

GIUSTO PUCCINI

**OSSERVAZIONI IN TEMA DI APPLICAZIONE
DEL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCEDIMENTO
AGLI ATTI NORMATIVI DELLE AUTORITA' INDIPENDENTI (*)**

() il presente saggio è destinato agli scritti in onore di Enzo Cheli, in corso di pubblicazione con il Mulino.*

SOMMARIO: 1. Atti normativi delle autorità indipendenti e principio del giusto procedimento: l'elaborazione dottrinale dell'idea del giusto procedimento come rimedio al difetto di legittimazione democratica e/o al difetto di legalità sostanziale. 2. *Segue*: le novità legislative e giurisprudenziali nel periodo 2003-2007. 3. *Segue*: lacune ed incertezze dell'attuale quadro legislativo. 4. *Segue*: le incertezze dell'attuale quadro giurisprudenziale.

1. *Atti normativi delle autorità indipendenti e principio del giusto procedimento: le tesi dottrinali del giusto procedimento come rimedio al difetto di legittimazione democratica e al difetto di legalità sostanziale.*

Quello dell'applicazione del principio del giusto procedimento agli atti normativi delle autorità amministrative indipendenti costituisce senza dubbio, da diversi anni a questa parte, uno dei temi più trattati nella riflessione dottrinale sulle autorità.

Tale trattazione, in particolare, ha avuto luogo in relazione ad alcuni fondamentali problemi inerenti alla compatibilità della potestà normativa delle autorità con il nostro vigente assetto costituzionale.

Un primo problema - riferibile e riferito, in realtà, a qualsiasi tipo di potere delle autorità - attiene al c.d. difetto di legittimazione democratica delle medesime: ovverosia alla circostanza stessa dell'attribuzione legislativa di poteri di applicazione della legge ad autorità, appunto, non dipendenti dal Governo e, nel contempo, diverse dall'autorità giudiziaria. Donde i dubbi generati dalla considerazione della scarsa rispondenza di un'attribuzione del genere ai principi costituzionali della responsabilità ministeriale e della separazione dei poteri.

Una secondo problema - anch'esso riguardante qualunque tipo di potere attribuito alle autorità - attiene alle *tipiche modalità* di tale attribuzione, ovverosia al suo carattere alquanto indeterminato dal punto di vista contenutistico. Donde i dubbi generati dalla considerazione della problematica rispondenza di modalità siffatte alle riserve di legge gravanti sulle materie affidate alla competenza delle autorità, ovvero, per quanti ritengono operante nel nostro ordinamento costituzionale un principio del genere anche al di là delle riserve di legge previste dalla Costituzione, con il c.d. principio di legalità in senso *sostanziale*.

Ebbene, giova rammentare come un efficace ed anzi risolutivo rimedio sia al primo che al secondo ordine di problemi testé richiamati sia stato individuato in dottrina proprio nell'applicazione a tutti quanti gli atti delle *authorities*, a cominciare da quelli di natura normativa, del principio del giusto procedimento¹.

¹ Con esclusivo o precipuo riferimento al profilo del difetto di legittimazione democratica delle autorità indipendenti, si vedano, in particolare, M. Passaro, *Le Amministrazioni indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 252 ss.; G. Amato, *Le autorità indipendenti nella costituzione economica*, in Aa.Vv., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 10 ss.; Idem, *Conclusioni*, in Aa.Vv., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 101-102; S. Cassese, *Negoziato e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, ibidem, p. 42; M. D'Alberti, *Procedimenti "generali"*

E del resto, l'idea di compensare la «*caduta del valore della legalità sostanziale*», riscontrabile nella disciplina legislativa dei poteri delle autorità indipendenti, mediante un «*rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio*»², parrebbe in qualche misura riecheggiare una risalente giurisprudenza della Corte costituzionale concernente censure di violazione della riserva di legge ex art. 23 Cost., ovvero di quella ex art. 41 Cost., ovvero, ancora, di quella ex art. 42 Cost., mosse nei riguardi di disposizioni legislative che attribuivano ad autorità comunque riconducibili al Governo la competenza ad adottare atti amministrativi generali, aventi solitamente ad oggetto la determinazione di prezzi o tariffe.

Si vuol alludere, appunto, a quella serie di pronunzie con le quali si è a suo tempo ritenuto di poter individuare una ragione di assoluzione delle disposizioni in questione dalle accennate censure di incostituzionalità nella contestuale previsione legislativa, accanto ed oltre ad altri tipi di garanzie di natura procedimentale, anche di quella consistente nella partecipazione dei rappresentanti degli interessati al procedimento di formazione di detti atti amministrativi³. Non mancandosi neppure, per converso, di dichiarare l'illegittimità costituzionale di disposizioni legislative eccessivamente indeterminate sotto il profilo contenutistico, a fronte di una mancata espressa previsione legislativa della partecipazione procedimentale degli interessati⁴; e ciò talora, si noti, pur essendo quest'ultima prevista da un atto *sublegislativo* adottato dalla stessa autorità amministrativa competente⁵.

