

FLAMINIA APERIO BELLA

Professoressa associata di Diritto amministrativo e pubblico presso il Dipartimento di
giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre

flaminia.aperiobella@uniroma3.it

**IL RUOLO DELLE GARANZIE PROCEDURALI A UN SECOLO
DALLA CODIFICAZIONE AUSTRIACA: SFIDE ATTUALI NEL
PRISMA DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE
INDIPENDENTI**

**THE ROLE OF PROCEDURAL SAFEGUARDS A CENTURY AFTER
THE AUSTRIAN CODIFICATION: CONTEMPORARY CHALLENGES
IN THE CONTEXT OF INDEPENDENT ADMINISTRATIVE
AUTHORITIES**

SINTESI

Muovendo da una ricostruzione in chiave storica della procedimentalizzazione dell'attività amministrativa nelle maggiori tradizioni giuridiche occidentali, il contributo si sofferma sul ruolo assegnato al modello austriaco dagli studiosi italiani. La nuova luce posta dalla dottrina contemporanea su questo esemplare modello di «processualizzazione» delle regole del procedimento consente di proiettare entro i confini nazionali la verifica del rispetto di tale standard, con specifico riferimento al fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti. L'analisi prende criticamente in esame alcuni orientamenti che tendono a distorcere la funzione della procedura nello svolgimento delle diverse attività affidate alle *Authority*: da un lato, il «mito» della legalità procedurale quale sede di compensazione del deficit di legalità sostanziale nell'attività di regolazione; dall'altro, la discutibile tendenza ad accogliere una lettura sostanzialistica del diritto al contraddittorio nei procedimenti «singolari». Ne emerge la conclusione che l'ordinamento italiano è ancora lontano da una piena assimilazione del valore della procedura.

ABSTRACT

Starting from a historical reconstruction of the «proceduralisation» of administrative action in the major Western legal traditions, the essay focuses on the role attributed to the Austrian model by Italian scholars. The renewed attention paid by contemporary scholarship to this exemplary model of the «judicialization» of administrative rules also makes it possible to assess, within the national context, the extent to which this standard is respected, with particular reference to the phenomenon of the Independent Administrative Authorities. The article critically examines certain interpretative trends that tend to misrepresent the function of procedure in the exercise of the various powers entrusted to these authorities: on the one hand, the «myth» of «procedural legality» as a means of compensating for a deficit of substantive legality in regulatory activity; on the other hand, the questionable tendency to accept a substantive reading of the right to be heard in «individual» administrative proceedings. The analysis ultimately concludes that the Italian legal system is still far from fully internalizing the value of procedure.

PAROLE CHIAVE: procedura amministrativa – procedimento amministrativo- Autorità indipendenti – legalità procedurale – contraddittorio procedimentale.

KEYWORDS: administrative procedure – administrative proceedings – independent authorities – procedural legality – adversarial principle in administrative proceedings.

INDICE: 1. L'affermazione della centralità del procedimento amministrativo come tendenza comune - 2. La centralità del procedimento amministrativo nei maggiori ordinamenti giuridici occidentali e le peculiarità dell'esperienza austriaca - 3. Il confronto della dottrina italiana tradizionale con il modello austriaco - 4. Apporti dottrinali recenti sulla genesi della legge austriaca sul procedimento: riletture dell'ispirazione processuale - 5. Terreni di frizione tra procedimento e processo nel panorama ordinamentale odierno: il caso delle Autorità amministrative indipendenti - 6. Funzioni delle AAI e procedimento amministrativo: cenni storici - 7. Il mito della c.d. «legalità procedurale». - 8. Il nodo della partecipazione nei (diversi) procedimenti «singolari»: suggestioni guardando al modello austriaco - 9. Spunti conclusivi

1. L'affermazione della centralità del procedimento amministrativo come tendenza comune

Un dato che può considerarsi assodato nella riflessione scientifica giuspubblicistica attiene alla tendenza alla procedimentalizzazione delle decisioni pubbliche. Si tratta di una tendenza generale, anzi generalissima, che coinvolge tutte le

istituzioni delle democrazie liberali¹. A differenza di quanto accade per i processi decisionali delle organizzazioni private, che sono regolati solo nei momenti, per così dire, «apicali» (si pensi agli atti costitutivi, alla scelta dei componenti degli organi collegiali o all'approvazione dei bilanci), per le istituzioni pubbliche l'iter decisionale assume un'importanza fondamentale². Nell'attività dei parlamenti, il procedimento è il cuore del confronto tra le diverse forze politiche. Nell'attività delle corti, lo è il processo. Lo stesso vale per l'attività di cura del pubblico interesse cui è funzionalizzata l'amministrazione.

Non a caso Aldo Mazzini Sandulli, cui dobbiamo la prima ricostruzione dogmatica del procedimento amministrativo nel nostro Paese (1940), prese le mosse proprio dalla diffusa rilevanza del procedimento in ambito legislativo e, ancor più, processuale, per conferire una sistemazione unitaria al fenomeno³.

Il contributo originale della dottrina italiana allo sviluppo del procedimento amministrativo consentì ad altri eminenti Studiosi (come Benvenuti, Pastori e Nigro nonché, tra i processual-civili, Fazzalari) di costruire sul modello teorico consegnato da A.M. Sandulli, così contribuendo, ciascuno con il proprio apporto, a fare del procedimento un istituto centrale del diritto amministrativo⁴, paradigma su cui misurare un nuovo modo di intendere i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione⁵.

1 N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, tr. it. a cura di A. FEBBRAJO, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995.

2 G. DELLA CANANEA, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli, 2019, 63.

3 A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 1940.

4 F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1952, II, 1, 118 ss., oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, 1117 ss.; G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, 1429 ss.; E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 757 ss.; ID., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 821 ss.. Sull'importanza degli studi riguardanti il procedimento nella dottrina italiana, A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4/2010, 761 ss.

5 F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 807 ss., oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, 3223 ss.

