

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Publicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Gaetano Caputi

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2020

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliati, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Giovanni Coccozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



Autorità amministrative indipendenti e ruolo della motivazione come fondamento dei poteri ad esse conferiti

di Giovanni Coccozza

(Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.)

Sommario

1. Premessa. – 2. La problematica esclusione dell'obbligo di motivazione per gli atti generali e normativi nella legge n. 241 del 1990. – 3. La deroga alla disciplina sulla motivazione per gli atti generali e normativi. – 4. Partecipazione procedimentale e Analisi di impatto della regolazione (AIR). – 5. Partecipazione, motivazione, poteri regolatori delle Autorità. – 6. Osservazioni conclusive.

Abstract

In the general discipline of the independent administrative authorities there is a significant exception to the rule contained in art. 3 of the law n. 241 of 1990 on the motivation of administrative measures. In particular, the law of 28 December 2005, n. 262, which expressly contemplated the obligation of motivation for the provisions of the Bank of Italy, Consob, Isvap and Covip, of a regulatory nature or of a general content and characterized this obligation by indicating what must be specified, namely the regulatory choices and supervision of the sector or the matter on which they concern.

It thus occurs that such a legal discipline, therefore, for this area, a significant difference with respect to law no. 241 of 1990, was the occasion for the development of a jurisprudence that has helped to characterize the independent authorities, through a work of drafting rules related to the need to justify the powers, not just wide, with which they are endowed.



1. Premessa.

Nella disciplina generale delle autorità amministrative indipendenti¹ vi è una significativa deroga alla regola contenuta nell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 sulla motivazione dei provvedimenti amministrativi². In particolare, assume rilevanza la legge 28 dicembre 2005, n. 262, che ha contemplato espressamente l'obbligo di motivazione per i provvedimenti della Banca d'Italia, Consob, Isvap e Covip, di natura regolamentare o di contenuto generale e ha caratterizzato tale obbligo indicando quanto deve essere precisato, e cioè le scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono.

Si verifica, così, che una tale disciplina legale, recante, dunque, per questo ambito, una differenza rilevante rispetto alla legge n. 241 del 1990, sia stata l'occasione per lo sviluppo di una giurisprudenza che ha contribuito a caratterizzare le autorità indipendenti, attraverso un'opera di elaborazione di regole collegate alla esigenza di giustificazione dei poteri, non poco ampi, di cui esse sono dotate.

Si tratta, pertanto, di un profilo interessante, da valutare con attenzione, perché comporta non solo una valorizzazione della motivazione, ma un riconoscimento di un particolare rilievo da assegnare a essa, in termini di ruolo svolto per collocare le autorità amministrative indipendenti nel sistema democratico³.

¹ Sul tema, la produzione scientifica è particolarmente ampia. Ci si limita, pertanto, a ricordare alcuni dei contributi più recenti. In particolare, F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020; A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle autorità amministrative indipendenti*, in *Federalismi.it*, n. 23/2017; R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos*, n. 1/2017; L. LAMBERTI, *Considerazioni in tema di sindacato giurisdizionale sulle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Amministrativamente.it*, n. 9-10/2016; A. ORECCHIO, *Il sindacato di merito sulle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti. Il caso dell'"antitrust"*, in *Federalismi.it*, n. 2/2016; A. MAZZALABOCCETTA, *Autorità amministrative indipendenti e principio di legalità*, in *Il dir. dell'economia*, 2015, 3, 633 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2015, 1-2, p. 1 ss.; A.M. CECERE, *Il sindacato giurisdizionale sulle decisioni a contenuto sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, *ivi*, 2015, 1-2, p. 193 ss.; F. GRECO, *La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti e la partecipazione ai procedimenti di regolazione*, in *Giustamm.it*, n. 9/2014; G. GRUNER, *Note minime sul riparto di giurisdizione e sulla tutela giurisdizionale in materia di sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giustamm.it*, n. 2/2014; M. GENCHI, *Profili problematici delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Nuova rass. di legisl., dottr. e giur.*, 2012, 7-8, p. 763 ss.; E. CHELI, *Le Autorità amministrative indipendenti: sviluppo di un percorso e problemi aperti*, in *Rass. parlam.*, 2011, 2, p. 479 ss.

² Nell'ambito di una amplissima dottrina, non si possono non ricordare sul tema i lavori monografici di C. M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione (con speciale riguardo agli atti amministrativi)*, Roma, 1933; G. BERGONZINI, *La motivazione degli atti amministrativi*, Vicenza, 1979; A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, Milano, 1999; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013. Nonché le voci enciclopediche di M.S. GIANNINI M.S., voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 257 ss.; G. CORSO, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, p. 774 ss.; M. DE BENEDETTO, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, Postilla di aggiornamento, XXIII, Roma, 2003, p. 1 ss.; V. MAZZARELLI, voce *Motivazione*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, p. 1 ss.