Alquanto sfumate restano peraltro generalmente, nelle opinioni dottrinali in esame, le implicazioni di ordine squisitamente pratico discendenti da una simile valorizzazione del ruolo del giusto procedimento in ordine a tutti gli atti di competenza delle *authorities*, ivi compresi quelli di natura normativa.

Piuttosto di rado, comunque, si perviene a trarre esplicitamente, da tale valorizzazione, conseguenze drastiche sul terreno proprio della *patologia* degli atti.

In particolare, non sembra si pervenga in alcun caso a prospettare in termini espliciti conseguenze analoghe a quelle riscontrabili nella giurisprudenza della Corte costituzionale testé ricordata: ovverosia a considerare la presenza e l'assenza di una contestuale espressa previsione *ex lege* del giusto procedimento quali, rispettivamente, condizione di validità e ragione di invalidità delle disposizioni legislative attributive di poteri - anche normativi - alle autorità indipendenti.

e «*singolari*»: *problemi attuali e miglioramenti possibili*, *ibidem*, pp. 94-95; S.A. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 182 ss.; G. De Minico, *Regole comando e consenso*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 94; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 113. ss. Con esclusivo o precipuo riferimento al profilo della tipica indeterminatezza contenutistica dell'attribuzione legislativa di poteri alle *authorities*, si vedano, in particolare, M. Manetti, *Poteri neutrali e giurisdizione*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 215-216; M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in Aa. Vv., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit., p. 19; Idem, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 154-155; S. Santoli, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 1796. Con riferimento ad entrambi i profili in questione, si veda R. Chieppa, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, intervento al convegno "Imparzialità e indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative" svoltosi a Roma presso il Consiglio di Stato il 14 dicembre 2005, in www.giustizia-amministrativa.it/documentazione, pp. 2-3. Nel medesimo senso si vedano altresì, da ultimo, A. Pisaneschi, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore e ritorno?*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 78-79, p. 84 ss.; M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, relazione tenuta al convegno su "La regolazione dei servizi di interesse economico generale" organizzato dalla Fondazione Cesifin a Firenze il 6 novembre 2009, in www.giustamm.it, p. 6 ss. Perplessità riguardo a siffatto orientamento dottrinale, peraltro, sono state espresse da M. Cuniberti, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano Giuffrè, 2007, p. 427 ss., e da M. Foglia, *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, in *Quaderni reg.*, 2008, p. 605.

² Così M. Clarich, *Autorità indipendenti*, cit., p. 155.

³ Si tratta, appunto, delle sentenze nn. 4/1957, 30/1957, 103/1957, 38/1966, 72/1969 e 67/1973. Per riferimenti alla giurisprudenza costituzionale in questione, si vedano da ultimo L. Buffoni, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 282; A. Cardone, *Procedimento amministrativo e partecipazione: giurisprudenza amministrativa e costituzionale e concezioni dell'idea di giustizia*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 257.

⁴ Cfr., al riguardo, la sentenza n. 36/1959.

⁵ Si veda appunto, in proposito, la sentenza n. 5/1962.

Una netta esplicitazione può semmai registrarsi, talora, con riguardo a ben altro tipo di possibile conseguenza, quella cioè dell'illegittimità degli atti normativi e di quelli a contenuto generale delle autorità indipendenti per violazione del giusto procedimento anche in assenza di un'espressa previsione legislativa di quest'ultimo. Laddove, appunto, si perviene senz'altro a sostenere la non applicabilità a tali autorità delle previsioni degli artt. 3 e 13 della L. n. 241/1990, secondo cui gli atti delle pubbliche amministrazioni aventi una natura siffatta restano sottratti all'obbligo di motivazione ed alle regole della partecipazione procedimentale⁶.

Per il resto, dunque, le opinioni dottrinali in esame finivano per suonare, puramente e semplicemente, come una sorta di un implicito auspicio rivolto al legislatore e alle *authorities* nel senso, rispettivamente, dell'espressa codificazione e della spontanea concreta applicazione del giusto procedimento anche in relazione agli atti in questione.

Un simile diffuso atteggiamento di cautela, d'altro canto, può verosimilmente spiegarsi anche con la circostanza che, fino agli inizi del corrente secolo, quanto mai circoscritti risultavano i casi nei quali potevano rinvenirsi una simile espressa previsione legislativa ovvero una simile spontanea concreta applicazione.

I casi di espressa previsione legislativa, infatti, non solo riguardavano un numero alquanto limitato di autorità, ma riguardavano altresì o soltanto una parte assai circoscritta degli atti normativi di competenza di una certa autorità, ovvero tutti gli atti normativi di competenza di autorità dotate peraltro, talora, di una potestà di normazione di modestissimo rilievo.

Nel caso delle Autorità dei servizi di pubblica utilità, in particolare, la L. n. 481/1995 prevedeva espressamente la consultazione degli interessati soltanto in ordine all'emanazione delle direttive concernenti la produzione e l'erogazione del servizio⁷.