Da questo orizzonte concettuale è scaturita, non senza ripensamenti e battute d'arresto, la le. 7 agosto 1990, n. 241, frutto maturo di un dibattito che ha concepito il procedimento come sede di emersione degli interessi in gioco e come strumento essenziale di garanzia del privato nei confronti dell'arbitrio del potere amministrativo. In tale rinnovata prospettiva, le funzioni assolte dal procedimento amministrativo si moltiplicano: strumento di garanzia dei diritti e degli interessi degli amministrati, ma anche mezzo per assicurare che la «voce» di questi ultimi espressa nel procedimento possa influenzare i contenuti della decisione finale⁶, nonché strumento «ordinante» sul piano organizzativo⁷ e forma di legittimazione del potere.

La centralità del procedimento non si arresta, però, entro i confini nazionali, risultando confermata dalla esperienza di molti ordinamenti occidentali in ordine all'emanazione di una legge generale sul procedimento amministrativo.

2. La centralità del procedimento amministrativo nei maggiori ordinamenti giuridici occidentali e le peculiarità dell'esperienza austriaca

In alcune esperienze nazionali la previsione di regole generali del procedimento cui sottoporre l'agire amministrativo ha trovato un riconoscimento legislativo, sia pur embrionale, in tempi molto risalenti: è il caso della legislazione spagnola sulla procedura amministrativa del 1889⁸ nonché, guardando all'Italia

6 M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, oggi in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, Vol. II, Milano, 1996, p. 1413 ss. Più di recente, M.A. SANDULLI, *Presentazione. Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione: un difficile temperamento fra accelerazione e garanzie*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto*, Milano, 2000, 5 ss.; ID., *Introduzione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017; M. D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2000, 1.

7 F. BENVENUTI, *L'impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento (quasi una conclusione autobiografica)*, in *Le Ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, 1995, 1723 ss., oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, 4382 ss. e già G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; ID., *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, 1986.

8 Si trattò di una legge base (per così dire una legge-quadro) che dettava i principi unitari entro cui dovevano muoversi i regolamenti che ciascun Ministero era autorizzato ed emanare in materia. Tra questi figuravano alcuni principi generali ripresi dalla codificazione del 1958 (*Ley de procedimiento administrativo*) come l'audizione obbligatoria delle parti, l'esame degli atti, la

post-unitaria, dell'art. 3 dell'Allegato E della legge 2248 del 1865 (c.d. legge abolitrice del contenzioso amministrativo o l.a.c.), che già conteneva il « germe » di alcune garanzie procedurali imposte alla p.A.⁹. Si trattava di interventi legislativi che ebbero una scarsa eco o che, come accadde nel nostro Paese, furono disattesi in via interpretativa. Interrogandosi sulle ragioni del fenomeno, Mario Nigro rilevò, molti anni dopo, che le garanzie procedimentali sono destinate ad acquistare rilievo in un Paese in cui l'amministrazione abbia un elevato senso di giustizia (e si consideri essa la prima fonte di tale giustizia), il cittadino piena coscienza dei suoi diritti, e, a custodia di tutti, (amministrazione compresa), operi un giudice indipendente: tutti questi elementi mancavano nell'Italia dell'epoca e quindi la soluzione era utopistica¹⁰.

Maggiore seguito hanno avuto le esperienze legislative del '900.

Particolarmente raffinata è stata la codificazione austriaca del procedimento amministrativo del 1925, su cui si tornerà ampiamente *infra*. Creazione di Mannlicher e di Coreth¹¹, costruita sul bagaglio della sistematizzazione della giurisprudenza operata da Tezner¹², la legge generale austriaca riproduceva « *quanto del codice di procedura civile era utilizzabile anche per i procedimenti amministrativi* »¹³. Da un punto di vista strutturale, vi erano cinque apparati normativi: una legge generale sul procedimento amministrativo, una legge sul procedimento amministrativo penale – cioè sulle contravvenzioni amministrative –, una legge sul procedimento amministrativo d'esecuzione e una legge sulla semplificazione delle

notificazione dell'atto come presupposto di efficacia dello stesso. Non mancava, però, una notevole incertezza in tutta la parte relativa ai ricorsi, alla valutazione del silenzio della p.A. e alla determinazione dei termini. Tali inconvenienti, in una con la complessità del quadro del diritto positivo, furono risolti solo con già citata codificazione del secondo dopoguerra (in argomento G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, cit. 384-387).

9 In particolare, l'art. 3 l.a.c. disponeva che le autorità amministrative provvedessero con « *decreti motivati* », oltre che previa ammissione delle « *deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti* » e « *previo parere dei consigli amministrativi che nei diversi casi siano dalla legge stabiliti* ».

10 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 65.

11 E. MANNLICHER, E. CORETH, *Die Gesetze zur Vereinfachung der Verwaltung*, Vienna, 1926.

12 F. TEZNER, *Das Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*, Vienna, 1896.

13 Così H. SCHIMA, *Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 757 ss.. In argomento *amplius* H. SCHÄFFER, *Il procedimento amministrativo in Austria nel XIX e XX secolo (evoluzione, struttura, filosofia)*, in A. GIULIANI, N. PICARDI (a cura di), *L'educazione giuridica, VI – Modelli storici della procedura continentale*, II, Napoli, 1994, p. 587 ss.

leggi amministrative, precedute da una « legge d'introduzione alle leggi sul procedimento amministrativo », deputata a stabilire a quali procedimenti andasse applicata ciascuna legge procedimentale. Il tratto distintivo della legislazione austriaca e del modello di procedura da essa prodotto è stato tradizionalmente individuato nel relativo carattere « giudiziale », ossia plasmato strutturalmente sul processo¹⁴.

Altri sistemi hanno avvertito l'esigenza di dotarsi di una legislazione generale sull'azione amministrativa solo in tempi recenti: la Francia, ad esempio, si è dotata di una legislazione generale delle regole del procedimento solo nel 2015. Una legge generale sull'azione amministrativa ancora manca invece, nonostante alcune proposte parlamentari¹⁵, a livello UE¹⁶.