³ C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, p. 549 ss. Tra i volumi monografici, G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della repubblica. Tra legittimità costituzionale e*



2. La problematica esclusione dell'obbligo di motivazione per gli atti generali e normativi nella legge n. 241 del 1990

Occorre, per procedere con ordine, innanzitutto recuperare alcuni tratti della regolamentazione generale, alla quale quella appena ricordata si collega, proponendosi come eccezione.

Come è noto, la legge n. 241 del 1990 ha escluso gli atti normativi e quelli a contenuto generale dall'obbligo di motivazione.

Regola, tuttavia, come si sa, non poco incerta.

Innanzitutto, come già evidenziato nel parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato n. 7 del 1987⁴, l'esclusione degli atti generali dall'obbligo di motivazione non fu ritenuta coerente con gli indirizzi giurisprudenziali e, pertanto, priva di idonea giustificazione. Si ricorda che il Consiglio di Stato ha manifestato l'avviso che «l'ipotesi che il legislatore abbia inteso sopprimere indiscriminatamente, per di più nel quadro della legge istitutiva del giusto procedimento amministrativo, la garanzia della motivazione per atti, come quelli a contenuto generale, che pure incidono su situazioni soggettive dei singoli, non è persuasiva»⁵. E che non mancano tentativi di trovare una via intermedia, come quando si valorizza che «l'atto amministrativo generale non decide in concreto dell'assetto degli interessi proprio perché ha portata generale, ma solo identifica regole suscettibili di successive applicazioni»⁶.

Sulle cause che hanno comportato l'esclusione c'è da discutere⁷. Certamente si può pensare alla non immediata lesività delle situazioni giuridiche soggettive, perché sembra l'elemento che ha assunto particolare rilievo nella costruzione alla quale è stato ispirato il disegno della legge n. 241 del 1990. Ma, come la dottrina ha rilevato, in questa categoria di atti non è assente una disciplina che coinvolge immediatamente tali situazioni soggettive. Altro elemento che può assumere rilevanza è il carattere di ampia discrezionalità della scelta, in uno con la generalità e

legittimazione democratica, Milano, 2006; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Roma, 2007; R. MANFRELOTTO, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato. Programmazione della concorrenza e modelli di tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012.

⁴ Adunanza Generale del Consiglio di Stato 19 febbraio 1987, n. 7, in *Foro it.*, 1988, III, 22.

⁵ Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 2001, n. 475, in *Foro amm.*, 2001, 416.

⁶ Cons. Stato, sez. V, 17 novembre 2016, n. 4794, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, 6, I, 1120. Cfr., anche, Cons. Stato, sez. III, 9 aprile 2019, n. 2311. Sul punto, R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, Milano, 1999, p. 234 ricorda come la scelta legislativa, anche tenendo conto del dibattito parlamentare, ha incontrato ostacoli nella circostanza che «gli atti a contenuto generale» sono «sostanzialmente provvedimenti amministrativi, per i quali deve prevalere il principio di trasparenza da esternare attraverso la motivazione».

⁷ Sul punto, cfr. F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 469, che indica, nel riferimento agli atti normativi e generali, contenuto nel comma 2 dell'art. 3, uno «stilema atto a identificare» quelli in cui non vi è normalmente una decisione in concreto, ma che tuttavia impongono di non irrigidire in «una perfetta simmetria tra esercizio del potere amministrativo e morfologia del provvedimento le ipotesi in cui la sostanza della decisione richiede una esplicita motivazione».



l'astrattezza che variamente connotano gli stessi atti esclusi. Ma anche questo aspetto è di problematica individuazione e non è in sintonia con i sempre più ampi sviluppi che l'indagine del giudice amministrativo compie.