Anche in considerazione di siffatta specifica previsione, infatti, quanto mai dubbia appariva la riferibilità a tutti gli altri atti normativi e generali di competenza delle autorità in questione dell'ulteriore previsione contenuta nella L. n. 481, secondo cui, con regolamento governativo, avrebbero dovuto essere definite «*le procedure relative alle attività svolte dalle Autorità idonee a garantire agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio, in forma scritta e orale, e la verbalizzazione*». Tant'è vero che, nel relativo regolamento, emanato con il D.P.R. n. 244/2001, si è previsto che l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (AEEG) definisca «*forme di introduzione delle istanze dei soggetti portatori di interessi pubblici e privati nei procedimenti di formazione degli atti normativi o degli atti a contenuto generale*» soltanto «*qualora lo ritenga opportuno*»⁸.

Diversamente, nel caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la previsione della L. n. 287/1990, secondo cui con regolamento governativo debbono essere stabilite «*procedure istruttorie che garantiscano agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio e la verbalizzazione*», è stata successivamente attuata a livello regolamentare, prima con il D.P.R. n. 461/1991, e poi con il D.P.R. n. 217/1998, con indistinto riferimento a tutti i tipi di atti di competenza dell'Autorità, e quindi anche a quelli di natura sostanzialmente normativa.

Sennonché, non può certamente ignorarsi che questi ultimi sono stati fino a tempi recentissimi costituiti da un'unica categoria di atti, ovverosia dalle autorizzazioni in deroga a categorie di intese restrittive della concorrenza vietate: atti alla cui effettiva adozione, per giunta, l'Autorità non ha finora mai avuto occasione di provvedere⁹.

⁶ Cfr., in tal senso, S.A. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, cit., p. 176 ss., la quale peraltro, muovendo dalla riconduzione di tutti i tipi di atti di competenza delle autorità indipendenti ad un'unica «*funzione regolatrice*», argomenta siffatta conclusione non soltanto dalla «*carezza di legittimazione democratica*» delle autorità, ma anche dal carattere normalmente limitato del campo degli interessi destinatario della loro attività normativa. Circostanza quest'ultima, del resto, sottolineata anche da M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, cit., p. 14 ss., quale elemento idoneo ad «*attenuare la portata dell'esclusione prevista dall'art. 13 della l. n. 241/1990*».

⁷ Art. 2, c. 12, lett. h).

⁸ Art. 2, c. 2.

⁹ La natura sostanzialmente normativa di tali atti, previsti dall'art. 4, c. 1, della L. n. 287/1990, viene sottolineata da L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 341 ss., e da

Un rilievo senz'altro maggiore, semmai, sembra rivestire la potestà normativa conferita alla Commissione di garanzia dell'attuazione della L. n. 146/1990 dalla L. n. 83/2000 modificativa di quest'ultima: ovverosia la potestà di deliberare «provvisorie regolamentazioni» rivolte a contemperare, nell'ambito dei servizi pubblici essenziali, l'esercizio del diritto di sciopero o dell'astensione collettiva dalle prestazioni professionali con i diritti della persona potenzialmente confliggenti con tale esercizio. Donde il maggior rilievo anche della concreta applicazione a tali atti, da parte della Commissione, della contestuale previsione legislativa dell'obbligo di consultare, oltre che le parti sociali o direttamente interessate, anche le organizzazioni dei consumatori e degli utenti¹⁰.

Per quanto concerne la spontanea concreta applicazione del giusto procedimento, da parte di *authorities*, anche agli atti di natura normativa, nel periodo considerato sembrano potersi registrare unicamente due casi.

Quello più risalente nel tempo, e del resto anche per così dire più rudimentale, è costituito dall'adozione da parte dell'AEEG, con esplicito richiamo all'autonomia organizzativa ad essa conferita dalla legge n. 481/1995, di un'apposita delibera, la n. 61 del 1997, con la quale veniva disciplinato un procedimento «partecipato» di formazione di *tutti* gli atti normativi o a contenuto generale di sua competenza¹¹.

Il caso più recente, invece, riguarda la Commissione nazionale di controllo sulle società e la borsa (CONSOB), la quale, a partire dal 2001, ha spontaneamente incominciato a seguire, in sede di predisposizione di ciascun atto normativo, una prassi di informazione e consultazione dei soggetti interessati via via sempre più estese ed accurate¹².

2. Segue: le novità legislative e giurisprudenziali del periodo 2003-2007.

M. Clarich, *Autorità indipendenti*, cit., p. 128. A proposito dell'autorità in questione, peraltro, occorre osservare come essa abbia recentemente beneficiato dell'espressa attribuzione legislativa di una vera e propria - ancorché circoscritta - potestà *regolamentare*. I decreti legislativi nn. 145/2007 (art. 8., c. 11) e 146/2007 (art. 27, c. 11), infatti, le hanno conferito il potere di disciplinare «*con proprio regolamento*» le procedure istruttorie, rispettivamente, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita e in materia di pratiche commerciali scorrette. Non risulta tuttavia, si noti, che, in sede di predisposizione dei relativi regolamenti, adottati, rispettivamente, con i provvedimenti n. 17590 e n. 17589 del 15 novembre 2007, abbia avuto luogo, in concreto, alcuna forma di pubblica consultazione.