Discorso a parte meritano le tradizioni di *common law*, ove il riferimento più immediato va all'*Administrative Procedure Act* statunitense del 1946 (su cui si tornerà *infra*), ma non può essere trascurato l'apporto dei ben più risalenti principi anglosassoni dell'*audi alteram partem*, o del *right to be heard*, che, nella tradizione britannica, è ricondotto alla *natural justice*, cioè a un nucleo di garanzie che vanno comunque assicurate all'amministrato, indipendentemente da quanto previsto nelle leggi e riconosciute dalla giurisprudenza delle Corti inglesi fin dal Seicento¹⁷. Coerentemente con la propria tradizione, nel Regno Unito non è mai stato avvertito il bisogno di passare per l'approvazione di una legge generale sul procedimento amministrativo, sicché, a tutt'oggi, il riconoscimento di adeguate garanzie procedurali è assicurato dall'applicazione dei riferiti principi ge-

14 G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, cit., 95 ss.

15 Cfr. risoluzione del 15 gennaio 2013 (2012/2024(INL)) con cui il Parlamento europeo ha raccomandato alla Commissione la presentazione di un regolamento in materia di procedimenti amministrativi dell'UE.

16 In argomento, senza pretese di completezza, cfr. S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, in F. BIGNAMI-S. CASSESE (a cura di) *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, pp. 31 ss.; G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione Europea*, in M.P. CHITI-G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 497 ss. Per la proposta di codificazione G. DELLA CANANEA-D.U. GALETTA, *Codice Renewal del procedimento amministrativo dell'Unione Europea*, Napoli, 2016.

17 M. D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce'* cit.. Per uno studio recente che dimostra ampiamente la collocazione temporale della nascita del diritto amministrativo nel Regno Unito in quegli anni, cfr. P. CRAIG, *English Administrative Law from 1550: Continuity and change*, Oxford, 2024.

nerali di *due process* di *common law*, oltre che dalle scarse norme riferite alle singole agenzie.

Pare significativo, tornando all'esperienza italiana, che, al di là del citato disposto dell'art. 3 l.a.c., ben presto « disapplicato » dagli interpreti, la regolamentazione dell'esercizio dei poteri amministrativi sia rimasta per decenni circoscritta a peculiari tipologie di provvedimenti (espropriazione, pubblico impiego, tributi), la cui emanazione veniva fatta precedere da una serie di adempimenti o formalità *lato sensu* procedurali, a loro volta suscettibili di riflettersi – se carenti – sulla (il)legittimità del provvedimento finale. Per lunghi anni, dunque, le regole procedurali, lungi dal rivestire una rilevanza autonoma, sono state lette e valorizzate esclusivamente in vista della tutela giurisdizionale ottenibile nei confronti dell'atto che precedevano e circoscritte a settori determinati.

3. Il confronto della dottrina italiana tradizionale con il modello austriaco

Passate velocemente in rassegna le esperienze di codificazione di alcuni dei maggiori Paesi occidentali, ai fini di uno studio che si prefigga di valorizzare, a un secolo dalla relativa codificazione, l'apporto delle leggi austriache sul procedimento, appare proficuo tornare entro i confini nazionali per proporre un'osservazione del modello austriaco con gli occhi della dottrina italiana.

Tale prospettiva rivela come il riconoscimento delle esperienze di altri ordinamenti e il confronto con esse (i.e. l'applicazione del metodo comparato nello studio del procedimento amministrativo) abbia incontrato fortune alterne, anche e soprattutto con specifico riguardo all'esperienza austriaca¹⁸.

18 Oltre agli studi di A.M. SANDULLI e di G. PASTORI di cui si tratterà ampiamente *infra* in ragione della particolare attenzione dedicata all'esperienza austriaca, per una riflessione in chiave comparata sul procedimento amministrativo v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 3 ed., Milano, 1993, 93, che nondimeno dedica uno spazio marginale alla codificazione austriaca, non diversamente da M. D'ALBERTI, che concentra su altre realtà nazionali le proprie riflessioni (*Diritto amministrativo comparato, trasformazione dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, I. ed., Bologna, 1992, con riflessioni riadattate alle evoluzioni del contesto in ID., *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, 2019). Si vedano, inoltre, L. TORCHIA (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova, 1993; S. CASSESE, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, in *Foro it.*, 1993, V, 27 ss.; R. CARANTA, *Procedimento amministrativo in diritto comparato*, in *Dig. disc. pub.*, XI, Torino, 1995, 604; A,

Prendendo le mosse dal già citato volume «*Il procedimento amministrativo*», merita ricordare che Aldo Mazzini Sandulli, pur costruendo sugli studi di Cammeo, Miele e Forti, identificò principalmente nelle riflessioni dei processualisti (si allude, soprattutto, al Sistema di diritto processuale civile di Carnelutti del '36) gli spunti più utili allo studio del procedimento amministrativo, per ciò che avevano contribuito a concettualizzare il processo inteso come quella serie di attività, poste espressamente in essere dall'uomo e susseguentisi in regolare successione per il raggiungimento di un determinato effetto¹⁹. Riposa, dunque, proprio sugli studi sul processo, quella che può essere definita come la prima compiuta ricostruzione dogmatica italiana sul procedimento amministrativo in senso formale, ossia come «*nozione che abbraccia l'aspetto dinamico del fenomeno, che si concreta in più momenti nel tempo*».

MASSERA (a cura di), *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007 e ivi in particolare F. MERUSI, *Il procedimento irrealizzato. Dalla legislazione austriaca del 1925 ai giorni nostri*, 11 ss.; G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007. Più di recente G. DELLA CANANEA, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, cit.. Occorre poi dare conto, tra le più generali trattazioni dedicate al diritto amministrativo comparato, quelle che si dedicano specificamente ai temi del procedimento, pur senza riservare uno spazio particolare all'esperienza austriaca: R. SCARCIGLIA, *Diritto amministrativo comparato*, Torino, 2020 e già ID., *Metodi e comparazione giuridica*, Milano, 2016. Sempre rimanendo ai volumi dedicati alla tematica considerata nelle sue linee generali e volgendo lo sguardo alla dottrina straniera, si veda R.J.G.H. SERDEN (eds.), *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States: A Comparative Analysis*, Cambridge, 2007 (ult. ed. 2012); S. ROSE-ACKERMAN, P.L. LINDSETH, *Comparative Administrative Law*, Londra, 2010, in edizione riveduta nel 2019 a cura di S. ROSE-ACKERMAN, P.L. LINDSETH, B. EMERSON, M. RUFFERT (ed.), *Administrative Law in Europe: Between Common Principles and National Traditions*, Amsterdam, 2013. Non possono obliterarsi, da ultimo, i capitoli dedicati al diritto amministrativo nell'ambito di più ampi lavori dedicati alla comparazione (*ex multis* F. BIGNAMI, *Comparative Administrative Law*, in M. BUSSANI - U. MATTEI (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012, 145 ss.). Sulle ragioni della limitata diffusione del modello austriaco v. oggi i già richiamati studi di A. FERRARI ZUMBINI, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo: il modello austriaco*, Napoli, 2020 nonché successivamente lo studio G. DELLA CANANEA, A. FERRARI ZUMBINI, O. PFERSMANN (eds.), *The Austrian Codification of Administrative Procedure. Diffusion and oblivion (1920-1970)*, Oxford, 2023.

