

Marco Lamandini

*Il regime del procedimento,
il contraddittorio e le misure cautelari*

SOMMARIO: 1. Una necessaria premessa. – 2. La struttura pluriarticolata del procedimento. – 3. L'inammissibilità e l'improcedibilità. – 4. Il procedimento abbreviato di manifesta fondatezza. – 5. Il procedimento ordinario. – 6. Il procedimento cautelare.

1. *Una necessaria premessa*

Nei paragrafi che seguiranno ci si soffermerà essenzialmente sugli elementi di novità del nuovo regolamento rispetto al precedente in relazione al regime del procedimento, al contraddittorio e alle misure cautelari, azzardando qualche iniziale valutazione pur nella consapevolezza che solo il tempo e la concreta esperienza applicativa consentiranno in realtà di apprezzare fondatamente l'esito della riforma. Ci si concentrerà inoltre – tra le diverse novità – su quelle che, nell'area coperta dal presente esame, mi paiono (con valutazione del tutto soggettiva e che dunque non pretende di essere né esaustiva né quella oggettivamente preferibile) di maggiore rilevanza sistematica.

2. *La struttura pluriarticolata del procedimento*

La struttura del procedimento diviene, anzitutto, 'pluriarticolata', avendosi in realtà tre diverse soluzioni procedimentali a seconda che l'esito sia l'inammissibilità dell'istanza, l'ammissibilità (e conseguente istruttoria) della stessa ovvero la manifesta fondatezza. Vi è, in ciò, un'interessante (e 'spinta') valorizzazione – nel quadro del principio ordinamentale di buona amministrazione (qui applicato all'esercizio di funzioni quasi giurisdizio-

nali nell'applicazione del diritto settoriale nel quadro di controversie tra privati) – dell'economia degli sforzi procedurali. Ed è proprio nella ricerca di un equilibrato punto di equilibrio tra 'rafforzata efficienza dell'attività amministrativa' e 'pienezza della tutela sostanziale del singolo' che va rintracciato, mi pare, il carattere di fondo dell'intervento riformatore in punto di procedimento: un punto di equilibrio, peraltro, particolarmente complesso, anche in considerazione delle 'mobili frontiere' del diritto fondamentale di difesa nonché degli altri diritti fondamentali di natura procedimentale riconosciuti dall'ordinamento tanto interno quanto europeo e convenzionale. È noto infatti che, con esiti non sempre coincidenti, possono trovare applicazione, anche nei procedimenti amministrativi e in relazione ai diritti fondamentali di tipo procedimentale, sia le garanzie costituzionali sia quelle della convenzione europea sui diritti dell'uomo sia, ove l'autorità nazionale dia attuazione al diritto europeo (ivi compreso un diritto nazionale attuativo di direttive di armonizzazione), la stessa carta dei diritti fondamentali.

3. *L'inammissibilità e l'improcedibilità*

Circa il primo di questi sviluppi procedurali – e segnatamente quello che è chiamato a valutare preliminarmente l'ammissibilità dell'istanza – merita attenzione, a mio avviso, il fatto che al direttore della direzione reti e servizi è affidato un delicato compito di 'filtro' procedimentale: ruolo da svolgersi mediante una valutazione allo stato degli atti (con facoltà, peraltro, di chiedere l'integrazione dei documenti, in un termine ristretto di 7 giorni lavorativi, ad evitare eccessivi rallentamenti all'azione amministrativa) in relazione non solo alla 'manifesta infondatezza' ma anche all'incompetenza e cioè alla eventuale 'esorbitanza' della controversia rispetto al perimetro oggettivo e soggettivo di cui all'art. 2 del regolamento e 23 del codice. Il provvedimento del direttore deve essere, naturalmente, 'motivato' ed esso, pur potendo definire il procedimento, non è necessariamente finale, giacché, del tutto opportunamente – in modo da riconoscere adeguata tutela al diritto al contraddittorio – la versione finale del nuovo regolamento (pur accogliendo qui come altrove un sistema decisorio a competenza ripartita tra direttore e commissione) consente alla parte istante di formulare, entro 10 giorni, opposizione alla commissione rispetto alla

decisione di inammissibilità pronunciata dal direttore. In caso di riforma della decisione del direttore da parte della commissione, si provvederà alla convocazione delle parti alla prima udienza.