D'altro canto, la simmetria di disciplina fra atti amministrativi generali e normativi, che si riflette sulle modalità di controllo, dal momento che per entrambe le categorie vale la sottrazione all'obbligo di motivazione e, come ancora si ricorderà, ai principi sulla partecipazione procedimentale, con una equivalente restrizione del parametro di giudizio rispetto a tutti gli altri atti amministrativi, non li sottrae a un diverso regime processuale, dal momento che la giurisprudenza amministrativa, in maniera significativamente continua, ha proposto la conclusione che la disapplicazione non sia ammissibile in presenza di atti amministrativi generali, anche se non sembra esservi un articolato apparato argomentativo a sostegno⁸. Ha assunto, così, rilievo la differenza in termini di ampiezza della sfera dei destinatari: per l'atto regolamentare, l'indeterminabilità *a priori* e *a posteriori*; per l'atto amministrativo generale, l'indeterminabilità *a priori* ma non *a posteriori*. In tal senso, può essere ricordato l'impianto seguito dal giudice amministrativo nel momento in cui ha tracciato gli elementi idonei a caratterizzare il contenuto normativo⁹. Ma il problema dell'identificazione di tale contenuto normativo, peraltro snodo concettuale anche per modellare la tutela, consegna un dibattito tanto ampio quanto contrassegnato da non poche zone d'ombra¹⁰. E, ancora oggi, è oggettivamente complesso dare una risposta all'interrogativo su cosa si debba intendere per atto normativo.

Come è ben noto, la questione è talmente densa di riflessioni dottrinali che è necessaria un'analisi in una sede a essa dedicata. Il dato incontrovertibile è che, anche nell'attualità, dopo tanti approfondimenti, essa stimola la dottrina e coinvolge il giudice. Quando la competenza dell'organo si può manifestare in forme e procedimenti diversi per la disciplina da apprestare, il contenuto può assumere rilevanza per fissare e identificare gli atti. Ne consegue che atti amministrativi generali e regolamenti si possono distinguere quanto a *nomen* e (ma non sempre) a

⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2012, n. 2988, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 5, 1192; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 12 dicembre 2008, n. 1773, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 12, 3281; T.A.R. Puglia Bari, 30 settembre 2008, n. 2254, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 9, 2567; Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2004, n. 367, in *Riv. giur. edil.*, 2004, I, 963; sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in *Foro it.*, 2004, III, 413.

⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 5, 1090, con nota di N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*.

¹⁰ È possibile, ad esempio, cogliere in uno con le problematiche applicative, nella linea sulla quale si sviluppa il tema del tipo di sindacato da parte del giudice sui regolamenti, una tensione ad avvicinare il giudizio sui regolamenti a quello sulle leggi con simmetrie che si spiegano ricordando sempre che si è di fronte a un problema antico e, cioè, la sindacabilità di un atto normativo che partecipa del regime giuridico del provvedimento amministrativo. Sul punto, cfr. C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, 34-35, che concentra l'attenzione sulla «posizione da attribuire a quella fonte che, unitariamente contrassegnata per tradizione sotto il nome di regolamento, racchiude in realtà una serie di figure diverse fra loro, che occorre analizzare singolarmente onde rendersi conto della effettiva sussistenza delle ragioni che potrebbero giustificare un loro trattamento differenziato rispetto a quello degli atti assimilati alla legge formale».



cadenze procedurali, ma si confondono sotto l'aspetto sostanziale rendendo quanto mai difficile cogliere il vero contenuto¹¹. Prova ne sia che incertezze si riscontrano nelle conclusioni giurisprudenziali, seppure il contenuto generale e astratto sia stato il riferimento più utilizzato.

Così il giudice delle leggi evidenzia l'insufficienza del «*nomen iuris* e [del]la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall'ordinamento, a determinare di per sé l'esclusione dell'atto dalla tipologia regolamentare». Essenziale è invece rilevare se l'atto produce «norme generali ed astratte, con cui si disciplinino i rapporti giuridici, conformi alla previsione normativa, che possano sorgere nel corso del tempo»¹². In modo analogo, per il giudice amministrativo la mancanza della disciplina generale e astratta e della capacità di innovare l'ordinamento giuridico non consente di configurare l'atto amministrativo come regolamentare¹³.

3. La deroga alla disciplina sulla motivazione per gli atti generali e normativi

In definitiva, linee di confine incerte, come è stato dimostrato in maniera puntuale dalla dottrina¹⁴. E che si ripercuotono sulla ragione che ha portato a escludere la motivazione.

Come si diceva, mostra debolezze di tenuta il criterio che non vi è lesione per i destinatari. Ciò tenendo anche in conto della sostanziale interscambiabilità fra atti amministrativi generali e regolamenti, che è alla base del fenomeno della c.d. "fuga dal regolamento"¹⁵, collegata allo spazio di scelta dell'autorità amministrativa nell'utilizzare l'uno o l'altro mezzo di disciplina, anche perché se a volte si rinviene

¹¹ Cfr., sul punto, M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, pp. 70-71.

¹² Cfr. Corte cost., 22 luglio 2010, n. 278, in *Foro it.*, 2011, 4, I, 977.

