *Law and contemporary problems*, 14, (2005).

² G. Shaffer, *Transnational Legal Process and State Change*, in 37 *Law & Social Inquiry*, n. 2, 229-264, (2012).

istruttorio dei privati nei procedimenti di formazione degli atti normativi, o di competenza delle autorità amministrative indipendenti, o degli atti amministrativi generali³, con qualche apertura anche alla produzione delle fonti primarie, come sta accadendo in Spagna⁴.

In Francia l'evoluzione dei meccanismi di partecipazione della società civile ha avuto inizio con l'inchiesta ed il dibattito pubblico, interessa i procedimenti di formazione degli atti amministrativi generali, si è affermata a livello costituzionale in materia ambientale e mostra la tendenza ad espandersi anche per quanto concerne la qualità della regolazione⁵. In

³ Questi fenomeni sono stati analizzati per lo più attraverso un'impostazione politologica e vengono di norma ricondotti alle varie connotazioni che sta assumendo l'idea di democrazia, diretta, partecipativa, deliberativa, o amministrativa. Cfr. L. Blomgren Bingham *et al.*, *The New Governance: Practices and Processes for Stakeholder and Citizen Participation in the Work of Government*, in 65 *Public Administration Review*, 547-558, (2005). Y. Jégouzo, *De la "participation du public" à la "démocratie participative"?*, in *AJDA*, n. 42, 2006, 2314-2315. J. Hilmer, *The State of Participatory Democratic Theory*, in 32 *New Political Science*, 1,43-63, (2010). Tuttavia, in un'ottica comparatistica, la collocazione delle varie tipologie di partecipazione nell'ambito delle differenze teoriche formulate sull'idea di democrazia è ancora piuttosto incerta. Sul tema C. Blatrix, *La démocratie participative en représentation*, in *Sociétés Contemporaines*, n. 74, 2009, 97-119. J. Bétaille, *La contribution du droit aux effets de la participation du public: de la prise en considération des résultats de la participation*, in *Rev. jur. de l'Environnement*, n. 2, 2010, 197-217. M. L. Eberhardt, *Las formas participativas y deliberativas de la democracia ¿superando la crisis de la representación?* in *La balsa de piedra: revista de teoría y geoestrategia iberoamericana y mediterránea*, n. 10, 2015, 1-38. S. Boaventura De Sousa, *Democratizing Democracy. Beyond the Liberal Democratic Canon*, Londra, 2005. Nell'ordinamento italiano si segnalano le riflessioni di U. Allegretti, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in Idem (ed.), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, 5 ss. L. Bobbio, *La democrazia deliberativa nella pratica*, in *Stato e mercato*, 2005, 67 ss. A. Floridia, *La democrazia deliberativa: teorie, processi, sistemi*, Roma, 2013. Di recente C. Fraenkl-Haeberle (ed.), *Citizen participation in multilevel democracies*, Leiden/Boston, 2015 e M. Trettel, *La democrazia partecipativa negli ordinamenti composti: studio di diritto comparato sull'incidenza della tradizione giuridica nelle democratic innovations*, Napoli, 2020.

⁴ L'art. 133 legge n. 39 del 1° ottobre 2015 prescrive fasi di audizione degli interessati prima dell'approvazione finale delle leggi e dei regolamenti. Un'analisi delle principali innovazioni è in A. I. Fortes González, *De la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria. En especial la mejoría regulatoria*, in R. Rivero Ortega *et al.* (ed.), *Instituciones de procedimiento administrativo común. Novedades de la ley 39/2015*, Lisboa, 2016, 346 ss.

⁵ M. Legendre, *Elaboration de l'acte réglementaire et participation du citoyen. Étude des droits française et américains*, New York, 2010-2011, 57 – 58. B. Bachini & P. Trouilly, *Le procedure contradictoire dans le code des relations entre le public et l'administration: de la clarté dans la continuité*, in *Rev. fr. dr. adm.*, n. 1, 2016, 23 ss. J.J. Menuret, *Autorités administratives indépendantes (AAI) et démocratie participative; quel (s) modèle(s)?* in P. Duret, G. Guiglia, J.J. Menuret, D. Sinou (ed.), *Le juge et les nouvelles formes de démocratie participative*, Napoli, 2018, 14 ss; Y. Mansillon, *L'esperienza del débat public in Francia*, in *Democrazia e diritto*, vol. 3, 2006, 101-114. M. Fromont, *Fondements de la démocratie participative en droit français*, in U. Allegretti (ed.), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, cit., 53. M. Moliner – Dubost, *Démocratie environnementale et participation des citoyens*, in *Act. jur. dr. adm.*, 2011, 259. Da ultimo si stanno affermando nuovi modelli partecipativi nella fase di "confezionamento della legge", con la procedura di *co-écriture citoyenne*. Così B. Barraud, *La co-écriture citoyenne des projets de loi: la participation au service de la représentation*, in *Politeia*, 2016, n. 30, 10 e L.

Germania, Italia e Regno Unito si riscontrano alcuni istituti che consentono la partecipazione sulle tematiche ambientali, sotto la spinta della Convenzione di *Aarhus* e del diritto dell'Unione europea. Nell'esperienza italiana, il modello partecipativo è escluso alla base sia per gli atti normativi che per quelli amministrativi generali⁶, salvo specifiche previsioni di legge ed alcune aperture giurisprudenziali. In questo Paese, così come anche nell'ordinamento canadese⁷, la partecipazione si realizza per lo più attraverso la consultazione informale degli organismi rappresentativi di categorie. Anche nel contesto scandinavo si osserva una crescente attenzione verso le *best practices* in materia di *law-making process*, che ha progressivamente condotto – in particolare in Danimarca e in Finlandia – alla formalizzazione di alcune modalità di consultazione pubblica sui disegni di legge, e ad approfondire il ruolo delle organizzazioni private, sia in funzione di mediazione delle istanze sociali che di interlocutori dei *decision-makers*⁸. Dopo iniziali resistenze, dovute per lo più all'effetto indiretto delle tradizioni giuridiche nazionali, anche nel diritto dell'Unione europea si registrano diverse aperture e tentativi di riforme e, almeno dal punto di vista strettamente normativo, il fenomeno si sta espandendo anche in Russia⁹. Negli Stati Uniti l'obbligo di consentire la partecipazione ai procedimenti di *rulemaking* è stato introdotto fin dal 1946.

Esiste, in altri termini, la tendenza ad implementare i meccanismi di partecipazione anche per quanto concerne gli atti immediatamente sottordinati alla fonte legislativa, ben oltre i procedimenti destinati ad incidere su specifiche situazioni giuridiche soggettive. Le ragioni che hanno

Sciallia, *La partecipazione del pubblico ai processi decisionali nell'esperienza francese*, in DPCE n. 3/2020, 731 ss.

⁶ La legge n. 241/90 espressamente vieta la partecipazione diffusa, e quindi il modello dell'istruttoria aperta, ai procedimenti che siano rivolti all'adozione di atti normativi, o di atti amministrativi generali, pianificazione, programmazione e procedimenti di natura tributaria.