L'inammissibilità ai sensi dell'art. 3, comma 6, peraltro, non è l'unica circostanza in presenza della quale il procedimento avviato con l'istanza del ricorrente può interrompersi. Il regolamento, riconoscendo nel principio di alternatività delle tutele il 'precipitato' concreto del principio di efficienza ed economia procedimentale, prevede infatti la improcedibilità dell'azione avanti all'Autorità «*qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia stata già adita l'autorità giudiziaria*» (artt. 3, commi 3 e 4 del regolamento). In tal caso, tuttavia, in conformità all'obbligo di «*piena cooperazione*» che le parti devono all'autorità ai sensi dell'art. 1, comma 1, n. 22, della direttiva 2009/140/CE, è richiesto che la parte istante formuli una dichiarazione espressa di rinuncia. Poiché essa viene prevista per finalità di mera certezza, non mi sembra che, in caso di omissione della parte, sia comunque preclusa la possibilità al direttore di provvedere dichiarando improcedibile l'azione.

L'improcedibilità, sempre in corso di procedimento, è altresì prevista dall'art. 8, comma 4, per l'ipotesi in cui «*dai documenti depositati emerge che le parti, con atto scritto, avevano stabilito, di comune accordo, di risolvere la controversia ricorrendo a mezzi alternativi che espressamente escludono la competenza dell'autorità*». È questo il caso, se non mi inganno, dei comitati tecnici previsti in più occasioni dai contratti tra operatori (non invece dell'eventuale scelta arbitrale prevista dai medesimi contratti, che a rigore dovrebbe refluire nell'ipotesi di cui all'art. 3, essendo funzionalmente equivalente alla azione giudiziale). Peraltro, nel caso testé ricordato, l'improcedibilità è solo temporanea giacché ai sensi dell'art. 8, comma 5, «*il procedimento viene ripreso, su istanza di una delle parti, qualora, nel termine di 4 mesi [...], non risulti ancora definito*».

Ma una delle novità più significative – e per vero discusse, in sede di consultazione pubblica – del nuovo regolamento è quella che interseca questa ipotesi di improcedibilità in relazione non al momento del deposito dell'istanza iniziale (e dunque allorché ancora debba concludersi il sub-procedimento preliminare di ammissibilità), bensì a procedimento istruttorio già avviato ai sensi dell'art. 6. L'art. 3, comma 5 dispone infatti che qualora l'azione sia proposta avanti all'autorità giudiziaria «*dopo che il procedimento abbia condotto ad una valutazione esaustiva dei fatti e delle questioni giuridi-*

che sottese, l'Autorità può comunque pronunciarsi sulle relative questioni con un atto interpretativo generale, qualora le stesse siano di particolare importanza e la loro definizione contribuisca al perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli articoli 3, 4 e 13 del codice». È questo un chiaro segnale dell'importanza che l'Autorità ascrive alla c.d. *regulation by litigation* ed integra esempio nuovo di relazione tra procedimento quasi giurisdizionale di risoluzione delle controversie tra operatori e regolamentazione (mediante 'interpretazione') e dunque un inedito caso di ultrattività sostanziale degli effetti del procedimento contenzioso, finalizzata all'evidenza a non disperdere il frutto (purché sufficientemente 'maturo', perché esaurientemente istruito) dell'attività amministrativa svolta nel procedimento, sia pure rivolgendo lo stesso al diverso fine di orientare *pro futuro* nell'applicazione della disciplina. Se ben vedo, vi è qui un interessante riconoscimento del fatto che il procedimento quasi contenzioso non è, in astratto, finalizzato soltanto a risolvere una lite tra privati incidendo sui relativi diritti soggettivi individuali, ma può altresì accogliere una finalità regolatoria generale. Mi sembra peraltro possibile – una volta rilevato che il procedimento tra due parti è suscettibile, almeno in questo caso, di determinare esiti di portata generale – che gli altri operatori in ipotesi contro-interessati possano chiedere di partecipare al procedimento contenzioso ai sensi dell'art. 6, comma 5, che merita dunque, in questa prospettiva, di essere forse applicato con una certa 'larghezza' al fine di assicurare piena tutela al contraddittorio di tutti coloro che siano potenzialmente interessati dall'esito del procedimento.