¹³ In tal senso, Cons. Stato, sez. V, 16 ottobre 1997, n. 1145, in *Giur. it.*, 1998, 1274, con nota di C. TUBERTINI, *Gli atti di determinazione di aliquote d'imposta e il discusso limite tra atti normativi ed atti amministrativi generali*. Cfr., altresì, sez. IV, 15 febbraio 2001, n. 732, in *Foro it.*, 2003, III, 281; sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4538, in *Foro amm.*, 2001, 1949; Cons. Stato, atti norm., 11 luglio 2005, n. 911, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 7/8, 2347; sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 812, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 11, 1088, con nota di M. MASSA, *Due sentenze ambiziose sul potere normativo dell'amministrazione*; Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9, cit. Cfr., ancora, T.A.R. Sicilia Catania, sez. II, 4 luglio 2012, n. 1666, in *Foro amm. T.A.R.*, 2012, 7-8, 2588; T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 9 maggio 2013, n. 2394, in *Foro amm. T.A.R.*, 2013, 5, 1710 (che, con riferimento ad un regolamento comunale di gestione del corretto insediamento urbanistico e territoriale delle Stazioni Radio Base, lo definisce come «atto amministrativo a contenuto normativo o generale» e trae la conseguenza che, trattandosi di «norma astratta», non ha «attitudine lesiva di interessi concreti se non attraverso la mediazione di un provvedimento applicativo»).

¹⁴ M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *op. cit.*, in part. 65 ss.

¹⁵ Fenomeno che identifica, come è noto, le ipotesi in cui si utilizza l'atto amministrativo generale in luogo del regolamento per sottrarsi (prima "fuga") ai profili formali imposti ai regolamenti dalla legge n. 400 del 1988 o per disciplinare ambiti materiali sottratti alla competenza regolamentare dello Stato (seconda "fuga") perché affidati ex art. 117, comma 6 Cost. alla competenza regionale.



una base legislativa a fondare il relativo potere che trova attuazione in atti che si autoqualificano a contenuto generale, in altre occasioni ciò non si verifica¹⁶.

In buona sostanza, pur con la diversa qualificazione formale, il dato sostanziale pone per entrambi lo stesso problema di giustificazione del potere esercitato verso il soggetto, in un'ottica di garanzia e fa comprendere le spinte verso una differente sistematizzazione. E, sotto questo aspetto, non è stata inopportuna la equivalenza di disciplina da parte del legislatore del 1990.

Si spiega, però, che l'esclusione del dovere di motivare sia stata superata in discipline settoriali, come è normale che accada nella successione cronologica di atti dotati di pari forza, ma anche da conclusioni giurisprudenziali che richiedono la motivazione sebbene non imposta, nonché da previsioni di discipline regionali che mostrano, in generale, la possibilità di una differente "apertura" a queste esigenze motivazionali. Fenomeno quest'ultimo di non poca rilevanza che, come si sa, ha richiesto alla Corte costituzionale di intervenire¹⁷, quando investita di questione di legittimità dello statuto regionale che tale obbligo prevedeva, con una dichiarazione che, al mancato obbligo *ex lege* n. 241 del 1990, non corrisponde il divieto per altre leggi di prevederlo come tale.

Comunque, proprio quanto ha formato oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza costituzionale apre uno scenario di rilievo sistemico perché è una spinta verso l'estensione dell'obbligo di motivazione anche per gli atti generali, oltre che normativi. Si deve dire che, se questo percorso di ampliamento motivazionale rivolto insieme all'atto normativo e a quello generale, è un aspetto che accomuna quanto, ad oggi, risulta non agevolmente distinguibile, sicché il *nomen iuris* non può essere utilizzato per affidare atti in sostanza eguali a regimi giuridici differenti, vi è una conferma, se si vuole, di quanto il dibattito sulla normatività, quale elemento che identifica fenomeni diversi, abbia ancora esito incerto, pur con il grande impegno di dottrina e giurisprudenza.

Il profilo rimarchevole è che, seppur vi sia una possibilità di distinguere il contenuto normativo o meno sulla base della categoria dei destinatari, questo elemento sfuma

¹⁶ Al riguardo, si segnala la regola di non poco interesse fissata dall'Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 9, in *Giur. cost.*, 2012, 3, 2409, quando ha stabilito che «deve, in linea di principio, escludersi che il potere normativo dei Ministri e, in generale, del governo possa esercitarsi mediante atti "atipici" di natura non regolamentare, specie laddove la norma che attribuisce il potere normativo nulla disponga», in quanto tentativo per valorizzare il profilo della forma dell'atto attraverso la quale il potere si manifesta.