⁷ In questo Paese il principio di partecipazione si riverbera su altri aspetti, maggiormente mediati e caratterizzati dall'intervento di istituzioni e gruppi di interessi organizzati, piuttosto che in termini di diretta partecipazione della società civile. È all'interno del Parlamento che si svolgono la maggior parte dei negoziati. Cfr. E. Ceccherini, *La sovereignty of Parliament in Canada: dogma od ostacolo alla democrazia partecipativa?*, in DPCE n. 3/2020 627 ss.

⁸ D. Arter, *Parliamentary Democracy in Scandinavia*, in 57 *Parliamentary Affairs*, 3, 594 (2004).

⁹ S. Rodriguez, *Il contesto dei Paesi scandinavi ed alcune esperienze partecipative a confronto*, in DPCE n. 3/2020, 753 ss.

⁹ La partecipazione si realizza attraverso la Camera pubblica della Federazione di Russia ed i consigli pubblici, nell'ambito dell'analisi dell'impatto regolatorio dei progetti dei rispettivi atti normativi. Esistono poi altri meccanismi partecipativi che consentono una partecipazione diretta dei cittadini, tra cui l'istituto della valutazione anticorruzione indipendente dei progetti di atti normativi, introdotta dalla legge federale del 25 dicembre 2008 n. 273-FZ, nonché l'istituto della discussione pubblica, introdotta dal decreto del Governo della Federazione di Russia del 25 agosto 2012 n. 851 per incrementare le possibilità di partecipazione alle redazioni degli atti normativi attraverso l'utilizzo delle tecnologie informatiche. Così S. Zubarev, *La partecipazione dei cittadini ai procedimenti normativi del Governo della Federazione di Russia e degli organi federali del potere esecutivo*, in DPCE n. 3/2020, 793 ss.

finora determinato questo processo evolutivo sono state diverse. Nell'ambito della funzione di regolazione l'idea di partecipazione si è per lo più affermata per tentare di colmare il deficit democratico che caratterizza le autorità amministrative indipendenti. Per quanto concerne le attività di programmazione, o di pianificazione urbanistica o nel settore ambientale questa tendenza si è diffusa o per effetto della tipologia mista delle decisioni finali o in virtù dell'esigenza di tutelare la nuova categoria degli interessi diffusi. In alcune esperienze dell'America latina la partecipazione si è affermata nei procedimenti di formazione delle fonti secondarie con l'evidente finalità di rendere più agevole il rispetto delle norme, piuttosto che consentire realmente alla società civile di fornire il proprio apporto istruttorio.

Queste iniziali impostazioni si stanno però gradualmente modificando, in conseguenza delle esigenze espresse dalla *better regulation*, dell'obbligo di effettuare le analisi di impatto, di valutare il rapporto costi-benefici, della maggiore incisività del controllo di razionalità, nel rispetto dei principi di proporzionalità e legittimo affidamento. Emerge una nuova forma dell'azione pubblica, attraverso un modello procedimentale ad istruttoria aperta che diverge dai meccanismi partecipativi ideati nell'ambito dei procedimenti destinati ad incidere su specifici destinatari¹⁰, e che trova applicazione attraverso due modalità, una formale e l'altra informale. Nelle versioni formali, di cui la funzione di *rulemaking* negli Stati Uniti rappresenta la maggiore espressione, il procedimento è dettagliatamente descritto nelle sue fasi e la violazione determina la nullità o la totale inefficacia delle decisioni finali. Nelle modalità informali le autorità pubbliche seguono procedimenti più flessibili e in alcuni casi è soprattutto la *soft law* ad indirizzare gli organismi preposti verso una vasta istruttoria, di ordine tecnico, scientifico, normativo, sociale, economico, in cui la partecipazione è aperta ad organismi di rappresentanza, singoli cittadini, in un'ottica di ampia collaborazione. È così in quei settori disciplinati da accordi e pratiche internazionali, tra cui le attività di regolazione dei mercati finanziari, della sicurezza alimentare o dei trasporti aerei.

1.1. L'esigenza di superare l'impostazione formale

I meccanismi di partecipazione si sono particolarmente sviluppati nell'ambito della funzione amministrativa. Anche se esistono differenti modulazioni e regole procedimentali distinte, che cambiano a seconda delle singole esperienze giuridiche, si registra tuttavia una costante uniformità, tant'è che è stato possibile identificare l'esistenza di un modello procedimentale caratterizzato dall'affermazione del diritto di accesso, dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, di motivazione dei provvedimenti adottati e da un controllo giurisdizionale particolarmente

¹⁰ V. De Falco, *Azione amministrativa e procedimenti nel diritto comparato*, Milano, 2018, 366 ss.

incisivo, in cui l'apporto istruttorio è riservato a specifiche categorie di destinatari dell'azione pubblica¹¹.

Questo modello presenta però alcune caratteristiche che non si riscontrano in quei procedimenti in cui la partecipazione dei privati non è condizionata dall'analisi delle posizioni giuridiche coinvolte o non siano immediatamente identificabili i destinatari dei provvedimenti finali. Quando infatti la possibilità di partecipare all'istruttoria è riservata, le facoltà di accedere ad atti e documenti, l'obbligo di consentire la partecipazione, o di fornire la motivazione perseguono per lo più la finalità di permettere l'esercizio del diritto di difesa, e fino all'affermazione dell'accesso civico e delle recenti disposizioni sulla trasparenza, in realtà questi istituti non hanno mai consentito alla società civile di esercitare un controllo generalizzato sulle funzioni svolte dalle autorità pubbliche. La violazione delle forme dei procedimenti, dopo una maggiore forza assunta nei primi anni, registra poi una costante dequotazione, al punto da diventare irrilevante nelle ipotesi in cui l'amministrazione sia in grado di dimostrare che non sarebbe comunque cambiata la decisione finale. Così anche l'obbligo di consentire la partecipazione è stato ristretto o talvolta del tutto escluso, se l'apporto istruttorio del destinatario del provvedimento non avrebbe potuto determinare particolari effetti sulla scelta adottata.

Queste caratteristiche non si riscontrano quando l'istruttoria è aperta, come avviene nei casi in cui la partecipazione riguardi procedimenti normativi, o atti amministrativi generali o attività regolatorie. In queste ipotesi la trasparenza è massima ed il *right to know* non è collegato alla dimostrazione di un interesse specifico, la possibilità di partecipare non è ristretta ai soli destinatari del provvedimento, ma a tutti coloro che intendano fornire il loro apporto istruttorio. L'elemento partecipativo non è più visto in chiave di difesa rispetto al provvedimento in adozione e non esistono gli stessi limiti o le stesse problematiche di legittimazione attiva che si riscontrano nel diverso modello che riguarda più propriamente la funzione amministrativa. La società civile in altri termini collabora all'esercizio della funzione pubblica senza particolari limiti e ne diventa parte integrante¹².

La scelta di indagare sui meccanismi partecipativi che vanno oltre l'esercizio della funzione più propriamente amministrativa ci induce ad includere nel campo d'indagine i procedimenti di formazione delle fonti secondarie, i provvedimenti di regolazione, gli atti amministrativi generali, in relazione ai quali il fenomeno si sta verificando con maggiore intensità, tralasciando per il momento la funzione legislativa che registra casi ancora

¹¹ Ivi, 363.