4. *Il procedimento abbreviato di manifesta fondatezza*

All'estremo opposto rispetto al sub-procedimento di inammissibilità si colloca – come espressione simmetrica del medesimo principio di economia procedimentale – il procedimento abbreviato di manifesta fondatezza di cui all'art. 3, comma 8 del regolamento. Anche in questo caso si è dinanzi ad un numero idealmente chiuso di ipotesi 'tipiche' (la 'manifesta fondatezza', appunto, e la 'fattispecie rispetto alla quale sussistono precedenti in termini', che, a ben vedere, dovrebbe essere specie del primo genere), le quali tuttavia mantengono, in concreto, un significativo carattere 'elastico'. Molto opportuno appare, pertanto, che lo schema decisorio adottato, pur essendo anche qui, in qualche misura, ripartito tra direttore e com-

missione, valorizzi la funzione decisoria della commissione stessa. Infatti, ad una prima valutazione di manifesta fondatezza sulla base degli atti del direttore, fa seguito, da un lato, la necessaria difesa del convenuto che ha diritto di far avere le sue contro-deduzioni entro 10 giorni dal ricevimento della relazione motivata del direttore, e, dall'altro lato, qualora il direttore confermi la propria valutazione di manifesta fondatezza, è la commissione a dover decidere «*allo stato degli atti e della relazione dettagliata e motivata del direttore*». Questa, almeno, è la lettura che a me pare di dover dare dell'ultimo periodo dell'art. 3, comma 8, che pur usa – mi sembrerebbe con qualche non necessaria ambiguità (anche in relazione a quanto emerge dai lavori preparatori, che confermano l'obbligatorietà della decisione dell'organo collegiale) – l'espressione «*può adottare una decisione vincolante*». L'uso del verbo «*può*» sembra dunque da riferire, piuttosto, al fatto che è sempre possibile alla commissione, invece che decidere allo stato degli atti, richiedere alle parti di prendere ulteriore posizione sui fatti contestati, ove ciò appaia necessario. Qualora poi la commissione non accogliesse la proposta del direttore, si provvederà agli adempimenti di avvio del procedimento ordinario.

5. *Il procedimento ordinario*

Quanto al procedimento ordinario, mi pare che le modifiche introdotte rispetto al passato dal nuovo regolamento, da un lato, confermino la centralità che si vuole assegnare alle esigenze di speditezza (in tal senso depone l'espressa indicazione che il termine di 20 giorni fissato dall'art. 5, comma 2, vale solo per la prima udienza, sicché le successive è da attendersi che vengano disposte in ossequio al principio di concentrazione) e, dall'altro lato, l'opportuna separazione tra funzioni istruttorie, demandate all'ufficio (al responsabile del procedimento, prima, e al direttore, che formula la propria relazione alla commissione di accompagnamento del resoconto istruttorio del responsabile) e funzione decisoria, demandate alla commissione.

Tre questioni, tra le altre, mi sembrano qui meritevoli di attenzione.

- a) In primo luogo, viene ribadita, dall'art. 9, l'importanza all'interno del procedimento del tentativo di conciliazione, pur reso facoltativo ma esperibile (e rinnovabile) in ogni fase del procedimento. Ciò avviene a

giusta ragione, se si considera che – come è emerso in sede di consultazione – circa il 50% dei procedimenti degli ultimi tre anni si è concluso con un accordo conciliativo. Le modifiche rispetto al passato introdotte dal regolamento sono, qui, essenzialmente volte a valorizzare l'intervento dell'ufficio nell'individuazione di una soluzione bonaria (non a caso si determina anche un effetto in punto di spese: si veda l'art. 11, comma 8, ove l'impresa soccombente abbia rifiutato senza giustificato motivo la proposta di conciliazione). E si tratta, a mio avviso, di modifiche appropriate e che trovano ulteriore conforto nell'esperienza pratica recente, di cui sono testimone diretto, delle conciliazioni nei procedimenti avanti all'Organo di Vigilanza sulla parità di accesso di cui al gruppo di impegni n. 7 approvati con la delibera 718/08/CONS dell'Autorità.