¹⁷ Cfr. Corte cost., 6 dicembre 2004, n. 379, cit. Secondo la Consulta, l'art. 3, comma 2 della legge n. 241 del 1990 «non impone, ma certo non vieta, la motivazione degli atti normativi; ed in ogni caso – come ben noto – la motivazione degli atti amministrativi generali, nonché di quelli legislativi è la regola nell'ordinamento comunitario: sembra pertanto evidente che la fonte statutaria di una Regione possa operare proprie scelte in questa direzione». Un più generale riferimento all'utilizzo da parte della giurisprudenza costituzionale dei principi generali dell'azione amministrativa è rinvenibile nell'analisi compiuta sull'obbligo di motivazione per gli atti amministrativi generali da M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 3, in part. p. 727 ss.



nell'ottica dell'esercizio della funzione¹⁸. Quest'ultima, anzi, non risulta contraddetta in quei caratteri che le sono propri, quando la decisione che deriva dal suo esercizio è rivolta alla pluralità. L'approdo giurisprudenziale¹⁹ che richiede la motivazione per gli atti generali immediatamente lesivi riceve una conferma dal momento che le esigenze di garanzia non sono smentite ma coinvolgono i "tanti" soggetti che l'esercizio della funzione raggiunge. In tal maniera, la motivazione, quale istituto collegato alla giustificazione del potere²⁰ come legittimazione democratica dello stesso, da cui trae elementi connotativi, può anche compensare *deficit* democratici della decisione. E il modello di funzionamento delle autorità amministrative indipendenti lo dimostra.

4. Partecipazione procedimentale e Analisi di impatto della regolazione (AIR)

Va, a questo punto, ripreso quanto si diceva su un altro elemento, che accomuna atti amministrativi generali e normativi nella legge n. 241 del 1990, rilevante ai fini della riflessione qui svolta, e cioè le regole sulla partecipazione procedimentale. Come è noto, l'art. 13 della legge n. 241 del 1990 ha elencato atti normativi, amministrativi generali (oltre che quelli di pianificazione e programmazione) ai fini dell'esclusione delle disposizioni sulla partecipazione procedimentale²¹, e per essi restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione. Disciplina che tradizionalmente si

¹⁸ F. CARDARELLI, *op. cit.*, p. 469 osserva come non sia possibile una «rigorosa distinzione formale tra categorie di atti e loro contenuto», con la conseguenza che il concreto provvedere può essere sia negli atti a contenuto generale che in quelli normativi e che ciò sia da collegare alla mancanza di una nozione positiva di provvedimento e alla fungibilità del concetto di decisione amministrativa. Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 797 ss.; E. CASSETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, p. 243 ss.; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996; A. TRAVI, voce *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1989, p. 524 ss.; F. MERUSI, G. TOSCANO, *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, p. 1 ss.; M. NIGRO, voce *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 810 ss.; E. CANNADA BARTOLI, voce *Decisione amministrativa*, in *Nov. Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 268 ss.

¹⁹ M. COCCONI, *op. cit.*, p. 713 richiama le ipotesi in cui si verificano effetti pregiudizievoli per i privati, titolari di situazioni giuridiche soggettive assistite da legittimo affidamento, per effetto dell'adozione di piani urbanistici. Così come l'esigenza di una motivazione è stata affermata quando l'amministrazione intendeva superare gli impegni assunti con una convenzione di lottizzazione. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio 1993, n. 711, in *Cons. Stato*, 1993, I, 860.

²⁰ B.G. MATTARELLA, voce *Motivazione (dir. com.)*, cit., p. 3571.

²¹ Sul criterio di lettura dell'esclusione dall'obbligo di motivazione, cfr., in part., D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2012, pp. 377-378, secondo cui «si tratta di un'eccezione che sembra spiegabile nel presupposto che la struttura di questi atti, costituiti di regola da una pluralità di disposizioni poste in reciproca connessione, rende agevole comprendere il ragionamento che ne è a fondamento anche senza che esso sia oggetto di una separata e formale esplicitazione. Comunque, in considerazione della sua natura di norma di eccezione, la prescrizione in parola richiede un'interpretazione restrittiva funzionale al presupposto indicato». Sull'art. 13 della legge n. 241 del 1990, v. le considerazioni di G. TINELLI, A. ZITO, *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 681 ss.



giustifica in quanto vi sono diversità di partecipazione nelle decisioni pubbliche, in corrispondenza con le differenze degli interessi di volta in volta da salvaguardare. Ebbene, a tal riguardo, il regime delle autorità indipendenti, osservando le ricostruzioni giurisprudenziali, mostra elementi interessanti. Va, però, in via preliminare ricordato che le autorità sono state destinatarie dell'obbligo, contemplato dal legislatore statale, di dotarsi dell'Analisi di impatto della regolazione (AIR). Si tratta di un intervento legislativo che ha anche consentito spazio all'autonomia delle singole autorità, giacché ha affidato a esse la fissazione dei modi per introdurre discipline, in coerenza con le peculiarità di ciascuna, sulla base del proprio ordinamento. Nello stesso tempo, quale oggetto dell'analisi dell'impatto della regolazione, sono stati indicati gli atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione (e, comunque, di regolazione).