¹² M. D. McCubbins, R. G. Noll, B. Weingast, *Administrative Procedures as Instruments of Political Control*, in 3 *Law, Economics and Organization*, 243 ss., (1987). J. L. Mashaw, *Reasoned Administration: The European Union, The United States, and the Project of Democratic Governance*, in 76 *Geo. Wash. Law Rev.*, 99, 11, (2007). Sul tema anche S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss

troppo isolati.

L'indagine comporta a nostro avviso la necessità di un approccio di tipo sostanziale, se si osserva il fenomeno nella sua evoluzione. Gli apporti collaborativi possiedono un'indiscussa valenza, nel momento in cui assolvono ad una funzione di garanzia di specifiche posizioni soggettive, supportano l'amministrazione nella formazione della scelta più adeguata e con minore impatto sui destinatari, consentono di prospettare soluzioni alternative rispetto a quella ipotizzata, l'istruttoria si arricchisce di dati ed elementi di valutazione che potrebbero non essere stati considerati, si rafforza la legittimazione della decisione finale. Questi effetti non mutano a seconda della forma dell'atto, sia esso un regolamento o un atto amministrativo generale o un provvedimento di regolazione adottato da un'autorità indipendente.

La scelta di tentare di ricostruire in chiave comparata un modello di partecipazione diverso da quello che concerne i procedimenti più propriamente amministrativi non può dunque fondarsi sulla distinzione tra funzione normativa e funzione amministrativa, anche perché sotto questo profilo esistono differenze piuttosto marcate tra le esperienze giuridiche.

L'Italia distingue nettamente le due funzioni e fonda la legittimazione ad agire sul concetto di interesse legittimo. In realtà questa impostazione teorica, dovuta ad una solida costruzione dottrinale, sta mostrando numerose incrinature in particolar modo per effetto delle continue trasformazioni avvenute nel sistema delle fonti, del fenomeno delle leggi provvedimento, dell'incidenza diretta ed indiretta della normativa sovranazionale, della difficoltà di identificare le distinzioni con la funzione di regolazione e della natura mista degli atti amministrativi generali.

Nel diritto dell'Unione europea il principio di legalità ha assunto in sé l'idea dello stato di diritto piuttosto che concernere il rapporto tra una fonte legislativa e l'atto amministrativo e molti dei principi individuati dalla Corte di giustizia si applicano a prescindere dall'analisi della tipologia della funzione esercitata¹³. Basti osservare che sebbene anche nell'Unione europea sia possibile distinguere gli atti amministrativi da quelli normativi, in realtà la differenziazione è tutt'altro che agevole, in conseguenza delle difficoltà di diversificare a monte la funzione amministrativa da quella normativa. Tuttavia, l'affermazione del principio di proporzionalità o del legittimo affidamento e l'idea crescente che anche gli atti normativi vadano motivati hanno indotto ad ipotizzare una sempre maggiore attenzione allo sviluppo dei meccanismi partecipativi, oltre l'ambito delle funzioni ritenute propriamente amministrative¹⁴.

Questa distinzione è ancor più sfumata negli Stati Uniti, dove

¹³ M.P. Chiti (ed.), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, 118.

¹⁴ C.F. Bergström, D. Ritleng (ed.), *Rulemaking by the European Commission. The New System of Delegation of Powers*, Oxford, 2016, 4 ss. A. Cenerelli, *Rulemaking e partecipazione nel diritto internazionale ed europeo*, in *DPCE* n. 3/2020, 653 ss.

L'*Administrative Procedure Act*, sebbene distingua i procedimenti di *rulemaking* da quelli di *adjudication*, disciplina comunque entrambe le funzioni attraverso la predisposizione di simili meccanismi di partecipazione.

L'indagine cercherà di identificare alcuni fondamentali fattori che possano incrementare o ridurre l'efficacia del modello. La partecipazione contribuisce a migliorare la qualità delle scelte adottate, consente di acquisire senza particolari limitazioni una vasta serie di informazioni aggiuntive, di evidenziare aspetti ulteriori e diversi che l'organismo pubblico competente potrebbe non aver considerato, di ipotizzare soluzioni alternative basate su un equilibrio maggiormente corretto tra costi e benefici, di incrementare la fiducia del pubblico nel processo di regolamentazione e ridurre i fenomeni di corruzione. Tuttavia, accanto a questi effetti dall'indubbia valenza positiva, si affiancano altre e diverse problematiche: si pensi al rischio evidenziato negli Stati Uniti che le soluzioni ipotizzate siano esclusivamente indirizzate verso gli interessi di determinati gruppi¹⁵, o alle eccessive lungaggini del *rulemaking process*¹⁶, nelle ipotesi in cui esista un modello procedimentale forte, oppure alla totale irrilevanza dell'apporto istruttorio, se al contrario il modello delineato si profili piuttosto debole.

Sussistono, in altri termini, alcuni elementi che condizionano il funzionamento del modello, che è possibile racchiudere in cinque macroaree: la relazione con la democrazia rappresentativa, il grado di trasparenza, la rilevanza dell'obbligo di motivazione, la tipologia dei procedimenti adottati e l'incisività del sindacato giurisdizionale. È dalla combinazione di questi elementi che è possibile verificare con quale livello di efficacia l'ampia partecipazione degli interessati riesca a condizionare il contenuto finale delle decisioni assunte.

2. L'incidenza delle modulazioni nel sistema delle fonti

L'analisi sull'effettiva implementazione dei meccanismi partecipativi richiede la verifica preliminare delle relazioni che nelle varie esperienze giuridiche esistono tra il principio di partecipazione democratica e le dinamiche della democrazia rappresentativa, osservando il sistema delle fonti¹⁷. Il principio di legalità determina infatti i limiti delle fonti normative secondarie o degli atti amministrativi generali, per effetto della necessità di rispettare le norme di grado superiore, normalmente leggi ed altre fonti sovraordinate, che a loro

¹⁵ Per effetto del fenomeno della *capture* che determina l'attenuazione dell'indipendenza e neutralità dei regolatori. Sul tema Scott R. Furlong, *Interest Group Influence on Rule Making*, in 29 *Admin. & Soc.* 325, 333–334, (1997). Scott R. Furlong & Cornelius M. Kerwin, *Interest Group Participation in Rulemaking: A Decade of Change*, in *J. Pub. Admin. Res. & Theory*, 353 ss, (2004).

¹⁶ Effetto ben noto negli Stati Uniti con il termine di *ossification*. Sul tema J. W. Yackee & S. Webb Yackee, *Administrative Procedures and Bureaucratic Performance: Is the Federal Rulemaking "Ossified"?*, in 2 *Journal of Public Administration Research and Theory*, 261–282, (2010).

¹⁷ A. Pizzorusso, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, 2005, passim.

volta costituiscono espressione della democrazia rappresentativa. Il grado di dettaglio della fonte superiore che abbia già disciplinato la materia restringe lo spazio operativo dei meccanismi di partecipazione, poiché è evidente che se un regolamento o un atto amministrativo generale non possano violare la fonte superiore, allo stesso modo la società civile non potrà proporre soluzioni che contrastino con una fonte sovraordinata. L'effetto invalidante conferito alla violazione della disciplina delle fonti superiori non consentirà apporti istruttori illegittimi. Ne deriva che quanto maggiore sarà la produzione normativa di rango legislativo o superiore ed il dettaglio con cui venga disciplinata la materia, tanto minori saranno gli ambiti discrezionali concessi alla fonte subordinata e gli spazi entro cui i privati potranno introdurre ipotesi innovative o alternative al progetto ideato. Il grado di cessione della sovranità poi incide nella stessa maniera; in questi casi la disciplina di dettaglio da rispettare nella produzione degli atti sottoposti alla fonte primaria deriva dalle norme sovranazionali.