¹⁰ Nella prassi più recente di regolamentazione provvisoria dell'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, in effetti, è dato registrare, nell'ordine: la *diretta* sottoposizione da parte della Commissione sia alle parti sociali che alle organizzazioni dei consumatori e degli utenti interessate e operanti nel territorio di una «*proposta di regolamentazione provvisoria*»; la successiva formulazione delle osservazioni e dei pareri su tale proposta ad opera delle parti e di dette organizzazioni; la convocazione delle parti in audizione ad opera della Commissione al fine di verificare la loro disponibilità al raggiungimento di un accordo; ed infine, in mancanza di quest'ultimo, la deliberazione da parte della Commissione della regolamentazione provvisoria. Il che è quanto risulta, appunto, dalle premesse (e talora, curiosamente, anche dallo stesso titolo) di una serie di deliberazioni quali: la 06/431, concernente il settore della vigilanza privata; la 06/506, la 07/119 e la 07/156, concernenti il settore del trasporto pubblico locale; la 07/643, concernente il settore delle telecomunicazioni. E ciò, nonostante che, *a stretto rigore*, il nuovo testo dell'art. 13, c. 1, lett. a), della L. n. 146/1990, preveda piuttosto: da un lato, la consultazione delle organizzazioni dei consumatori e degli utenti soltanto con riferimento alla primissima fase della valutazione da parte della Commissione circa l'idoneità delle misure di contemperamento concordemente individuate dalle parti; dall'altro lato, in caso di valutazione negativa, la sottoposizione alle parti di una proposta ad opera della Commissione, la pronuncia delle parti su tale proposta, l'audizione delle parti medesime, ed infine, nel caso di indisponibilità di queste ultime al raggiungimento di un accordo, la deliberazione da parte della Commissione della provvisoria regolamentazione. Sottolinea d'altro canto come i criteri espressamente stabiliti dal medesimo art. 13 per l'esercizio del potere di regolamentazione in questione risultino in realtà tutt'altro che stringenti F. Merusi, *Sul potere di regolamentazione provvisoria della Commissione di garanzia per l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici*, in Riv. it, dir. lav., 2001, p. 21.

¹¹ La delibera in questione, in effetti, risultava adottata «*ai sensi dell'articolo 2, comma 27, della legge 14 novembre 1995, n. 481*», ovverosia della disposizione legislativa che prevede, in particolare, l'autonomia organizzativa dell'Autorità.

¹² Riguardo a tale prassi, ci permettiamo di rinviare a G. Puccini, *La potestà regolamentare della Consob in materia di intermediazione finanziaria alla luce della normativa del testo unico e della sua esperienza attuativa*, in Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti, a cura di P. Caretti, Torino, Giappichelli, 2005, p. 34 ss.

Negli anni fra il 2003 ed il 2007, peraltro, le opinioni dottrinali sopra richiamate sembrerebbero aver trovato un riscontro particolarmente ampio e significativo sia sul versante della legislazione statale che su quello della giurisprudenza, ordinaria e amministrativa.

Sul versante legislativo, in effetti, nel periodo considerato si è assistito all'espressa previsione del giusto procedimento, in termini generalmente alquanto circostanziati, in relazione alla generalità o alla gran parte degli atti normativi di una nutrita serie di *authorities* per lo più dotate di una rilevante potestà di normazione.

Così prima, in conformità con quanto previsto dalla direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio¹³, un'articolata disciplina della preventiva consultazione degli interessati è stata dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche, emanato con il D.Lgs. n. 259/2003, per tutti i quanti i provvedimenti adottati dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) in applicazione del Codice medesimo aventi «*un impatto rilevante nel mercato di riferimento*»¹⁴.

Successivamente, nel Codice delle assicurazioni private, emanato con il D.Lgs. n. 209/2005, per tutti i regolamenti di competenza dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (ISVAP) sono state previste procedure aperte e trasparenti di consultazione¹⁵.

Di lì a poco, nella L. n. 262/2005, con riguardo a tutti i «*provvedimenti [...] aventi natura regolamentare o di contenuto generale*» di competenza della Banca d'Italia, della CONSOB, della Commissione di vigilanza sui fondi pensione (COVIP) e, di nuovo, dell'ISVAP, sono stati espressamente previsti l'obbligo di motivazione e quello della preventiva consultazione degli interessati¹⁶.

Ed analoghi obblighi sono stati previsti infine, sia pur in termini più sintetici, nel Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, emanato con il D.Lgs. n. 163/2006, con riguardo a tutti gli atti di competenza della relativa Autorità di vigilanza¹⁷.