¹⁹ Sull'impatto anche culturale che ebbe il Volume si veda A. ROMANO, *Il procedimento amministrativo e il suo impatto sulla cultura giuridica italiana*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Il magistero scientifico di Aldo M. Sandulli nel centenario dalla nascita*, Napoli, 2015, p. 93 ss.

Per quanto qui specificamente interessa, vista tale impostazione, sarebbe apparso logico che il Sandulli attingesse dalla dottrina austriaca che aveva considerato il problema del procedimento dallo stesso punto di vista della dottrina processualistica e che, come ricordato, aveva condotto a una legislazione diretta specificamente ad avvicinare il più possibile lo svolgersi del procedimento amministrativo a quello giudiziario «*in modo da assicurare al cittadino, di fronte alla pubblica amministrazione, garanzie non inferiori a quelle che a lui vengono accordate nello svolgimento della funzione giurisdizionale*»²⁰. La ragione per la quale Sandulli scartò tale opzione ricostruttiva, preferendo muovere dalla teorica dell'atto complesso sono, a ben guardare, legate al panorama normativo, politico e culturale di quel tempo: il contesto ancora acerbo in cui si muoveva l'Autore lo spinse evidentemente a cercare una sistemazione unitaria della materia più che valorizzare a pieno il risultato, non tanto tecnico quanto politico, che l'avvicinamento strutturale tra il procedimento e il processo avrebbe potuto portare tramite l'inserimento di una forma di «contraddittorio» nel procedimento²¹. Ciò non gli impedì, nondimeno, di affermare, nelle premesse al suo lavoro, «*la fruttuosità di una eventuale trattazione unitaria del fenomeno procedurale in tutto il diritto pubblico*», cui l'illustre Autore ricollegava il virtuoso effetto di consentire la comunicabilità di principi «*il cui impiego probabilmente, più che essere limitato alla sfera giuridica cui oggi la tecnica lo restringe, potrebbe trovare utile rispondenza in tutti i casi in cui sia dato riscontrare una situazione giuridica, la quale si venga progressivamente svolgendo nel tempo*»²².

Si colloca alla fine degli anni '60 l'imponente opera con cui Giorgio Pastori, accogliendo gli auspici dei predecessori, si cimentò in una ricostruzione generale della procedura amministrativa per gli atti di natura autoritativa, confrontando le procedure amministrative di ben diciotto ordinamenti alla ricerca di principi comuni²³. La ricerca, commissionata in un momento storico in cui il disegno

20 Così H. SCHIMA, *Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti*, cit., 757 ss.. Sulle ragioni della limitata diffusione del modello austriaco v. oggi A. FERRARI ZUMBINI, *Alle origini*, cit., lo studio curato da G. DELLA CANANEA, A. FERRARI ZUMBINI, O. PFERSMANN (eds.), *The Austrian Codification*, cit.

21 Sia consentito rinviare, *amplius*, a F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo*, cit. 76.

22 Così A.M. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 14 ss., nota 25.

23 G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, cit.

di legge relativo all'introduzione di una normativa generale sul procedimento amministrativo era da tempo «all'ordine del giorno»²⁴, ci restituisce tre diverse concezioni o «fasi» nell'approccio legislativo alla procedura amministrativa. In una prima fase, denominata «concezione economico-organizzativa», la procedura viene percepita come fenomeno «accessorio» e «sporadico», determinato caso per caso, in relazione alle posizioni sostanziali su cui l'atto va ad incidere. Nella seconda fase, della c.d. «concezione giuridica», il legislatore abbraccia un concetto di procedura di rilevanza più generale, benché improntata sull'esigenza di tutela del privato nei confronti del potere pubblico e dunque diretta eminentemente a valorizzare i principi di legalità e giustizia sostanziale quali presidi di attività amministrative postulanti un «contrasto» con le posizioni degli amministrati. I limiti della concezione giuridica, nella ricostruzione dell'Autore, emergono insieme con l'emersione di notevoli deroghe ai principi di procedura, guidate dalla preminenza dell'interesse pubblico (il metodo acquisitivo, il giudicato solo formale e, in ultima analisi, l'applicazione solo eventuale e limitata dei principi del processo giurisdizionale). Ne discende un tendenziale avvicinamento della concezione giuridica del procedimento a quella economico-organizzativa, dal momento che la procedura, lungi dal ricevere una teorizzazione generale, risultava anche in questo caso imposta a seconda del contenuto del provvedimento, ossia solo in

24 Fin dall'11 ottobre 1944, infatti, l'allora Presidente del Consiglio on. Bonomi istituiva una commissione di studi extraparlamentare presieduta da Ugo Forti per la riforma dell'amministrazione, attribuendole, tra l'altro, «il compito della compilazione di una legge generale sulla pubblica amministrazione che raccolga i principi generali, sia pur limitati, comuni ai vari rami di legislazione amministrativa». I lavori furono interrotti dall'intervenuta elezione dell'Assemblea costituente in attesa di tradurre in principi legislativi i nuovi principi costituzionali dello Stato introdotti nella Costituzione. Il neo istituito Ufficio per la riforma amministrativa presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri licenziò un disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati alla seduta del 18 luglio 1956 che tuttavia attese invano di essere preso in considerazione definitiva. Sulle iniziative promosse in sede scientifica e governativa, sui diversi studi preliminari e i numerosi disegni di legge pubblicati fin dagli anni immediatamente successivi alla Costituzione, a testimonianza della necessità dell'emanazione di una legge che disciplinasse in via generale il modo di svolgimento dell'attività amministrativa, per tutti, E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, 3 ss.; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, spec. 53 e ss.; R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pub.*, XI, Torino, 1996, 579 ss.; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, parte generale, II, Milano, 2000.

presenza di effetti sfavorevoli per il privato.