Questa condizione, che è il naturale effetto del sistema gerarchico delle fonti, appare rilevante nell'analisi comparata: dimostra infatti che i meccanismi partecipativi possono trovare maggiore affermazione in quei Paesi che, come la Francia, distinguono le materie da regolarsi attraverso la fonte legislativa e quella regolamentare, mentre riscontra numerose difficoltà in Italia, dove i regolamenti assumono per lo più la forma di esecuzione delle leggi, è alquanto problematica l'idea stessa dei regolamenti indipendenti e non è frequente il ricorso alla delegificazione¹⁸. Anche la Germania declina il principio di legalità in senso forte già a partire dal testo costituzionale¹⁹, impedisce di conferire deleghe indeterminate di potere regolamentare, e richiede la necessaria predeterminazione legislativa del fine e dei possibili contenuti dell'esercizio del potere regolamentare²⁰.

Il grado di dettaglio con cui sarà disciplinata la materia dalla fonte superiore influenzerà inevitabilmente l'efficacia dei meccanismi partecipativi. Tuttavia, la contrazione degli spazi della democrazia rappresentativa potrebbe comportare altre e diverse problematiche.

La partecipazione ai procedimenti di *rulemaking* registra una maggiore

¹⁸ Anche in America Latina l'implementazione degli istituti di partecipazione è stata particolarmente rallentata dall'esercizio dei poteri normativi presidenziali che hanno estremamente ridotto gli spazi di discrezionalità delle fonti subordinate. Cfr. P. Aberastury, H.J. Blank (ed.), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en latinoamérica y europa*, Buenos Aires, 2011, 489-518. M. Zinzi, *Partecipazione e procedimenti di rulemaking in Sud America*, in DPCE n. 3/2020, 769 ss.

¹⁹ Art. 81, comma 1, del *Grundgesetz* del 1949. Così H. Pünder, *Democratic Legitimation of Delegated Legislation: A Comparative View on the American, British and German Law*, in 58 *International and Comparative Law Quarterly*, 359, (2009).

²⁰ Tuttavia, tanto a livello costituzionale, quanto nell'ambito della legislazione ordinaria, la mancanza di norme generali volte a disciplinare, sotto il profilo procedurale, l'attività normativa dell'esecutivo è stata parzialmente colmata dalla giurisprudenza, che è riuscita ad elaborare alcune garanzie procedurali attraverso il principio di proporzionalità, ex art. 20, comma 2, della Costituzione.

efficacia negli Stati Uniti proprio per effetto della tendenza del Congresso a conferire deleghe in bianco alle *authorities*. D'altronde fin dal 1946 in America le funzioni di *rulemaking* vengono espletate da specifiche agenzie indipendenti, dotate delle capacità tecnico-professionali necessarie per regolare complessi settori economici e sociali del Paese. La partecipazione degli interessati nei procedimenti di *rulemaking* è pensata soprattutto con la finalità di colmare dal basso quel deficit democratico che ancora oggi caratterizza le amministrazioni americane.

Questa impostazione si è diffusa nel panorama comparatistico, anche se con sfumature differenti, ma non è certo esente da problematiche applicative.

L'esperienza degli Stati Uniti dimostra che la totale compressione degli spazi di norma conferiti alla democrazia rappresentativa rischia di ridurre l'indipendenza e la neutralità dei *decision-makers* per effetto delle notevoli pressioni esercitate dai gruppi particolarmente organizzati. L'attuale disegno di legge in discussione al Senato²¹ attesta la tendenza del pensiero giuridico americano ad implementare un nuovo modello di *rulemaking process*, che sistemi maggiormente il rapporto tra le fonti²². Il Congresso negli ultimi anni sta tentando di riconquistare parte delle funzioni che aveva delegato, attraverso l'approvazione preventiva delle regole di maggiore impatto economico ipotizzate dalle amministrazioni indipendenti²³, mediante l'introduzione di poteri di veto sulle norme approvate negli ultimi sei mesi del mandato presidenziale²⁴, o attraverso il divieto di emanare regole sostitutive sostanzialmente identiche a quelle per le quali sia intervenuta l'opposizione congressuale²⁵. Il Congresso avrebbe così il potere di effettuare valutazioni anche di natura tecnica che di norma richiedono specifiche conoscenze e consolidate esperienze nel settore, ed i gruppi oppositori dei progetti in approvazione dovrebbero utilizzare i canali offerti dalle dinamiche della democrazia rappresentativa, al di fuori quindi dei meccanismi partecipativi previsti nei procedimenti condotti dalle amministrazioni americane²⁶.

Si tratta di innovazioni che stravolgono l'idea stessa che la redazione

²¹ *Regulatory Accountability Act of 2017*, S. 951, § 3, 115th Cong. (2017). Il disegno di legge prevede che le agenzie siano tenute non solo a considerare i vantaggi e i costi delle potenziali alternative ma anche a fondare le proprie decisioni sulle migliori informazioni scientifiche, tecniche o economiche disponibili.

²² P. M. Shane, *Political Accountability in a System of Checks and Balances: The Case of Presidential Review of Rulemaking*, in 48 *Ark. L. Rev.*, 161, 176–78 (1995). A.R. G. Moniz, *The Rulemaking Power of Administrative Agencies: Crisis of Legality, Rule of Law, and Democracy*, in 1 *Coimbra Business School*, n.1, 37–65 (2015).

²³ Cfr. *HR 26, Regulations from the Executive in Need of Scrutiny (REINS) Act of 2017*.

²⁴ Cfr. *HR 21, Midnight Rules Relief Act of 2017*.

²⁵ Di recente, R. M. Levin, *The Regulatory Accountability Act and the Future of APA Revision*, in 94 *Chicago-Kent Law Review*, 2 ss. (2019).

²⁶ Ivi, 23 ss. e C. J. Walker, *Modernizing the Administrative Procedure Act*, in 69 *Admin. L. Rev.*, 638 ss. (2017).

delle norme debba fondarsi esclusivamente sulla capacità tecnico professionale delle autorità amministrative indipendenti²⁷, riducono gli spazi applicativi dell'apporto istruttorio dei privati, e dimostrano quanto sia complessa la relazione tra l'efficacia dei meccanismi partecipativi e il funzionamento della democrazia rappresentativa.