Sul versante giurisprudenziale, d'altra parte, merita intanto registrare la comparsa, nel medesimo periodo, di talune pronunzie della giurisdizione ordinaria e amministrativa implicitamente e significativamente fondate sul presupposto dell'esclusione di qualsiasi incidenza del principio del giusto procedimento sul piano della costituzionalità delle disposizioni legislative attributive di potestà normativa ad autorità indipendenti secondo le modalità *tipicamente* proprie di tale attribuzione.

¹³ Cfr. l'art. 6 della direttiva.

¹⁴ Così viene precisato, appunto, all'art. 11 del Codice, riproducendosi testualmente, al riguardo, la formulazione dell'art. 6 della direttiva 2002/21/CE. In ordine ai provvedimenti in questione si dispone, in particolare, che l'Autorità debba consentire alle parti interessate di presentare le proprie osservazioni sulla proposta di provvedimento entro un termine non inferiore a trenta giorni, a decorrere dalla relativa notificazione, e che il provvedimento di apertura della procedura di consultazione, la proposta di provvedimento ed i risultati della procedura medesima vengano tempestivamente pubblicati sul Bollettino ufficiale e sul sito Internet dell'Autorità.

¹⁵ All'art. 191, c. 4, del Codice, si disponeva appunto: «*I regolamenti sono adottati nel rispetto di procedure di consultazione aperte e trasparenti che consentano la conoscibilità della normativa in preparazione e dei commenti ricevuti anche mediante pubblicazione sul sito Internet dell'Istituto. All'avvio della consultazione l'ISVAP rende noto lo schema del provvedimento ed i risultati dell'analisi relativa all'impatto della regolamentazione è [...]*».

¹⁶ All'art. 23 della legge n. 262, si stabilisce che gli atti in questione «*devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono*» (c. 1), e devono essere altresì «*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*» (c. 2). Si stabilisce inoltre che, ai fini di una definizione del contenuto di tali atti informata al principio di proporzionalità, le autorità in questione «*consultano gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori dei servizi finanziari e dei consumatori*» (c. 2). Per quanto concerne i regolamenti dell'ISVAP, il Consiglio di Stato, sez. VI, nella sentenza n. 5026 del 2008, ha ritenuto che tale disciplina debba considerarsi «*innovativa-sostitutiva [...] e non aggiuntiva*» rispetto a quella precedentemente dettata dall'art. 191, c. 4, del Codice delle assicurazioni private, riportata nella nota precedente. Donde il venir meno dell'obbligo dell'Istituto di rendere noti i risultati dell'AIR all'avvio della consultazione.

¹⁷ All'art. 8, c. 1, del Codice si dispone appunto, fra l'altro, che, «*al fine di migliorare la qualità dei propri atti, l'Autorità utilizza metodi di consultazione preventiva, consistenti nel dare preventivamente notizia del progetto di atto e nel consentire agli interessati di far pervenire le proprie osservazioni, da valutare motivatamente*».

Così, prima ancora che gli atti normativi della CONSOB e della Banca d'Italia venissero espressamente assoggettati dalla L. n. 262/2005 al principio in questione, la prima sezione della Cassazione civile, con le sentenze n. 17602 del 2003 e n. 5743 del 2004, aveva comunque modo di pronunciarsi nel senso della manifesta infondatezza di questioni di costituzionalità sollevate, specie con riguardo alla riserva di legge ex art. 23 Cost., riguardo a disposizioni legislative attributive di potestà normativa, rispettivamente, alla prima ed alla seconda autorità in questione¹⁸. E ciò, appunto, senza che la mancata espressa previsione legislativa del giusto procedimento in ordine all'esercizio di tale potestà venisse minimamente considerata un ostacolo rispetto ad una pronuncia del genere.

Ad analoghe conclusioni di tipo «assolutorio», sempre sotto il profilo del rispetto della riserva di legge, è successivamente pervenuto, dal canto suo, anche il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, prima sezione, nella sentenza n. 5522 del 2007, a proposito della disciplina sostanziale della potestà regolamentare dell'ISVAP dettata dal Codice delle assicurazioni private. E ciò, prescindendosi dal benché minimo riferimento alla sottoposizione dei regolamenti in questione al principio del giusto procedimento precedentemente operata prima dal Codice medesimo, e poi dalla L. n. 262/2005¹⁹.

Ben diversamente invece, sempre nel periodo qui considerato, spiccano tre pronunzie del 2006 della sesta sezione del Consiglio di Stato, la n. 2007, la n. 2201 e la n. 7972, nelle quali, innovandosi decisamente rispetto alla propria precedente giurisprudenza sul punto, si conclude nel senso dell'incidenza del principio del giusto procedimento sul piano della legittimità degli atti normativi e a contenuto generale delle autorità indipendenti, anche in mancanza di un'espressa previsione legislativa in tal senso.

In tali pronunzie, appunto, si perviene senz'altro ad affermare, in via generale, che *«ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi ed amministrativi generali»*.

Tale affermazione, d'altro canto, risulta fondata sull'esplicito richiamo ad entrambi gli aspetti critici, dal punto di vista costituzionale, segnalati dalla dottrina a proposito delle disposizioni legislative attributive di potestà regolatorie alle autorità indipendenti.