Nella terza e più avanzata fase individuata da Pastori nella c.d. «concezione costituzionale», il legislatore si fa carico di una disciplina globale della «procedura», che diviene fenomeno autonomo, integralmente assimilato dall'ordinamento, nonché privilegiato strumento per conseguire gli obiettivi posti a livello ordinamentale. Nella prospettiva dell'Autore, tale ultima prospettiva spinge a superare la teorizzazione della procedura come fonte di tutela del privato, sostituendo alla classica contrapposizione tra amministrazione e privato, una loro «collaborazione»²⁵. In altri termini, si teorizza un'evoluzione della funzione della procedura: da terreno di tutela del privato a terreno di collaborazione tra privato e pubblico potere. In tale contesto, il potenziamento del procedimento diventa una forma di legittimazione del potere e uno strumento per ottenerne l'obiettivizzazione²⁶.

Se, per riconoscimento dello stesso Pastori, non è sempre possibile ricondurre integralmente lo sviluppo delle norme legislative di procedura di ciascun Paese all'una o all'altra concezione, tanto che si dubita dell'esistenza stessa, nella realtà giuridica, di un modello «puro» di procedura, è indubbio che l'Autore individui proprio nel sistema austriaco, insieme a quello statunitense, i «prototipi»²⁷ cui ispirare l'auspicata codificazione generale delle leggi sulla disciplina generale della funzione amministrativa nel nostro Paese²⁸.

25 Nell'accezione «collaborativa» proposta da Pastori la procedura deve assicurare la possibilità di partecipazione al privato in misura simile (quindi formalmente immutata), se non maggiore rispetto a quella offerta in un'ottica garantista. Si tende quindi ad estendere, all'interno della procedura, la possibilità di acquisire documentazioni, osservazioni, produzioni, che servano a consentire un risultato materialmente obiettivo con la collaborazione della parte, che tuttavia rimane libera di scegliere se offrire o meno la propria collaborazione. Sia consentito rinviare, per più ampi riferimenti, a F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, 89 ss.

26 G. PASTORI, cit., in cui ridondano le prospettive di F. BENVENUTI, già espresse in *Il diritto pubblico dell'economia. L'organizzazione*, Milano, 1958.

27 G. PASTORI, cit., 547.

28 *Ibidem*, 548. L'Autore rileva, in particolare, che al fine di «riportare il diritto dell'amministrazione su un piano di maggiore efficienza e di consonità ai tempi occorre provvedere, e urgentemente provvedere, ad introdurre nel diritto amministrativo sostanziale quella disciplina generale della funzione che sta alla base del diritto costituzionale e di quello giudiziario, in modo da portarne il campo materiale all'unità dei principi e all'uniformità delle norme (che è, ovviamente, garanzia di giustizia sostanziale) e in modo da riportare, nel campo giurisdizionale, il

Nelle conclusioni del suo lavoro, Pastori sottolinea significativamente che, nei due ordinamenti presi a modello, il conferimento all'amministrazione di una disciplina procedurale unitaria abbia condotto all'affermazione di un diritto di partecipazione dei cittadini all'esercizio del potere amministrativo²⁹, con conseguente innalzamento del livello dell'attività amministrativa «*su un piano di altissima civiltà e perciò su un piano di altissimo livello politico e morale*»³⁰. Nel pensiero dell'Autore, risulta esplicito, in particolare, il collegamento tra la disciplina unitaria del procedimento amministrativo e il conseguimento di obiettivi di giustizia, efficienza, nonché di garanzia della democraticità dell'*agere pubblico*³¹.

Anche la dottrina processualistica, dal canto suo, fece tesoro dell'esperienza austriaca e, vista la diffusione dello schema processuale, si sentì investita dello specifico compito³² di sistematizzare e ricondurre a unità le ipotesi in cui le forme del processo, o parti di esso, venivano impiegate per disciplinare attività diverse da quelle giurisdizionali. La riferita dottrina guardava con favore la svolta garantista che aveva portato a traslare, al di fuori dell'ambito giurisdizionale, forme processuali, viste come rimedi, magari preventivi ed *extra ordinem*, contro gli eventuali abusi³³, ma al contempo ne evidenziava i rischi. L'apporto della dottrina in analisi si concentrò, da un lato, nella delimitazione «verso il basso» del concetto di processo in modo da distinguerlo dalle forme che si limitavano ad imitarlo, ossia quelle «*forme diminuite che se processuali non sono, tuttavia non vanno del tutto ripudiate, costituendo un apprezzabile principio di guarentigia*», nonché, dall'altro, nell'individuazione di principi processuali meritevoli di essere trasmessi al di fuori dell'ambito giurisdizionale³⁴.

La legge n. 241/1990, intervenendo diversi anni dopo tali apporti dottrinali, si è collocata in un momento in cui l'interesse per la legislazione austriaca sul

sindacato dei giudici alle più ristrette misure che gli sono proprie e che possono consentirgli la più efficace e penetrante tutela delle posizioni giuridiche dei cittadini» (545-546).

29 G. PASTORI, 550.

30 *Ibidem*.

31 *Ibidem*, 551.

32 E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 757 ss.

33 E. FAZZALARI, *op. cit.*, 867.

34 E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 821 ss.,

procedimento era decisamente diminuito, tant'è che non risulta ispirata a tale modello, rappresentando piuttosto il riflesso di una cultura giuridica interna al nostro ordinamento³⁵.

4. Apporti dottrinali recenti sulla genesi della legge austriaca sul procedimento: riletture dell'ispirazione processuale

Come già accennato, studi recenti hanno riconsiderato la legislazione austriaca sul procedimento amministrativo, approfondendo il relativo rapporto con la giurisprudenza precedente e schiudendo, per tale via, nuove prospettive di osservazione del modello.

In particolare, dall'attento raffronto con le pronunce rese dalla Corte amministrativa dell'Impero austro-ungarico sin dalla fine dell'Ottocento, è emerso che il Codice contenga una trasposizione di istituti e principi già enucleati da lungo corso dalla giurisprudenza, attingendo dal modello processuale³⁶. Ne discende che la codificazione, piuttosto che rappresentare una consapevole opzione per il normativismo kelseniano, che, come noto, affonda le sue radici nella bipartizione delle funzioni dello Stato tra *legis-latio* e *legis-executio*, con conseguente avvicinamento di giudice e amministrazione nel relativo rapporto con la legge³⁷,

35 Condivisibilmente, M.P. CHITI, *The Austrian 1925 General Administrative Procedure Act. A View from Italy*, in G. DELLA CANANEA, A. FERRARI ZUMBINI, O. PFERSMANN (eds.), *The Austrian Codification*, cit., 179 ss., qui 180.