3. La variabile dell'implementazione dell'open government model

Il secondo elemento che ci è apparso di notevole rilievo è costituito dal livello di trasparenza negli ordinamenti giuridici. Ogni procedimento, sia che riguardi le fonti normative che gli atti amministrativi generali si fonda su informazioni, raccolte dei dati, atti e documenti, ai quali chiunque intenda partecipare deve necessariamente accedere. Quasi tutti i Paesi al mondo hanno adottato leggi sulla trasparenza, per lo più modellate sulle caratteristiche del *Freedom of Information Act* d'impostazione statunitense, con le diverse finalità di rafforzare il controllo democratico dell'esercizio del potere, consentire una concorrenza libera e leale, stimolare lo sviluppo commerciale, ridurre i rischi di corruzione, permettere alla società civile di analizzare i dati della contabilità pubblica, delle gare d'appalto, delle modalità di prestazione dei servizi, rafforzare la responsabilità sociale e la partecipazione democratica²⁸. Tuttavia ovunque l'*open government* convive sia con il modello di accesso riservato che con quello della segretezza, e l'effettiva possibilità di accesso alle informazioni in molti casi è ostacolata o dalla permanenza degli effetti delle tradizioni giuridiche interne verso il modello di segretezza, o dalle numerose eccezioni che vengono poste all'*open government* su materie e dati sensibili, o da carenze organizzative e di risorse, o dai divieti di acquisire informazioni che non siano formalmente riportate in un documento.

È così che il livello di trasparenza muta in ogni Paese e condiziona inevitabilmente lo sviluppo dei meccanismi partecipativi. Le tradizioni giuridiche su cui si è implementato il principio di massima trasparenza stanno ancora facendo sentire enormemente la propria influenza²⁹. Per anni si è radicata l'idea che l'adozione dell'*open government model* avrebbe potuto costituire un ostacolo all'efficienza dell'azione amministrativa, perché o avrebbe comportato l'impiego di nuove risorse finanziarie e la necessità d'incrementare il personale amministrativo, oppure si sarebbe tradotta in un

²⁷ Cfr N. Bagley & R. L. Revesz, *Centralized Oversight of the Regulatory State*, in 106 *Colum. Law Rev.*, n. 6, 1260-1329 (2006).

²⁸ Sul tema H. Kranenborg & W. Voermans, *Access to Information in the European Union. A Comparative Analysis of EC and Member State Legislation*, Groningen 2006; R. Tarchi, *Il diritto d'accesso nella prospettiva comparata*, in C. Colapietro (ed.), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli 2012, 141-209.

²⁹ C. Darch & P. Underwood, *Freedom of Information and the Developing World: The Citizen, the State and Models of Openness*, Cambridge 2009, passim.

rallentamento dello svolgimento delle funzioni pubbliche, dal momento che lo stesso personale sarebbe stato impegnato nelle ulteriori attività connesse alla pubblicità delle informazioni e dei documenti. Molti Paesi, successivamente alla formale introduzione di leggi sulla trasparenza, non si sono preoccupati di predisporre una efficace organizzazione, di assegnare risorse e personale adeguato a soddisfare queste nuove esigenze. Nel Regno Unito si è finanche scelto di ritardare l'entrata in vigore del *Freedom of Information Act*. Quasi ovunque, poi, molte delle leggi approvate non corrispondono al modello statunitense, dove il cittadino è titolare di un diritto generalizzato ad accedere alle fonti e alle informazioni, e gli atti e documenti sono considerati beni pubblici e collettivi.

Rispetto ai primi anni della sua affermazione, il modello di massima trasparenza appare inoltre in regressione anche negli Stati Uniti, dove gli eventi del 2001 hanno indotto ad estendere il segreto su molte informazioni in possesso delle autorità pubbliche, ritenute particolarmente rilevanti per la sicurezza nazionale³⁰. La domanda di trasparenza si è così ridotta e gli *orders* presidenziali hanno imposto il test costi-benefici per valutare anche e soprattutto se il quantitativo di risorse finanziarie impiegate per consentire la più ampia trasparenza possibile fosse effettivamente proporzionato ai benefici che riceverebbe la società civile³¹. Germania e Regno Unito mostrano un approccio piuttosto simile, nell'ambito della valutazione discrezionale che operano attraverso il test di proporzionalità.

4. Duty to give reason in rulemaking

Vi è poi un terzo elemento, altrettanto rilevante. Una volta acquisite le necessarie informazioni, e nelle ipotesi in cui la disciplina del procedimento consenta ad organismi privati di apportare le proprie osservazioni entro termini congrui, un ulteriore dato che condiziona fortemente l'effettiva implementazione dei meccanismi partecipativi è fornito dall'obbligo di motivazione. Se un'autorità non sarà tenuta ad illustrare le ragioni delle proprie scelte normative né tanto meno ad esporre i motivi per i quali non abbia ritenuto di accogliere le osservazioni dei privati, nei fatti il loro apporto istruttorio non produrrà alcun particolare effetto³².

In realtà anche nei casi in cui esistono tali obblighi, assumono rilievo altre considerazioni. Innanzitutto, va analizzato l'indice di specificità della

30 Cfr. M.R. Papandrea, *Under Attack: the Public's Right to Know and the War on Terror*, in 25 *Boston College Third World Law Journal*, 35-80 (2005). M. Fenster, *The Opacity of Transparency*, in 91 *Iowa Law Rev.*, 885-949 (2006).

31 J. Bannister, *Freedom of information: A new era with old tensions*, in M. Groves (ed.), *Modern Administrative law in Australia*, Cambridge 2014, 348 ss.

32 P. Neill, *The Duty to Give Reasons: The Openness of Decision-making*, in C. Forsyth & I. Hare (ed.), *The Golden Metwand and the Crooked Cord*, Oxford 1998, 161 ss. J.L. Mashaw, *Reasoned Administration: The European Union, the United States, and the Project of Democratic Governance*, in 76 *Geo. Wash. L. Rev.*, n.1, 99-124 (2007).

motivazione resa. Negli Stati Uniti le amministrazioni indipendenti si sono spontaneamente adattate agli *orders* presidenziali che avevano imposto alle agenzie federali di effettuare le analisi costi-benefici e motivare le scelte effettuate. Alcune pronunce della magistratura americana hanno poi indirizzato le agenzie a dimostrare di aver adottato la regola più conveniente rispetto alle altre soluzioni possibili, identificare in modo specifico ogni vantaggio aggiuntivo ed i relativi costi³³, illustrare i benefici ottenuti nell'ipotesi in cui la scelta effettuata comportasse oneri finanziari maggiori rispetto alle altre ipotesi valutate³⁴. Non esiste tuttavia un impianto teorico condiviso e la giurisprudenza della Corte Suprema appare piuttosto oscillante³⁵.

In Italia è prevalsa l'impostazione che pone particolare attenzione alla capacità degli atti amministrativi generali di incidere direttamente su specifiche situazioni giuridiche³⁶, ed in linea di massima sono stati esclusi dall'obbligo di motivazione quelli che presentano caratteristiche e contenuti simili agli atti più propriamente normativi³⁷. In questa esperienza gli effetti sull'obbligo di fornire le motivazioni in relazione agli apporti istruttori dei privati si riscontrano in maniera evidente nei procedimenti di elaborazione dei piani urbanistici³⁸, di localizzazione delle antenne di telefonia mobile, mentre in altri settori, come la revisione delle piante organiche delle farmacie o i provvedimenti di approvazione delle tariffe per la specialistica ambulatoriale, la magistratura amministrativa ha per lo più escluso che tali procedimenti fossero sottoposti alla legge 241/90. L'ordinamento giuridico italiano non prevede obblighi di motivazione per i regolamenti³⁹, né l'applicazione delle regole sulla comunicazione dell'avvio del procedimento, non consente che le fonti regolamentari possano essere direttamente impugnate in assenza del provvedimento attuativo, né conferisce una diffusa legittimazione processuale. Il giudice amministrativo italiano esclude l'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali quando ravvisi le

³³ *Competitive Enter. Inst. v. Nat'l Highway Traffic Safety Admin. (Competitive Enterprise II)*, 956 F.2d 321, 322 (D.C. Cir. 1992).