Per un verso, infatti, si rileva che *«l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito della responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative»*.

Per un altro verso, giungendosi addirittura a riprodurre testualmente talune considerazioni dottrinali sul punto, si rileva che, *«nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio»*²⁰.

¹⁸ Si trattava in particolare, nel caso deciso dalla sentenza n. 17602 del 2003, della potestà della CONSOB di determinazione specificativa di talune fattispecie comportamentali sottoposte a sanzioni amministrative ai sensi dell'art. 43 del D.Lgs. n. 415/1996 e del corrispondente art. 190 del D.Lgs. n. 58/1998 (testo unico delle disposizioni in materia finanziaria); nel caso deciso dalla sentenza n. 5743 del 2004, di un'analogo potestà della Banca d'Italia di determinazione specificativa di talune fattispecie comportamentali sottoposte a sanzioni amministrative ai sensi dell'art. 144 del D.Lgs. n. 385/1993 (testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia).

¹⁹ In tale pronunzia, del resto, si sottolinea fra l'altro come *«anche per il settore della vigilanza assicurativa il legislatore abbia ritenuto di mutuare la tecnica della delegificazione adottata con successo nelle materie della vigilanza bancaria e dei mercati finanziari»*.

²⁰ Si tratta, per l'appunto, delle medesime espressioni testuali utilizzate da M. Clarich, *Autorità indipendenti*, cit., p. 155. Ed altrettanto può dirsi, del resto, dell'ulteriore rilievo formulato immediatamente dopo nelle pronunzie in questione: *«la dottrina ha sottolineato che si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità*

3. Segue: lacune ed incertezze dell'attuale quadro legislativo.

Ordunque, le rilevanti novità intervenute nel periodo considerato in tema di applicazione agli atti normativi delle *authorities* del principio del giusto procedimento, tanto nella legislazione statale quanto nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, non sono certamente sfuggite alla nostra dottrina, costituendo anzi in genere oggetto di apprezzamenti largamente positivi²¹.

Una più attenta disamina della legislazione e della giurisprudenza in questione, tuttavia, lascia intravedere come il problema dell'incidenza esplicita nel nostro ordinamento dal principio del giusto procedimento in ordine alla validità degli atti normativi delle autorità indipendenti non possa ancora considerarsi interamente e definitivamente risolto, e risulti anzi meritevole di un supplemento di riflessione sul piano dogmatico, il cui adeguato sviluppo esula senz'altro dall'economia del presente lavoro.

Sul versante legislativo, intanto, non può farsi a meno di sottolineare come l'introduzione del giusto procedimento anche per gli atti normativi delle *authorities* non abbia affatto assunto finora, in realtà, una portata totalizzante.

Ben diversamente, invece, da tale introduzione sono rimasti fin qui esclusi, in tutto o in parte, gli atti normativi di più di un'autorità.

Nessuna previsione legislativa al riguardo, intanto, né in via generale né con riferimento a particolari categorie di atti, è attualmente rinvenibile in ordine agli atti normativi del Garante per la protezione dei dati personali (Garante della *privacy*): atti fra i quali sembrerebbero indiscutibilmente rientrare, in specie, le «*autorizzazioni generali*» al trattamento di dati personali²².

Per quanto attiene agli atti normativi dell'AGCOM, poi, giova ricordare il tenore almeno *prima facie* limitativo della disposizione contenuta al riguardo nel Codice delle comunicazioni elettroniche, e sopra richiamata. Salva peraltro l'interpretazione decisamente estensiva che, di tale disposizione, ha inteso effettuare il regolamento adottato in materia dall'AGCOM con la delibera n. 453/03/CONS, prevedendo l'applicazione del meccanismo di consultazione previsto dal Codice ogniqualvolta «*la funzione di regolazione*» appaia «*destinata a tradursi in disposizioni di carattere normativo o a contenuto generale*»²³.

procedurale [...] quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori».

²¹ Cfr. G. Morbidelli, *I regolamenti dell' ISVAP*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni*, a cura di S. Amorosino e L. Desiderio, Milano, Giuffrè, 2006, p. 58; M. Manetti, *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 29-30; D. Siclari, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, Padova, Cedam, 2007, p. 386 ss.; R. Tarchi, *Sub Art. 191*, in *Codice delle assicurazioni private. Commentario al D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209*, a cura di F. Capriglione con la collaborazione di G. Alpa e A. Antonucci, Vol. II, tomo 2°, Padova, Cedam 2007, p. 300; S. Screpanti, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di dir. amm.*, 2007, p. 377 ss.; R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 243-244; F. Politi, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 295 ss.; A. Valastro, *Le autorità indipendenti in cerca di interlocutore*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp. 71-72, p. 76 ss.; S. Sileoni, *Tecniche di regolazione delle autorità amministrative indipendenti: esperienze applicative*, in *Osservatorio sulle fonti 2007. La qualità della regolazione*, a cura di P. Caretti, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 145-146, p. 149 ss.; M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, cit., p. 7. Decisamente critico, invece, nei riguardi dello «*scambio fra legalità "procedurale" e "legalità" sostanziale*», propugnato dal Consiglio di Stato nelle pronunzie testé richiamate, appare N. Bassi, *Principio di legalità e principio della certezza del diritto a confronto nella regolazione amministrativa dei servizi economici generali*, relazione tenuta al convegno su «*La regolazione dei servizi di interesse economico generale*» organizzato dalla Fondazione Cesifin a Firenze il 6 novembre 2009, in www.giustamm.it, pp. 9-10.

