

Giulio Napolitano

Regulation and Litigation.

La linea continua tra regolazione e soluzione delle controversie

Vi sono diversi modi di declinare il rapporto tra regolazione e conflitto. La letteratura giuridica, soprattutto di origine nordamericana, offre in proposito un vasto campionario. A sua volta, l'esperienza europea, soprattutto nel quadro del funzionamento del mercato interno, offre ulteriori spunti di riflessione.

Un primo approccio si interroga sul disegno ottimale degli ordinamenti giuridici. Esso muove dalla contrapposizione tra *regulation* e *litigation*.¹ Ciò consente di confrontare i vantaggi comparati di un sistema di regole *ex ante*, definito in via legislativa e amministrativa, con un sistema di regole *ex post*, che emergono dalla giurisprudenza in sede di soluzione delle controversie. Il secondo può considerarsi effettivamente alternativo al primo soprattutto negli ordinamenti di *common law*, maggiormente inclini a riconoscere in capo alle corti un potere sostanzialmente normativo, anche grazie al valore vincolante del precedente. L'implicito assunto da cui spesso muove questo approccio è che l'ordine giuridico costruito dalla giurisprudenza sia in grado di massimizzare l'efficienza economica e il benessere collettivo. Risolvendo singoli conflitti, le corti sarebbero meglio in grado di individuare regole e canoni interpretativi adeguati al mutare delle esigenze e delle condizioni di contesto (economiche, sociali, tecnologiche). La definizione di regole da parte del legislatore e in via delegata da parte di agenzie amministrative sarebbe invece viziata dai difetti tipici del processo politico-burocratico.

¹ R.A. POSNER, *Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework*, in *Regulation vs. Litigation: Perspectives from Economics and Law*, University of Chicago Press, 2010, pp. 11-26.

Una seconda impostazione mira a descrivere l'intero ordinamento amministrativo in termini di *litigation State*². Si vuole così evidenziare un modello di esecuzione delle leggi in cui l'attuazione delle politiche pubbliche, la tutela dei diritti e la vigilanza sull'azione amministrativa sono affidate soprattutto al *private enforcement*. Ciò sarebbe funzionale soprattutto al mantenimento di un sistema di governo diviso come quello statunitense. Il Congresso, infatti, ha interesse a massimizzare in via legislativa gli strumenti di tutela dei privati al fine di operare un controllo decentrato nei confronti delle agenzie federali. Il *private enforcement* opera così anche come contrappeso al potere del Presidente di guidare l'attuazione amministrativa delle leggi attraverso il comando diretto della catena burocratica. Anche nei sistemi di governo unitario dominanti nell'esperienza europea, peraltro, i privati giocano un ruolo importante nel presidiare la legittimità dell'azione amministrativa, anche se un eccesso di litigiosità finisce spesso per nuocere alla sua efficacia.

In una terza prospettiva, infine, il conflitto opera come uno strumento nelle mani della regolazione al fine di massimizzare la *compliance* dei privati: di qui l'idea di una *regulation by litigation*³. In questa diversa prospettiva, lo Stato litiga contro i privati per assicurare il rispetto delle regole. Si tratta soprattutto dei casi in cui le agenzie amministrative vanno davanti alle corti per perseguire comportamenti ritenuti illeciti da parte degli operatori. A ciò si possono aggiungere le azioni di classe da parte dei consumatori. È questo un modello diffuso negli Stati Uniti, ad esempio in materia di *enforcement* del diritto *antitrust* e di sicurezza alimentare⁴. Nei sistemi amministrativi europei è questa invece un'ipotesi piuttosto residuale. Sono rari infatti i casi in cui le autorità pubbliche si rivolgono ai tribunali per assicurare l'osservanza

² S. FARHANG, *The litigation state: Public regulation and private lawsuits in the United States*, Princeton University Press, 2010.

³ A.P. MORRIS *et al.*, *Regulation by litigation*, Yale University Press, 2009. Cfr. anche *Regulation through litigation*, a cura di W.K. Viscusi, Brookings Institution Press, 2002; R.J. RYCHLAK *et al.*, *Regulation Through Litigation*, in *Mississippi Law Journal* 71.2, 2001, pp. 613-692.

⁴ Sulle possibili conseguenze negative dal sovrapporsi tra strategie regolamentari e iniziative litigiose, cfr. peraltro A.L. WILLETT, *Litigation as an Alternative to Regulation: Problems Created by Follow-On Lawsuits with Multiple Outcomes*, in *Geo. J. Legal Ethics* 18, 2004, p. 1477 ss.

delle regole affidate alla loro cura (nell'ordinamento italiano, può menzionarsi l'esempio della Consob). Più diffuse, invece, sono le ipotesi in cui le amministrazioni adottano esse stesse procedimenti contenziosi per accertare il rispetto di regole fissate a livello primario (ad esempio in materia antitrust nei sistemi a *public enforcement*, come quello europeo e quello italiano) o sub-primario. In questo secondo caso, si tratta spesso di regole adottate dalle stesse autorità chiamate poi ad assicurarne l'osservanza. È quanto avviene in molti mercati regolamentati, come quelli finanziari e i servizi a rete.