³⁴ *Motor Vehicle Manufacturers Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U.S. 29 (1983). *Public Citizen, Inc. v. Mineta*, 340 F. 3 d 39 (11th Cir. 1995). *Center for Auto Safety v. Peck* 751 F.2d 1336 (D.C. Cir. 1985).

³⁵ T. Hansford, *The Dynamics of Interest Representation at the U.S. Supreme Court*, in 4 *Political Research Quarterly*, 749-764 (2011). L. J. Virelli III, *Deconstructing Arbitrary and Capricious Review*, in 92 *N.C. L. Rev.*, 738 (2014).

³⁶ Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2017, n. 3365.

³⁷ G. Della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Padova 2000, 275 ss.

³⁸ Per i piani regolatori l'obbligo di motivazione dipende in gran parte dall'incidenza delle scelte urbanistiche su posizioni giuridiche preesistenti o per le quali si sia ingenerato un legittimo affidamento. È così che la motivazione viene per lo più richiesta nei casi di reiterazione di vincoli scaduti, o qualificazioni di aree con destinazioni differenti da quelle assunte di fatto mentre è tendenzialmente esclusa quando l'azione amministrativa non vada ad intaccare posizioni giuridiche in cui non siano presenti aspettative o affidamenti considerati meritevoli di tutela dall'ordinamento giuridico.

³⁹ Art. 3, comma 2, legge n. 241/90.

caratteristiche della generalità ed astrattezza⁴⁰. È nell'ambito dell'attività di regolazione che i meccanismi partecipativi, così come gli obblighi di motivazione trovano maggiori spazi applicativi.

Tuttavia, anche sulle problematiche della motivazione, così come successo per i meccanismi di partecipazione, le pressioni esercitate dall'Unione europea e dal diritto internazionale stanno determinando rilevanti modifiche ai sistemi interni e si è progressivamente attenuato l'effetto determinato dalle tradizionali impostazioni teoriche. È così che anche in Italia si registrano aperture sull'obbligo di fornire la motivazione prescindendo dalla tipologia degli atti adottati, ponendo invece attenzione sulla specifica funzione svolta dall'autorità procedente, sull'esigenza di rispettare il principio di legittimo affidamento e di adeguarsi alla disciplina europea, o di colmare il deficit democratico che caratterizza le autorità amministrative indipendenti.

L'ordinamento spagnolo giunge ad unificare il procedimento amministrativo sia con quello legislativo che per la produzione di atti regolamentari sotto l'egida di identici principi, mostra la tendenza ad ampliare l'applicazione diffusa del principio di partecipazione e dell'obbligo di motivazione anche per quanto concerne gli atti normativi ed amministrativi generali.

Ancor più complesso poi è il problema del contenuto della motivazione quando le osservazioni dei privati non siano state accolte. In questo caso si è al cospetto di due opposte esigenze, difficili da coordinare. Da un lato si corre il rischio di aggravare eccessivamente il procedimento, ma dall'altro vi è la necessità di evitare che l'apporto istruttorio fornito dai privati sia del tutto vano. La problematica esiste in realtà anche in relazione al procedimento legislativo, quando la presentazione di un numero eccessivo di emendamenti da analizzare rende lunga e complessa l'approvazione della fonte primaria. Eppure, è ben noto che il problema sia stato correttamente affrontato attraverso tecniche di redazione delle leggi che raggruppano e semplificano l'analisi degli emendamenti. Ulteriori esempi di come si possa raggiungere un equilibrio tra le due opposte esigenze provengono anche dall'osservazione dei procedimenti relativi all'approvazione degli strumenti urbanistici, dove esistono tecniche per riunire ed analizzare congiuntamente le osservazioni simili, fornire la motivazione *per relationem*, fino alla modulazione dell'intensità dell'obbligo di esporre le ragioni a seconda dell'incidenza sulle posizioni giuridiche coinvolte.

5. Fasi del procedimento e incisività del controllo giurisdizionale

I progetti poi dovranno essere redatti in forma agevolmente comprensibile, accompagnati da un'indagine sui costi e benefici che illustri i risultati che le

⁴⁰ Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9, che ha escluso l'obbligo di motivazione di un atto amministrativo generale riconoscendo la natura di atto normativo anche per quelle disposizioni che si applicano esclusivamente agli operatori di un determinato settore.

soluzioni ipotizzate intendano perseguire. Una volta che questi due principali elementi siano stati garantiti, i privati dovranno avere un tempo sufficiente per l'analisi dei dati e per la presentazione delle loro osservazioni. Nelle ipotesi maggiormente garantiste, come avviene nel *formal rulemaking* negli Stati Uniti, dovrà essere possibile apportare prove scritte, perizie, consulenze e finanche prove testimoniali ad interrogazione incrociata. Tutti gli elementi raccolti in fase istruttoria andranno poi vagliati con attenzione e l'amministrazione avrà l'onere di esporre le ragioni per le quali abbia optato per una soluzione piuttosto che un'altra⁴¹.

L'unica possibilità per rendere efficace il modello consiste nel disciplinare le fasi procedurali e sanzionare le violazioni con la nullità degli atti adottati. Eppure, l'esperienza degli Stati Uniti insegna che il rigido formalismo potrebbe produrre *ossification*, ma dall'altro versante l'eccessiva flessibilità delle regole attenuerebbe l'incisività del modello. Le agenzie americane per anni hanno preferito seguire il procedimento informale, che a sua volta, tuttavia, non ha garantito l'efficacia dei meccanismi partecipativi, tant'è che negli ultimi tempi il pensiero giuridico americano sta ipotizzando di condurre nuovamente il *rulemaking process* nell'alveo del procedimento formale⁴².

Il grado di espansione del sindacato giurisdizionale influenza l'efficacia dell'apporto istruttorio sotto due profili. Oltre all'evidente funzione di garantire il rispetto formale delle fasi procedurali, il livello di profondità con il quale la magistratura riesca a sindacare le scelte adottate, da un lato induce maggiormente le autorità a motivare i propri atti, e dall'altro consente di verificare l'imparzialità dell'azione pubblica ed arginare il fenomeno della *capture*⁴³.

In molti Paesi la possibilità del sindacato giurisdizionale in realtà è esclusa dalla difficoltà di superare il problema della legittimazione processuale. Si è notato come il giudice amministrativo italiano tenda per lo più ad escludere la possibilità che cittadini o organizzazioni possano impugnare atti amministrativi generali a carattere normativo⁴⁴, a parte le eccezioni in specifiche materie o quando sia identificata una posizione di interessi diffusi.

In Germania il controllo giudiziario sugli atti regolamentari appare estremamente blando per l'assenza di obblighi procedurali generali. La Corte costituzionale federale effettua un controllo dettagliato anche sulle fonti legislative, quando incidono su diritti fondamentali, ed indirizza il

⁴¹ S. A. Shapiro & R. Murphy, *Constraining White House Political Control of Agency Rulemaking Through the Duty of Reasoned Explanation*, in 48 *University of California, Davis*, 1457-1508 (2015).