²² Previste dall'art. 40 del Codice in materia di protezione dei dati personali. Circa la natura sostanzialmente normativa degli atti in questione, cfr. M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, cit., pp. 14-15; *Autorità indipendenti*, cit., p.127.

²³ Cfr. l'art. 1, c. 1, lett. b), della delibera.

Per quanto attiene agli atti normativi dell'AEEG, d'altro canto, l'unica previsione legislativa certa ed univoca del giusto procedimento resta a tutt'oggi quella, sopra ricordata, specificamente inerente alle direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi.

E del resto, nella stessa recente deliberazione dell'AEEG del 30 ottobre 2009 – GOP 46/09, di approvazione di una più ampia ed aggiornata disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità, sostitutiva di quella precedentemente dettata con la delibera n. 61/1997, nell'indicare in allegato il fondamento normativo di tale nuova disciplina non si è fatto riferimento ad alcuna previsione legislativa specificamente orientata in tal senso, bensì piuttosto, ancora una volta, alla generica previsione legislativa dell'autonomia organizzativa dell'Autorità, nonché alla previsione del D.P.R. n. 244/201 sopra riportata..

Né, infine, può negarsi che la stessa previsione del giusto procedimento per gli atti normativi della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP, contenuta nella L. n. 262/2005, si presti a qualche rilievo dal punto di vista della sua efficacia prescrittiva.

A ben guardare, infatti, tale previsione è stata operata non tramite disposizioni destinate ad incidere direttamente ed immediatamente sul procedimento di formazione di tali atti, bensì tramite disposizioni espressamente qualificate da detta legge come «di principio», la cui attuazione veniva altrettanto espressamente demandata, dalla stessa legge, alla successiva adozione, da parte di ciascuna autorità, di un apposito regolamento²⁴. Apposito regolamento che per l'appunto, si noti, nessuna delle autorità in questione ha finora concretamente adottato²⁵.

4. Segue: *le incertezze dell'attuale quadro giurisprudenziale.*

Il carattere per molti versi incerto e lacunoso di un quadro legislativo del genere, d'altra parte, sembra evidenziare una certa qual delicatezza delle implicazioni di ordine pratico proprie di un indirizzo giurisprudenziale quale quello delineato sul tema dalle tre pronunzie del Consiglio di Stato sopra richiamate.

Com'è del tutto evidente, infatti, una conseguente e rigorosa applicazione di tale indirizzo esporrebbe al rischio dell'annullamento in sede giurisdizionale di tutti gli atti normativi delle autorità indipendenti adottati senza l'applicazione del principio del giusto procedimento anche laddove quest'ultimo non risultasse espressamente recepito dal legislatore. Mancata applicazione, del resto, di fatto tanto più probabile nei casi, come quello degli atti normativi del Garante della *privacy*, in cui l'assenza di una previsione legislativa del principio in questione non sia stata neppure «rimpiazzata», in concreto, dalla sua previsione ad opera di un atto normativo proprio dell'autorità²⁶.

La stessa considerazione di un rischio del genere, peraltro, è tale da suscitare qualche dubbio circa l'effettiva riferibilità dell'indirizzo in questione a qualunque caso di mancata espressa previsione legislativa del giusto procedimento per la formazione degli atti normativi di un'autorità indipendente.

²⁴ Cfr. l'art. 23, c. 4, della legge n. 262.

²⁵ Si osservi peraltro che, al momento di licenziare per la stampa il presente scritto, risulta essere stata finalmente avviata sia da parte della Banca d'Italia che da parte della CONSOB la procedura di consultazione per l'adozione del regolamento in questione.

²⁶ Non risulta in effetti che, finora, sia stata mai effettuata alcuna procedura di pubblica consultazione in sede di predisposizione, da parte del Garante della *privacy*, delle autorizzazioni generali al trattamento dei dati personali: ciò è quanto emerge, del resto, dalla lettura delle premesse delle ultime autorizzazioni generali deliberate dal Garante, ovvero sia le nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7 del 19 giugno 2008. Un procedura del genere, invece, è stata recentemente effettuata dal Garante in sede di predisposizione delle «*Linee guida in tema di Fascicolo sanitario elettronico (Fse) e di dossier sanitario*», adottate con deliberazione del 16 luglio 2009. Si tengano peraltro presenti, in proposito, sia l'attribuzione all'autorità giudiziaria ordinaria, da parte del Codice in materia di protezione dei dati personali, di tutte le controversie inerenti ai provvedimenti del Garante (art. 20, c. 1), sia il ridimensionamento di tale attribuzione recentemente operato dal Consiglio di Stato, sez. VI, con la sentenza n. 5198/2009, secondo cui essa riguarderebbe soltanto i provvedimenti incidenti su diritti soggettivi, e non anche quelli incidenti su interessi legittimi.