36 A. FERRARI ZUMBINI, *Alle origini*, cit., nonché lo studio curato da G. DELLA CANANEA, A. FERRARI ZUMBINI, O. PFERSMANN (eds.), *The Austrian Codification*, cit.. Per i primi risultati dell'analisi giurisprudenziale cfr. A. FERRARI ZUMBINI, *Judicial Review of Administrative Action in the Austro-Hungarian Empire. The Formative Years (1890-1910)*, in *It. Jour. Pub. Law*, 1/2018, 9 ss. Enfatizzava il rapporto di continuità tra le codificazioni del 1925 e la giurisprudenza del *Verwaltungsgerichtshof* già G. PASTORI, *La procedura*, 95, ove pure si valorizza l'opera di sistemazione e teorizzazione di tali arresti condotta dal Tezner, Presidente di quel Tribunale per molti anni (per tutti, F. TEZNER, *Das Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*, cit.), poi esaurientemente esplorata nei riferiti studi degli ultimi anni.

37 Si deve, come noto, ad H. Kelsen la netta bipartizione tra potere legislativo ed esecutivo, costruita sul fondamento logico-analitico – e non più assiologico – della necessaria «priorità» del primo sul secondo. In particolare, muovendo dall'assunto che può essere applicata solo una regola esistente, nel pensiero dell'A. detta regola deve essere creata prima di poter essere eseguita e solo al momento della creazione della regola diventa possibile una sua applicazione. La descritta ricostruzione e la conseguente affermazione dell'antecedenza logica del potere legislativo, ha avuto il merito di spostare il momento genetico del potere non più al suo esercizio da parte del governo, ma piuttosto alla posizione del comando da parte dell'organo rappresentativo della volontà

pare esprimere una diversa matrice ideologica. I principi e le regole dell'azione amministrativa, in particolare, sono stati forgiati sul modello processuale perché esso rappresentava il substrato più familiare per i giudici del *Verwaltungsgerichtshof*; la relativa trasposizione in diritto positivo avvenuta nel 1925 discese non solo e non tanto da uno spontaneo impulso ad assicurare la certezza del diritto in ottica normativistica, bensì da fattori esterni, come l'esigenza di adempiere agli obblighi assunti nelle contingenze post-belliche³⁸. In tale rinnovata prospettiva, peraltro, si apprezza e valorizza il contributo della codificazione quale fonte di investitura formale dei cittadini dello *status* di soggetti di diritti nella procedura amministrativa³⁹.

In ultima analisi, il modello procedimentale austriaco si presta a una rinnovata lettura: se si è rivelato per decenni adeguato e confacente a un formalismo procedimentale di stampo normativista, volto a garantire la legalità dell'azione amministrativa, oggi si dimostra pienamente rispondente a una concezione sostanziale di tutela procedimentale dei diritti dei singoli in prospettiva di tutela soggettiva⁴⁰.

Senza poter approfondire in questa sede tutti i risultati emersi dalla richiamata «rilettura» del modello austriaco e delle sue origini, ciò che preme evidenziare è che la «processualizzazione» del procedimento amministrativo avvenuta in quell'ordinamento assume un nuovo volto, anche alla luce della valorizzazione delle significative «deviazioni» rispetto al modello processuale, giustificate dalla

popolare. Ne è disceso, in successive riflessioni dell'A., l'individuazione di un rapporto di diretta proporzionalità tra estensione della legislazione in materia amministrativa e la diminuzione dell'arbitrio del monarca, con conseguente affermazione della volontà del Parlamento («Quanto più importanti diventano gl'interessi individuali sui quali incidono le leggi amministrative, quanto maggiore è il potere del parlamento nei confronti del monarca comprensibilmente interessato alla discrezionalità degli organi amministrativi a lui sottoposti, tanto più il procedimento amministrativo si conforma a quello giudiziario», H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, qui consultato in G. CERACI (a cura di), Milano, 1982, 104 ss.). Per approfondimenti su procedimento, processo e separazione dei poteri sia consentito rinviare a F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, cit. 31 ss.

38 Per l'affermazione che la spinta decisiva alla codificazione provenne dalle contingenze post-belliche cfr. G. PASTORI, 96 e *amplius* A. FERRARI ZUMBINI, *Alle origini*, 85 ss.

39 A. FERRARI ZUMBINI, cit. 85 e 119

40 A. FERRARI ZUMBINI, cit. 123.

diversa funzione assolta dal procedimento⁴¹. Spogliata della matrice assiologicamente difensiva, la regolazione procedurale austriaca con specifico riferimento ai diritti di partecipazione (il *Parteiengehör*) dimostra di assolvere (come già intuito da Pastori) anche a una funzione collaborativa. Ciò emerge, ad esempio, dalla disciplina del procedimento istruttorio, diretto al duplice scopo di tutelare i diritti delle parti e accertare la verità dei fatti⁴².

5. Terreni di frizione tra procedimento e processo nel panorama ordinamentale odierno: il caso delle Autorità amministrative indipendenti

Dalla selezione, sia pure incompleta, della letteratura illustrata nelle pagine che precedono emergono diversi limiti alla sovrapposibilità del procedimento al processo. In particolare, se la «contaminazione» del procedimento con le regole processuali è indubbiamente auspicabile nella misura in cui queste ultime contribuiscano effettivamente a «segnare un apprezzabile principio di garanzia»⁴³, essa può esporre a rischi. Del resto, una «congiunzione» (*rectius* «confusione») tra le due funzioni non risultava, come visto, auspicata nemmeno dai promotori del modello procedimentale austriaco.