⁴² Il dibattito in parte è in C. J. Walker, *Modernizing the Administrative Procedure Act*, cit. 638.

⁴³ P. Rose, C. J. Walker, *Dodd-Frank Regulators, Cost-Benefit Analysis, and Agency Capture*, in 66 *Stan. L. Rev. Online* 9, 14-16 (2013).

⁴⁴ Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 812 e Idem, 28 febbraio 2012, n. 1120.

Parlamento ad utilizzare le migliori conoscenze al momento disponibili⁴⁵. Un simile orientamento è seguito dalla giurisprudenza anche per quanto concerne l'attività normativa di rango regolamentare. I limiti di questa soluzione, tuttavia, sono evidenti e risiedono nella circostanza che i menzionati vincoli procedurali vengono visti in chiave meramente difensiva e applicabili soltanto quando siano in gioco diritti fondamentali; mancando poi nella generalità dei casi una stringente disciplina del procedimento normativo, diventa estremamente complesso identificare eventuali vizi da far valere in sede giurisdizionale⁴⁶. Anche nelle ipotesi in cui la procedura sia puntualmente disciplinata, un altro significativo ostacolo è comunque dato dalla presenza di norme tendenti ad eliminare gli effetti invalidanti delle violazioni procedurali, che si riscontrano di frequente anche nella legislazione settoriale e, in ogni caso, registrano interpretazioni estensive che ne estendono la portata al di là delle previsioni espresse.

Nell'impostazione fornita dalla Corte suprema americana, invece, se esiste un'agenzia indipendente alla quale è conferita una pubblica funzione, è da questa stessa circostanza che deriva il diritto dei cittadini a proporre un'azione contro le scelte normative adottate e di riflesso lo *standing* è piuttosto ampio.

Ma anche quando gli ordinamenti giuridici abbiano superato le difficoltà relative alla legittimazione processuale, la problematica si sposta sul grado di incisività del controllo giudiziario, che ondeggia tra ipotesi di stretta irrazionalità, come avviene nel Regno Unito⁴⁷, a casi in cui il giudice riesce anche ad indirizzare l'azione pubblica verso le soluzioni alternative ipotizzate dai privati.

Sotto tale profilo, la giurisprudenza europea ha aderito ad un approccio fortemente deferenziale, che limita il sindacato giurisdizionale al riscontro di errori manifesti o di impiego sproporzionato dei poteri discrezionali⁴⁸. Per effetto dell'incidenza delle tradizioni giuridiche nazionali, i giudici di Lussemburgo hanno tentato di distinguere, senza particolare successo, i casi in cui l'azione condotta fosse riconducibile all'esercizio della discrezionalità tecnica, rispetto alla valutazione comparativa degli interessi; tuttavia, proprio in virtù del fallimento di questi tentativi, la magistratura europea si è più volte ritrovata ad applicare la stessa *deference* prevista per le scelte

⁴⁵ Di recente, Tribunale costituzionale federale della Repubblica federale di Germania (BVerfG), 19 maggio 2020 – 1 BvR 2835/17 e M. Sachs, *Grundrechte: Geltung für Ausländer im Ausland*, in *Juristische Schulung*, 2020, 706.

⁴⁶ S. Rose-Ackerman, S. Egidy e J. Fowkes, *Due Process of Lawmaking*, Cambridge University Press, 2015, 209. R. Seerden (ed.), *Comparative Administrative Law: Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States*, Cambridge, 2018, 90.

⁴⁷ *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation*, 1947. Cfr. C. Hilson, *Judicial Review, Policies and the Fettering of Discretion*, in *Public Law*, 2002, 111-129 e J. Basten, *Jurisdictional Review of Executive action: Tiers of Scrutiny or Tears of frustration?*, in N. Williams (ed.), *Key Issues in Judicial Review*, 2014, 35.

⁴⁸ P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford, 2012, 442.

discrezionali anche alle valutazioni dei fatti che attengono a soluzioni tecniche. Negli ultimi tempi si registrano notevoli progressi e, nel corso degli anni si è affermato un orientamento che ammette la possibilità di rivalutazione dei presupposti fattuali in sede di giudizio⁴⁹, tanto che attualmente alcune differenti impostazioni si spingono fino a vagliare la correttezza delle analisi tecnico-scientifiche condotte nel corso del procedimento volto all'emanazione di atti generali o normativi⁵⁰.

È sull'equilibrio discrezionale degli interessi in gioco che i progressi conseguiti in sede europea appaiono meno rilevanti. Il parametro di proporzionalità⁵¹ registra un utilizzo frequente in relazione all'azione degli Stati membri, ma un'applicazione piuttosto *deferential* con riguardo all'operato delle istituzioni europee, in relazione alle quali la magistratura si limita per lo più a censurare le ipotesi di manifesta sproporzionalità⁵². La più significativa forma di controllo da parte dei giudici europei attiene alla ragionevolezza, declinata come esigenza di completezza dell'istruttoria, che in taluni casi giunge al punto di richiedere che l'istituzione convenuta in giudizio riesca a dimostrare di aver accertato tutti i fatti che bisognava ragionevolmente considerare, come presupposti per l'adozione dell'atto impugnato⁵³.

I risultati di questa impostazione sono in parte simili all'evoluzione che registra l'*hard look review* nell'esperienza americana, quando si è posto il problema di comprendere se il sindacato giurisdizionale potesse giungere fino a verificare la completezza dell'istruttoria compiuta⁵⁴. In queste ipotesi la questione è piuttosto complessa. Il concetto di ampiezza delle informazioni assunte è di per sé discrezionale, coinvolge quantità e qualità. Occorre constatare, soprattutto quando si affrontino questioni tecniche e scientifiche, se i dati raccolti siano stati forniti da organismi indipendenti, se provengano da studi riconosciuti a livello internazionale, se vi siano conflitti di interesse, tenendo ben presente che nella maggioranza dei casi non vi sono uniformità di vedute nemmeno tra i massimi esperti. È infatti, proprio nella valutazione discrezionale dei fattori analizzati dall'amministrazione che la *deference* della magistratura statunitense raggiunge il suo apice, dal momento che gli elementi valutati e considerati nella fase istruttoria condizionano la decisione finale⁵⁵, e si rischia di alterare il sistema della separazione dei poteri, quando

⁴⁹ G. Zhu, *Deference to the Administration in Judicial Review: Comparative Perspectives*, in Idem (ed.), *Deference to the Administration in Judicial Review*, Switzerland, 2019, 171.

⁵⁰ Tribunale, 11 settembre 2002, T-13/99, *Pfizer*.

⁵¹ Ex art. 5, par. 4, TFUE e art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

⁵² S. Rose-Ackerman, S. Egidy e J. Fowkes, *Due Process of Lawmaking*, cit., 250. G. Zhu (ed.), *Deference to the Administration in Judicial Review: Comparative Perspectives*, cit., 176.

⁵³ Corte di giustizia, 7 settembre 2006, C-310/04, *Spagna c. Consiglio*.

⁵⁴ R. T. Bull & J. Ellig, *Statutory Rulemaking considerations and Judicial Review of regulatory impact analysis*, in 70 *Admin. Law Rev.*, 888 ss. (2018).