Rileva, così, la legge 29 luglio 2003, n. 229, che ha previsto, nell'art. 13, primo comma, l'obbligo per le autorità amministrative indipendenti di dotarsi di «*forme o metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e, comunque, di regolazione*». E al secondo comma che tali autorità trasmettono la relazione dell'analisi di impatto della regolamentazione al Parlamento. Come appena osservato, sono espressamente indicati "forme" e "metodi" delle analisi. Nonché, l'art. 23 della già richiamata legge 28 dicembre 2005, n. 262, comma 2, in cui è stabilito che tali provvedimenti devono essere accompagnati da una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori. E inoltre che «*nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, le Autorità di cui al comma 1 tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari. A questo fine, esse consultano gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori*».

Si tratta, dunque, di un'estensione dell'AIR. Al riguardo, va ricordato che la previsione legislativa contenuta nell'art. 14 della legge n. 246/2005²², che ha indicato la funzione dell'AIR e disciplinato gli aspetti essenziali di essa in uno con il raccordo con la Verifica di impatto regolatorio (VIR)²³, è stata definita attraverso d.P.C.M. adottati ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988.

²² Legge 28 novembre 2005, n. 246 ("Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005").

²³ Per quanto riguarda la VIR, la disciplina di attuazione è contenuta nel d.P.C.M. 19 novembre 2009, n. 212, recante "Disciplina attuativa della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR), ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246".



I due momenti attuativi, il primo con il d.P.C.M. 170/2008²⁴ e il secondo con il d.P.C.M. 169/2017²⁵, propongono soluzioni da richiamare.

All'indomani del primo, la dottrina ha colto alcuni elementi di contiguità dell'AIR e dell'Analisi tecnico-normativa (ATN) con la motivazione e la giustificazione²⁶, pur notando la differenza che la seconda «accompagna atti già perfetti», mentre la prima si collega a proposte di atti²⁷.

È meritevole di segnalazione, ancora, la previsione dell'AIR sui decreti legge contenuta nell'art. 10 del d.P.C.M. n. 169 del 2017²⁸.

Comunque, nel d.P.C.M. del 2017 il collegamento con la funzione amministrativa si accentua quando vengono previste, soprattutto nell'art. 2, fasi per il suo esercizio e la traduzione in atto.

L'integrazione degli strumenti (AIR, VIR, consultazione) per fissare bisogni e priorità, e trasferirli nella fase attuativa (comma 1), l'individuazione e la comparazione di opzioni di regolamentazione (comma 4), la costruzione di uno schema valutativo che costituisce supporto informativo per cogliere l'utilità, l'efficacia e l'efficienza della disciplina (comma 5) sono tappe che lasciano intravedere un percorso motivazionale. Esse potranno essere del tutto trasferite nella decisione nel momento in cui sono state integralmente recepite. Ma anche laddove ciò non accada, non si possono separare dalla decisione e da quanto ha condotto ad essa. È inevitabile l'influenza che hanno esercitato anche nell'ipotesi in cui non siano state condivise, proponendosi come alternative per la possibile soluzione, in linea con quanto il legittimo esercizio della funzione pretende.

Ebbene, sulla base di quanto precede, l'osservazione generale del quadro regolativo concernente le autorità, cui sono riconosciuti, come è noto, poteri di non poca rilevanza, seppur al di fuori del circuito di rappresentanza democratica, propone una regolamentazione di particolare varietà, che deriva dalle discipline generali di ciascun settore, da quelle specifiche derivanti dai poteri di regolazione esercitati, dalle normative statali di carattere generale e, infine, dalle ricostruzioni

²⁴ Regolamento recante "Disciplina attuativa dell'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR), ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246". Cfr. F.M. SBATTELLA, *L'analisi di impatto della regolamentazione secondo le disposizioni del D.P.C.M. n. 170/08: un confronto con la valutazione di impatto della legislazione comunitaria*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2009; A. CALLEA, *L'analisi di impatto della regolamentazione: osservazioni a margine del d.p.c.m. n. 170/2008*, in *Amministrare*, 2009, 3, p. 429 ss.; G. SALVINI, *La 'messa a regime' dell'Air: il dpcm 11 settembre 2008, recante disciplina attuativa dell'analisi dell'impatto della regolamentazione*, in *www.amministrazioneincammino.it*, dicembre 2008.