Il panorama attuale conferma questa lettura, offrendo alcuni terreni di frizione paradigmatici, significativamente legati alla figura delle Autorità amministrative indipendenti (di seguito anche «AAI»), modello organizzativo funzionale che sfida la tradizionale tripartizione tra i poteri dello Stato, giustamente identificato dalla dottrina come uno dei maggiori fattori innovativi nel panorama del diritto costituzionale e amministrativo e nel quadro delle garanzie dei diritti e de-

41 Trattati di discontinuità passati in attenta rassegna in A. FERRARI ZUMBINI, cit. 103 ss. Più in generale, sulle differenze tra forma dell'esercizio della funzione amministrativa e forma dell'esercizio della funzione giurisdizionale si veda F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo*, cit., 98 ss. nonché, con specifico riferimento ai moti di avvicinamento tra i due stilemi a valle dell'entrata in vigore della l. n. 241/1990, 111 ss. nonché A. CLINI, *La giusta procedura nella funzione amministrativa e giurisdizionale*, in Aa. Vv. *Procedura, procedimento e processo. Atti del Convegno, Urbino 14 e 15 giugno 2007*, Padova, 2010, 129 ss. e M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, ivi, 250 ss., in particolare, 267 ss. e già ID., *Il rito sostanziale amministrativo. Parte prima: Contenuto e struttura*, Padova, 2012.

42 A. FERRARI ZUMBINI, cit. 97 ove, in tale prospettiva, si richiama il testo dell'art. 37 della *Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz* (AVG).

43 E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, cit., p. 868.

gli interessi⁴⁴, anche sul fronte procedurale.

Tali soggetti pubblici conosciuti da secoli in altre realtà ordinamentali⁴⁵ e di cui si è registrato «l'erompere» nel nostro ordinamento soltanto a partire dagli anni '90⁴⁶, si caratterizzano infatti, come noto, per essere posti al di fuori dell'amministrazione tradizionale, configurati in modo da non dipendere o da dipendere solo parzialmente dal Governo e composti da organi di vertice con elevate capacità tecniche e professionali, chiamati a regolare, controllare e giudicare determinati settori⁴⁷. Proprio per tali loro caratteristiche, le autorità indipendenti

44 M. D'ALBERTI, *Le autorità indipendenti: quali garanzie?* in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, p. 158.

45 Per una ricostruzione dell'emersione e sviluppo del modello delle *independent agencies* in USA a partire da fine '800, nonché per una demarcazione dei tratti distintivi rispetto al modello affermatosi in Europa, cfr. M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1995, p. 1 ss. Più di recente, per un bilancio a trent'anni dalla diffusione del modello in Italia, cfr. G. NAPOLITANO, *A trent'anni dal 'trapianto' delle autorità indipendenti in Italia: innesto riuscito o crisi di rigetto?*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Milano, 2022, p. 188 ss.

46 Il riferimento va evidentemente ad A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, che costituisce ancora oggi una lettura obbligata per lo studioso che voglia occuparsi del tema (come recentemente ricordato da L. TORCHIA, *Il contributo di Alberto Predieri agli studi sulle autorità indipendenti e sulle banche centrali*, in G. MORBIDELLI (a cura di) *Alberto Predieri: percorsi, profili, insegnamenti*, Bologna, 2022).

47 In argomento, senza pretese di completezza, C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1988, p. 549 ss.; A. MASSERA, «Autonomia» e «indipendenza» nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, p. 449 ss.; G. VESPERINI, *Le funzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banc.*, 1990, I, p. 415 ss.; F. ROVERSI-MONACO, *Note su alcune autorità garanti e sulla tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 257 ss.; F. BASSI, F. MERUSI (a cura di) *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993 e ivi in particolare, per un inquadramento generale, V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle «amministrazioni indipendenti»*, 27 ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (diritto amministrativo)*, cit.; S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di) *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; G. MORBIDELLI, *Procedimenti amministrativi delle «Authorities»*, in A. PREDIERI (a cura di) *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, p. 209 ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1997, p. 6 ss.; F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle c.d. autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. dir.*, 1997, p. 639 ss.; V. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, p. 645 ss.; G. VESPERINI, G. NAPOLITANO, *Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*, Viterbo, 1998; P. PERLINGERI (a cura di), *Authorities e tutela della persona*, Napoli, 1999; M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006,

hanno messo alla prova molte delle categorie tradizionali, non ultimo, il confine tra amministrazione e giudice⁴⁸ e tra procedimento e processo, offrendo una prospettiva privilegiata per proiettare sul fronte dell'attualità la riflessione generale condotta nelle pagine che precedono.

6. Funzioni delle AAI e procedimento amministrativo: cenni storici

Se è vero, come visto sin dalle pagine introduttive delle presenti riflessioni, che la procedimentalizzazione è un tratto che accomuna ogni forma di esercizio delle funzioni dello Stato (nell'attività dei parlamenti il procedimento è il cuore del confronto tra le diverse forze politiche, nell'attività delle corti, lo è il processo), manifestandosi in modo peculiare in seno all'amministrazione pubblica, il fenomeno assume una pregnanza decisiva quando vengano in rilievo le AAI.

Per verificare tale assunto, pare utile evocare un dato storico.

p. 588 ss. Tra i lavori monografici M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, p. 265; M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari, 2007; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009; G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010; F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2011; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012. Più di recente, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, Napoli, 2018; N. VETTORI, *Autorità indipendenti e concentrazione dei poteri: distinzione delle funzioni a garanzia dei diritti*, Napoli, 2024.

⁴⁸ Si allude all'ordinanza del 3 maggio 2018, n. 1, con cui l'AGCM, qualificandosi (per la prima volta) come autorità giurisdizionale «ai limitati fini» degli artt. 1, l. cost. n. 1 del 1948 e 23, l. n. 87 del 1953, ha sollevato questione di l.c. (sull'ordinanza sia consentito rinviare a F. APERIO BELLA, «*Ceci n'est pas une note de jurisprudence*»: riflessioni critiche a margine del tentativo dell'AGCM di farsi giudice a quo, in *Dir. e soc.*, n. 2/2018, p. 281 ss. e alla dottrina ivi citata). Il tentativo descritto è stato, come noto, arginato dalla Consulta, che, con la importante sentenza n. 13/2019, al netto dell'indiscussa imparzialità e indipendenza assicurata da questa Autorità, tanto sul piano soggettivo (come garantito dalle regole di nomina), che alla luce del contraddittorio rinforzato applicato nei suoi procedimenti, ha escluso la relativa assimilabilità a un giudice per difetto di terzietà (sia consentito rinviare, *amplius*, a F. APERIO BELLA, *I riflessi dell'organizzazione sul rapporto tra le istituzioni: l'AGCM quale giudice a quo del giudizio di legittimità costituzionale?*, in *questa Rivista*, 1/2019, p. 211 ss.).