⁵⁵ D. Zaring, *Reasonable Agencies*, in 96 *Va. L. Rev.*, 135 ss. (2010). Di recente, G. Lawson, G.I. Seidman, *Deference: The Legal Concept and the Legal Practice*, New York, 2020, 183 ss.

le motivazioni esposte potrebbero sfociare in analisi di carattere politico. In questi casi diventa altamente probabile che la magistratura possa travalicare i limiti della propria funzione. In realtà le valutazioni espresse in sede giudiziaria potrebbero provocare questi effetti soltanto se le corti indirizzassero le agenzie a conferire una particolare rilevanza ad un fattore piuttosto che ad altri. Questo effetto non si verifica invece se l'autorità conserva il potere discrezionale di confermare la decisione adottata in precedenza o di optare per una soluzione diversa, una volta che abbia considerato i fattori omessi. Ma il pensiero giuridico americano non è ancora giunto ad un'impostazione teorica unitaria e condivisa⁵⁶.

È su questi profili che ruotano le principali difficoltà d'identificare una linea di demarcazione sufficientemente precisa tra il *rulemaking process* e la funzione giurisdizionale, senza la quale sarà piuttosto arduo immaginare di poter conferire un ruolo incisivo al controllo giudiziario sulle scelte adottate, e sulla corretta valutazione dell'apporto istruttorio fornito dalla società civile.

6. Gli elementi di un modello ad istruttoria aperta

È ipotizzabile che i meccanismi partecipativi possano funzionare sul serio? Se dal piano puramente teorico si passa all'osservazione degli aspetti applicativi, al momento sembra possibile soltanto identificare gli elementi fondamentali di un modello in formazione.

L'idea di partecipazione ai procedimenti si è sviluppata soprattutto nell'ambito della funzione amministrativa, quando l'attenzione si è spostata dall'atto amministrativo al procedimento. Sebbene con diverse modalità ed intensità, oggi nei Paesi maggiormente avanzati esiste il diritto di accesso, l'obbligo di motivazione, la necessità di rispettare i principi di proporzionalità e legittimo affidamento, ed il sindacato giurisdizionale è particolarmente penetrante. Nel panorama comparatistico il modello ad istruttoria riservata, che in sostanza non ammette la partecipazione al di fuori dei destinatari di specifici provvedimenti, è alquanto definito nelle sue linee essenziali.

Un modello procedimentale ad istruttoria aperta presenta aspetti e problematiche differenti. La relazione con la democrazia rappresentativa è complessa.

L'idea di conferire deleghe in bianco che per anni ha caratterizzato l'esperienza degli Stati Uniti è oggi oggetto di un profondo ripensamento da

⁵⁶ *Sierra Club v. Slater*, 120 F.3d 623, 637 (6th Cir. 1997). *Rabbers v. Comm'r Soc. Sec. Admin.*, 582 F.3d 647, 654-55 (6th Cir. 2009). *ECM BioFILMS, Inc. v. Federal Trade Commission*, (6th Cir. 2017). Cfr. M. F. Wasserman, *Deference Asymmetries: Distortions in the Evolution of Regulatory Law*, in 9 *Tex. L. Rev.*, 638 ss. (2015). Y. Dotan, *Deference and Disagreement in Administrative Law*, in 71 *Admin. L. Rev.*, 766 ss. (2019). K. E. Hickman & A. L. Nielson, *The Future of Chevron deference*, in 70 *Duke L. Journal* 1023 – 1024 (2021).

parte del pensiero giuridico americano, che vorrebbe introdurre nuovi spazi di controllo preventivo sul *rulemaking process*, sia da parte degli uffici presidenziali che del Congresso. Da un lato emerge la preoccupazione che il regolamento di interessi raggiunto in fase procedimentale attraverso la partecipazione diretta dei gruppi organizzati possa poi essere rivalutato e rimodulato per mezzo delle analisi costi – benefici effettuate dagli uffici centrali⁵⁷. Chi immagina di conferire questa funzione al Congresso, dubita poi che questo organismo abbia le capacità tecnico-professionali per intervenire sulla complessità delle scelte adottate dalle agenzie, ed immagina il rischio che i gruppi oppositori dei progetti in approvazione potrebbero far valere le proprie idee al di fuori dei meccanismi partecipativi⁵⁸.

Quanto maggiori poi saranno gli spazi concessi dalla democrazia rappresentativa tanto più il modello potrà essere incisivo, ma allo stesso tempo si incrementerà il rischio che i gruppi particolarmente organizzati possano ottenere disposizioni più favorevoli ai propri interessi. Di riflesso occorrerà prestare attenzione a garantire l'indipendenza degli organismi titolari della funzione. Affinché il modello possa implementarsi, la trasparenza dovrà essere massima, e vi sarà la necessità di una efficiente struttura amministrativa per consentire alla società civile di ottenere in un breve tempo le informazioni necessarie, con un consistente impiego di personale e risorse economiche. Ma quanto più aumenterà la trasparenza, tanto più si amplificheranno i rischi per la sicurezza degli Stati, e per la tutela dei dati sensibili.

Il modello richiede l'adozione di procedimenti formali, ma i termini dovranno essere disciplinati con attenzione, così come gli obblighi connessi alla motivazione, se non si vuole correre il rischio di rallentare eccessivamente i tempi di definizione dell'azione pubblica.

La magistratura dovrà poi essere in grado non solo di sindacare il rispetto formale delle fasi procedimentali, ma anche di verificare se i dati raccolti provengano da organismi indipendenti, o da studi riconosciuti a livello internazionale, la sussistenza di conflitti di interesse, la completezza delle analisi svolte o la logicità delle scelte effettuate rispetto ad altre possibili soluzioni. E qui l'equilibrio tra i poteri diventa instabile ed esiste il costante pericolo che la funzione giudiziaria possa scivolare in valutazioni di carattere politico che non le competono.

La partecipazione contribuisce alla *better regulation*, consente di evidenziare quegli aspetti ulteriori e diversi che l'amministrazione potrebbe non aver considerato, ipotizzare soluzioni alternative basate su un equilibrio

⁵⁷ Attraverso il *Regulatory Accountability Act* il Congresso americano intenderebbe consentire agli uffici presidenziali di stabilire linee guida per l'analisi del rapporto costi-benefici e dei rischi connessi, con l'effetto di estendere il controllo centrale di proporzionalità sull'impatto economico della regolamentazione.

⁵⁸ R. M. Levin, *The Regulatory Accountability Act and the Future of APA Revision*, cit. 23 ss. e C. J. Walker, *Modernizing the Administrative Procedure Act*, cit. 638 ss.

maggiormente corretto tra costi e benefici, incrementare la fiducia del pubblico e ridurre i fenomeni di corruzione, ma rischia nello stesso tempo di aumentare i costi della funzione pubblica e quella stessa corruzione che intenderebbe ridurre, espandere notevolmente i tempi di definizione dei procedimenti ed alterare il rapporto tra politica e magistratura.

È un equilibrio estremamente difficile da definire, ma senza il quale è impossibile ipotizzare che i meccanismi partecipativi possano funzionare sul serio.

Vincenzo De Falco
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”
vincenzo.defalco@unicampania.it