²⁵ Regolamento recante "Disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione".

²⁶ B.G. MATTARELLA, *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, in *www.osservatorioair.it*, settembre 2010, p. 10 ss.

²⁷ B.G. MATTARELLA, *op. ult. cit.*, p. 6.

²⁸ Art. 10, comma 1: «L'AIR svolta a supporto della predisposizione dei decreti-legge, fatte salve le indicazioni contenute nella direttiva di cui all'articolo 3, comma 1, si articola almeno nelle seguenti fasi».



giurisprudenziali. Era inevitabile la necessità di approfondimenti per un quadro di tenuta generale che potesse superare gli aspetti di dubitabile coerenza con l'impianto costituzionale.

5. Partecipazione, motivazione, poteri regolatori delle Autorità

Alla luce di tale complesso contesto, si delinea il ruolo della giurisprudenza, che è di particolare incisività, in quanto ha tracciato una linea ricostruttiva che, per le appena indicate finalità, ha valorizzato il contraddittorio procedimentale, dal momento che il giudice amministrativo, in maniera ribadita, ha concluso che l'esercizio dei poteri di cui sono dotate le autorità deve rinvenire una base di legittimazione, una volta che esse si vengono a trovare al di fuori del riparto fra i poteri e non hanno responsabilità politica.

Su tale linea poggia anche la conclusione che la legge n. 241 del 1990 «è legge generale sul procedimento amministrativo, non già nei termini di una codificazione dell'atto e del procedimento, ma piuttosto come individuazione di principi fondamentali cui la successiva normazione, di rango primario e secondario deve uniformarsi»²⁹. E, per quanto concerne il rispetto dell'obbligo di motivazione, i contenuti dell'art. 3 della legge 241/1990, pur rimanendo gli elementi di riferimento, consentono, nell'ottica di una valorizzazione della consultazione preventiva, con la quale ottenere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati, al giudice amministrativo di spingersi ad analizzare le motivazioni rese anche come risposte alle osservazioni proposte nell'ambito del confronto³⁰.

Nel mentre viene così ribadito che i procedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti non sono sottoposti alle norme dell'azione amministrativa di cui agli artt. 3 e 13 della legge 241 del 1990, che escludono gli atti normativi e generali dalle regole sulla partecipazione e sulla motivazione, si rinviene una base ricostruttiva nella particolarità di tali enti, per i quali non vige alcuna responsabilità nei confronti del Governo, e che devono veder giustificata la indipendenza e neutralità con un fondamento "dal basso". Questo si trasferisce nell'esigenza di assicurare le garanzie del giusto procedimento con un correlato controllo in sede giurisdizionale. Si determina, in tal modo, un interessante legame tra legalità sostanziale, certamente compromessa dai poteri regolatori, e legalità procedurale, da realizzarsi con le garanzie del contraddittorio. Quest'ultima è chiamata a compensare, con una sorta di «correlazione inversa», la legalità sostanziale di modo che al *deficit* di essa, per effetto dell'attribuzione alle autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non ben definiti, deve corrispondere un potenziamento delle forme di coinvolgimento di tutti i soggetti

²⁹ Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 1, 281, con nota di I. PIAZZA, *Sul rapporto tra principi e regole nella disciplina dei procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*.

³⁰ Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 4, 1262.



interessati nel procedimento, con il quale si assumono decisioni destinate a determinare un impatto rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori.

Sulla scorta di tale rapporto di "compensazione", assume un notevole ruolo la partecipazione e ci si colloca in un'ottica opposta all'esclusione prevista dall'art. 13 della legge n. 241 del 1990. La linea ricostruttiva della giurisprudenza è quella che i principi generali sulla partecipazione procedimentale possono assicurare, secondo le norme previste dagli speciali ordinamenti di settore, «l'acquisizione corretta ed imparziale degli interessi privati coinvolti nell'esercizio del pubblico potere»³¹, tanto che la disciplina di settore si pone con un significato teso a meglio soddisfare le esigenze conoscitive e partecipative tutelate in via generale dal legislatore.

È inevitabile che si valorizzi la «consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati», quale modo «essenziale per arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione». Strumento già adoperato da tempo attraverso audizioni e meccanismi di "notice and comment", con cui si conosce del progetto di atto e si consente agli interessati di fare pervenire le proprie osservazioni.