Si sviluppa così un modello di *regulation and litigation* perché basato su una linea continua tra regolazione e aggiudicazione e sulla loro reciproca complementarità⁵. In questo modello, spesso gioca un ruolo rilevante anche la disciplina e il controllo dei conflitti che insorgono tra i privati circa l'osservanza dei diritti e degli obblighi discendenti dalla regolazione. Portare il più possibile il contenzioso tra gli operatori del mercato e tra questi e i consumatori di fronte al regolatore, infatti, non ha soltanto una funzione deflattiva rispetto al carico di lavoro delle corti. Esso serve anche consolidare la regolamentazione, ad accrescere la sua efficienza e la sua efficacia. Si realizza così un'integrazione verticale del processo regolatorio attraverso un ciclo continuo tra comando, *enforcement* e revisione del comando alla luce delle eventuali criticità emergenti in sede contenziosa.

La costruzione di sistemi alternativi di soluzione delle controversie tra i soggetti regolati è talora oggetto di uno specifico adempimento di legge gravante sulle autorità pubbliche. Ma a prescindere da ciò, le agenzie hanno un interesse istituzionale a dotarsi di uno strumento indiretto attraverso il quale controllare l'effettivo *enforcement* delle loro regole da parte degli operatori. L'azione esercitata dai privati diventa così un segnale d'allarme circa la possibile violazione delle regole del mercato fissate in via amministrativa. La soluzione diretta della controversia da parte dell'autorità pubblica e comunque il suo monitoraggio, ove il conflitto sia gestito in modo decentrato, consentono di disporre di un osservatorio privilegiato sulla regolazione in azione. Per questa ragione, ogni disciplina dei meccanismi di soluzione alternativa delle controversie va valutata non soltanto per la sua conformità o meno al paradigma normativo europeo e nazionale, ma

⁵ J. SCHWARTZSTEIN, A. SHLEIFER, *Regulation and Litigation*. Workingpaper, Harvard University, 2008.

anche per la vantaggiosità che essa prospetta in termini di tempestività ed effettività della tutela. Quanto più la disciplina è in grado di incentivare gli operatori a portare il conflitto davanti all'autorità, tanto più quel modello disciplinare può considerarsi di successo.

Naturalmente, vi sono diversi fattori di contesto, che contribuiscono a favorire lo sviluppo dei sistemi alternativi di soluzione delle controversie nei mercati regolamentati. In fin dei conti, il contenzioso è spesso una spia significativa del grado di salute dei mercati. Elevate spese di lite sono sostenibili soltanto in mercati in forte crescita (come nel caso delle telecomunicazioni europee tra la fine del XX secolo e l'inizio del XXI). In mercati in crisi, invece, anche se ci può scontrare maggiormente per il controllo di risorse sempre più scarse, si cercano soluzioni meno onerose per risolvere le dispute. Una delle sfide più delicate con cui si misurano le autorità di regolamentazione risiede allora proprio nella loro capacità di intercettare il mutare delle esigenze degli operatori nella definizione dei meccanismi di soluzione delle relative controversie.

Vi è dunque un legame di fondo nel rapporto tra regolazione e soluzione delle controversie, nonostante la diversità dei relativi poteri. La stessa Corte di Giustizia, d'altra parte, privilegia una lettura funzionalista quando prescrive l'osservanza degli obblighi di consultazione e di comunicazione alla Commissione e alle altre autorità nazionali di regolamentazione anche per le decisioni individuali contenziose, se queste hanno un impatto regolatorio. Ne discende che anche soggetti formalmente estranei alla disputa potrebbero essere legittimati a intervenire nel procedimento. Si uscirebbe così dalla logica tipica del processo di parti, che normalmente ispira anche i vari sistemi di soluzione alternativa delle controversie.

Lo 'spaccato' regolamentare che emerge in sede contenziosa, infine, può ben servire non soltanto a misurare la *compliance* regolatoria ma anche a stimolare la revisione del quadro regolamentare. Anche da questo diverso punto di vista, dunque, ogni autorità ha uno specifico interesse a incentivare gli operatori a chiedere il suo intervento per risolvere le controversie. Speciali meccanismi di raccordo procedurale possono anzi servire per meglio collegare le problematiche che emergono in sede di conflitto con le possibili soluzioni da introdurre in sede di aggiornamento della regolamentazione. Fondamentale a tal fine è allora assicurare la massima trasparenza della giurisprudenza che si forma in sede di soluzione alternativa delle controversie e la piena partecipazione ai successivi procedimenti di revisione regolamentare.