- b) In secondo luogo, l'art. 7 riconferma, con una mera modifica formale, il contenuto del previgente regime in punto di diritto delle parti di accesso agli atti del procedimento. Resta dunque nella discrezionalità valutativa del direttore il difficile compito di contemperare il diritto di difesa e le esigenze di segretezza e di riservatezza, con facoltà, nei casi di assoluta inconciliabilità delle opposte esigenze, di accordare *«prevalenza ad una di esse secondo un criterio di proporzionalità e all'esito di un giudizio di bilanciamento»*. Per vero, l'art. 7, comma 8, in relazione ai *«documenti che forniscano elementi probatori decisivi»* restringe il potere di bilanciamento accordando una prevalenza di principio al diritto di difesa, giacché consente la compressione di esso solo ove la ostensione del documento 'segretato' determinerebbe *«grave e irreparabile nocumento all'impresa interessata, manifestamente sproporzionato rispetto all'oggetto della controversia»*. È dubbia, tuttavia, a mio avviso, la piena congruenza di questa disciplina con la protezione effettiva del diritto di difesa nella forma dell'accesso c.d. difensionale, che anche di recente il Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 783) ha ritenuto prevalente sugli interessi contrapposti. Analogo esito mi pare derivi dalla giurisprudenza della CGUE e della CEDU.
- c) In terzo luogo e infine, benché il nuovo regolamento, eliminando l'ipotesi della decisione 'delegata' al direttore in precedenza prevista dall'art. 11, comma 4, abbia opportunamente accresciuto il ruolo decisivo della commissione, esso, all'art. 11, comma 1, riconferma che la discussione davanti al collegio prima della decisione della controversia

è meramente eventuale (anche se, a livello di prassi, frequente) e subordinato ad una valutazione di opportunità della commissione stessa, sicché non viene riconosciuto un diritto ad essa alle parti. Si tratta, a ben vedere, di una compressione del contraddittorio che, per quanto appaia legittima in questa sede alla luce dei precedenti anche europei che si sono occupati in altri settori di situazioni analoghe, può apparire tutto sommato poco opportuna, giacché la discussione davanti all'organo decidente consente in effetti di veicolare con particolare efficacia e immediatezza gli argomenti dibattuti.

6. *Il procedimento cautelare*

Va considerato, conclusivamente, il procedimento cautelare. In relazione ad esso, va segnalato come l'ambito oggettivo della tutela cautelare sia stato esteso oltre il perimetro del pregiudizio 'di natura economica' e come il rito sia stato meglio scandito da un punto di vista procedimentale al fine di assicurarne la celerità (fatto questo particolarmente importante, anche perché la pendenza del procedimento cautelare sospende i termini del procedimento ordinario). Si prevede inoltre, anche qui, un sistema composito di competenze ripartite tra direttore e collegio specie in caso di rigetto (art. 4, comma 4 e, soprattutto, comma 6 del nuovo regolamento) e un contraddittorio essenzialmente demandato alla fase avanti all'ufficio prima dell'emanazione del provvedimento da parte della commissione (art. 4, comma 5, che pur richiede, con formula un poco anodina, che essa accerti la «completezza del contraddittorio»). Viene infine previsto un procedimento presidenziale ulteriormente accelerato nei casi di «*estrema gravità e urgenza che incidano sui diritti dell'utenza, con particolare riferimento alla continuità dei servizi*». Forte dunque è la sensazione di una tendenza verso la 'sommarizzazione' del giudizio, seppur con efficacia solo cautelare: ciò che, inevitabilmente riducendo (pur senza eliminarli o comprimerli illegittimamente) gli spazi in cui si dispiega il diritto di difesa, invita ad un uso parsimonioso di tali cautele solo al ricorrere rigoroso dei presupposti per essi previsti.