Giova osservare, d'altronde, che le pronunzie in esame avevano ad oggetto atti normativi o a contenuto generale dell'AEEG: ovverosia di un'autorità la quale si era munita autonomamente da tempo di una disciplina del procedimento di formazione dei propri atti di siffatta natura includente la necessaria consultazione degli interessati, e la quale, per l'appunto, da tempo si trovava normalmente a praticare tale consultazione. Il che, del resto, era concretamente avvenuto anche nei tre casi decisi da dette pronunzie, salvo l'insufficiente rispetto - a giudizio del Consiglio di Stato - dell'obbligo di motivazione con riguardo alle risultanze di tale consultazione in quello deciso con la sentenza n. 7972/2006²⁷.

In quest'ottica, dunque, il controllo giurisdizionale verrebbe ad avere come oggetto non tanto l'avvenuta effettuazione o meno della consultazione degli interessati, quanto piuttosto l'avvenuto rispetto o meno, in tale consultazione e a seguito di essa, del principio del giusto procedimento inteso nella sua accezione più rigorosamente e compiutamente garantistica: effettiva messa in condizione di tutti i possibili interessati di esprimere efficacemente le loro osservazioni, e adeguata motivazione dell'atto anche in relazione a queste ultime.

Viene allora spontaneo chiedersi a questo punto se, nei casi di specie, il riferimento generalizzato al peculiare modo di essere della potestà di regolazione delle autorità indipendenti non sia soprattutto servito in realtà a corroborare, mediante un'argomentazione particolarmente raffinata dal punto di vista concettuale, e perciò quanto mai persuasiva dal punto di vista retorico, un'applicazione dell'autonoma disciplina procedimentale poc'anzi ricordata in una chiave di massimo dispiegamento operativo del principio in questione.

La formulazione di un quesito siffatto, del resto, risulta vieppiù legittimata dalla lettura di una ancor più recente pronunzia della sesta sezione del Consiglio di Stato, la n. 4558 del 2009, nella quale sembrerebbe piuttosto affiorare la diversa tendenza a considerare come una condizione imprescindibile, ai fini dell'effettivo esercizio del sindacato giurisdizionale sul rispetto del principio del giusto procedimento da parte di un atto normativo di un'autorità indipendente, la sussistenza di un'espressa previsione legislativa di tale principio.

In tale pronunzia, infatti, si giunge a sindacare l'effettivo rispetto del principio in questione da parte di un atto normativo dell'AGCOM soltanto dopo essersi accertato che «*il nuovo quadro regolatorio*», da esso prodotto, «*determina una non negabile ricaduta sul mercato di riferimento*», e che, pertanto, «*la fattispecie viene a ricondursi nell'ipotesi prevista dall'art. 11 del d.lgs. n. 259/2003*». E ciò, si noti, pur in presenza di un atto normativo dell'Autorità che, come sopra ricordato, impone la consultazione delle parti interessate per *tutti* gli atti normativi da essa adottati, e quindi anche al di là dell'ipotesi restrittiva contemplata dal Codice delle comunicazioni elettroniche.

Inquadrato in questa più ampia luce, dunque, il principio del giusto procedimento, con riguardo agli atti normativi delle autorità indipendenti, verrebbe ad esprimere una carica assai meno dirompente sotto il profilo pratico e, al tempo stesso, assai più problematica sotto il profilo dogmatico, rispetto a quella desumibile dalla sola «prima lettura» delle precedenti pronunzie della suprema giurisdizione amministrativa²⁸.

Esso, infatti, sembrerebbe singolarmente profilarsi piuttosto come un principio radicato sì nella «struttura costituzionale», ma destinato a condizionare la validità degli atti normativi delle autorità soltanto attraverso la sua utilizzazione, nella versione più garantista, a fini puramente e semplicemente ermeneutici: ai fini cioè dell'*interpretazione conforme* di quelle disposizioni

²⁷ Nei casi decisi con le sentenze nn. 2007 e 2201 del 2006, invece, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il principio del giusto procedimento fosse stato, in concreto, pienamente rispettato.

²⁸ Che, sul punto in questione, ci si scontri comunque con una «*giurisprudenza piuttosto ondivaga*», è stato recentemente sostenuto da M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, cit., pp. 4-5.

legislative, ovvero di quelle disposizioni varate dalle autorità in chiave di autolimitazione, che abbiano provveduto in qualche modo a recepirlo espressamente²⁹.

²⁹ Circa la non rara utilizzazione a fini squisitamente interpretativi, nella giurisprudenza amministrativa, delle disposizioni costituzionali implicanti il principio del giusto procedimento, cfr. A. Cardone, *Procedimento amministrativo e partecipazione*, cit., pp. 241-242.