A questo punto, la motivazione viene ad assumere un ruolo essenziale anche per gli atti generali e normativi, e un tale carattere le deriva dalla partecipazione procedimentale, in maniera tale che partecipazione e motivazione vengono a proporsi come un *unicum* non separabile.

È l'effettività del meccanismo partecipativo da garantire, proprio attraverso l'apparato motivazionale, perché tramite esso vi può essere una presunzione che le scelte compiute dall'autorità siano coerenti con le aspettative dei destinatari e riescano a essere soddisfattive delle loro esigenze. E la motivazione deve offrire la garanzia che ciò si sia realmente realizzato.

Sono dunque esigenze di sistema che mostrano come attraverso un percorso *ex post*, e non *ex ante* come quello del circuito democratico, si possa ottenere la legittimazione che richiede necessariamente che l'atto regolatorio venga motivato³².

³¹ Cfr. la citata sentenza del Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215. Il giudice amministrativo sottolinea che l'atto di regolazione deve essere motivato indicando i presupposti di fatto e di diritto della decisione e deve essere dotato di giustificazione sostanziale. Tuttavia, ciò non determina la «considerazione puntuale e specifica degli argomenti dedotti da ogni operatore del mercato, trattandosi pur sempre di atto generale, che è, in parte, svincolato, nello spirito dell'art. 13 della legge n. 241 del 1990 dal rispetto dei canoni precisi della legge sul procedimento (che va, invece, rispettata in via di principio)».

³² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 12, 3398. Con adeguamento alle fattispecie concrete cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6153, in *Foro amm.*, 2014, 12, 3119, dove si afferma che: «se è costante opinione che gli atti regolatori debbano essere motivati e la motivazione deve farsi carico anche della adeguatezza della istruttoria, sulla base del rispetto delle regole procedurali (consultazione, acquisizione dei fatti e degli interessi rilevanti, dandosi conto delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione, soprattutto nei casi in cui dovessero essere contestati a monte i presupposti dell'azione regolatoria), nella specie, tali estremi sono ravvisabili in merito all'adottato meccanismo transitorio che attenua gli effetti economici (sanzionatori e premiali, anche meritevolmente redistribuendo i correlativi vantaggi in parte alla utenza, seguendo la funzione istituzionale dell'Autorità di agire per stimolare l'efficienza del sistema e la tutela degli utenti ai sensi della legge



6. Osservazioni conclusive

In definitiva, le conclusioni giurisprudenziali in tema di autorità amministrative indipendenti, non disgiunte dalle innovazioni legislative, assumono un significativo rilievo non soltanto per inquadrare la motivazione come istituto di garanzia, ma anche per farne cogliere ulteriori e rilevanti potenzialità. Si tratta, infatti, non solo di caratterizzare poteri che senza motivazione non sono legittimamente esercitabili, ma di riconoscere che gli stessi traggono da essa legittimazione. Nel contempo, l'estensione dell'obbligo anche agli atti normativi e amministrativi generali, derogando alla esclusione sancita dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990, conferisce effettività ai procedimenti di partecipazione ai quali la motivazione deve essere strettamente collegata, al fine di dar conto del modo in cui a tale partecipazione si è dato seguito. Seppur con le incertezze di cui si è appena detto, si può allora ben dire che, per le autorità amministrative indipendenti, la motivazione tende ad assumere il ruolo di fondamento per la loro stessa operatività nel sistema, con l'esercizio dei poteri regolativi di cui sono dotate.

In maniera inevitabile, invero, risultano confermati i dubbi sulla opportunità che tutti gli "altri" atti generali e normativi siano, per regola generale, esclusi dalla motivazione e dalla partecipazione, dal momento che una eventuale modulazione di tale obbligo è nella prospettiva di implementare il "valore democratico" che ad esso va riconosciuto.

n.481 del 1995)». E, ancora, Cons. Stato, sez. VI, 20 novembre 2015, n. 5284, in *Foro amm.*, 2015, 11, 2818, dove si legge: «l'amministrazione non deve prendere specificamente posizione su ciascuna di tali osservazioni, essendo sufficiente che dalla lettura complessiva della motivazione si comprendano le ragioni della scelta compiuta. L'Autorità non ha l'obbligo di motivare "sia in positivo che in negativo" ciascuna delle numerosissime scelte tecnico-discrezionali sottese all'emanazione di un atto di regolazione, in quanto ciò sarebbe in contrasto con "le correnti acquisizioni di sistema in tema di conservazione degli atti e di strumentalità delle forme"».