L'esperienza delle *independent agencies* statunitensi (che rappresenta il modello seguito in larga misura da diversi Paesi europei) ci insegna che, proprio nel momento storico in cui il potere delle *agencies* era maggiormente in discussione sul piano politico (anche a causa degli effetti controversi di lungo termine prodotti dalla politica economica espressa nel *New Deal*⁴⁹), si procedette all'approvazione dell'*Administrative Procedure Act*. Nelle intenzioni del legislatore del 1946, la soggezione dell'azione delle agenzie in analisi al rispetto di una sequenza precisa di fasi, con garanzia dell'apporto degli amministratori (inverata in una serie di istituti, compreso un contraddittorio orale formalizzato per alcune decisioni quasi-giudiziali e la possibilità per gli interessati di presentare commenti scritti prima dell'adozione di norme regolamentari), avrebbe consentito all'attività di regolazione (c.d. *rulemaking*) di essere più trasparente e quella decisoria (c.d. *adjudication*) di essere più rispettosa delle posizioni dei destinatari⁵⁰. Ne sarebbe derivato, per quanto qui interessa, un potenziamento del sindacato del giudice sulle *agencies*, intermediato dalla verifica del rispetto delle regole di procedura, nonché, di conseguenza, un argine dell'impatto di queste ultime sulle imprese regolate. Sotto un diverso -e opposto- versante, la previsione di precise regole procedurali rispondeva all'ulteriore esigenza di proteggere l'operato delle *agencies* dal rischio di «cattura», con l'obiettivo di neutralizzare l'influenza su di loro esercitata dalle

49 Le misure economiche assunte per la ripresa dalla grande depressione, muovendo dal ribaltamento degli equilibri tra pubblico e privato, produssero riflessi contrastanti sul fenomeno delle *independent agencies*. Per un verso, il rafforzamento delle strutture amministrative direttamente dipendenti dal Presidente Roosevelt avvenne a scapito delle *independent agencies*, di cui la presidenza mise in evidenza le criticità. Per altro verso, ciò non arginò l'espansione del modello, come dimostra l'introduzione, proprio in quegli anni, di varie nuove autorità, compresa quella chiamata a disciplinare il mercato azionario che si era trovato al centro della grande crisi, con il precipuo scopo di ridare certezze a risparmiatori e investitori. Nondimeno, da più parti era avvertita l'esigenza di arginare questo potere, vuoi per ridurre la discrezionalità riconosciuta alle agenzie, vuoi per proteggere i diretti destinatari dei relativi poteri, cioè le imprese sottoposte a regolazione. La risposta a tale esigenza giunse proprio con l'approvazione dell'*Administrative Procedure Act* nel 1946 (in argomento M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, Enc. giur., Roma, 1995).

50 M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, cit.; Id. *Autorità indipendenti: quali garanzie?* in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, cit., p. 158; S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, cit., 217 ss.

imprese sottoposte a regolazione. Al di là dell'evoluzione che ne conseguì (nel senso del temperamento del rigore procedurale), l'esperienza statunitense dimostra come l'introduzione di regole procedurali (in quel caso, l'introduzione di una legge generale sul procedimento) abbia giocato un ruolo determinante in un momento nodale per l'evoluzione del fenomeno delle *agencies*, contribuendo a preservarne la vitalità.

Il legame che avvince Autorità amministrative indipendenti e le garanzie procedurali è confermato anche avendo riguardo al contributo del diritto europeo allo sviluppo del modello.

Come noto, la comparsa di Autorità indipendenti in Europa è più recente che negli USA e, benché alcune esperienze nazionali abbiano giocato da precursori (Regno Unito e Francia⁵¹), la generalizzazione del modello si deve proprio al diritto dell'Unione Europea, dove la costruzione del mercato unico è passata anche attraverso la creazione di condizioni concorrenziali in mercati che storicamente ne erano privi (*sub specie* quelli delle *public utilities*), con creazione di Autorità nazionali indipendenti, lontane da influenze di natura politica, al fine di evitare possibili abusi del potere economico.

I vari pacchetti dell'Unione per il completamento del mercato interno e la definizione di una cornice regolatoria omogenea in materia di servizi nazionali di pubblica utilità conferma la centralità del procedimento amministrativo: se è vero, infatti, che l'impulso del legislatore europeo all'introduzione di modelli orga-

51 Nel primo contesto ordinamentale, la preesistenza di un'autonoma tradizione di uffici, commissioni e *'tribunals'* anticipa e in qualche modo ispira l'emersione del fenomeno americano delle agenzie indipendenti, costituendo terreno particolarmente fertile per la proliferazione del modello. Coerentemente si sviluppano a partire dagli anni '60 e '70 varie agenzie di regolazione fortemente improntate sul modello americano (si pensi, per tutte, all'istituzione della *Monopolies and Merges Commission* nel 1965), cui fa seguito un'altra significativa ondata all'inizio degli anni '80 in concomitanza con la stagione della privatizzazione delle imprese di servizio pubblico (si pensi agli Offices dedicati alla «Gas Supply» -Ofgas- o all'Electricity Regulation -Offer-). In Francia, diversamente, i primi organismi indipendenti sono diretti specialmente alla tutela di libertà e diritti. Si colloca infatti alla fine degli anni '70 l'istituzione della *Commission nationale de l'informatique et des libertés*, chiamata a vigilare sul corretto trattamento dei dati personali a fronte delle prime minacce degli elaboratori elettronici e degli schedari nominativi (ente che riceve espressamente la qualifica di «*autorité administrative indépendante*» ex art. 11, co. 1, l. n. 1978-17). In argomento, diffusamente, G. NAPOLITANO, *A trent'anni dal 'trapianto' delle autorità indipendenti in Italia: innesto riuscito o crisi di rigetto?*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Milano, 2022, 188 ss.

nizzativi indipendenti dal Governo va di pari passo con le istanze di privatizzazione e liberalizzazione di mercati tradizionalmente dominati dall'intervento pubblico, la «cultura» europea della *accountability* porta con sé anche una particolare attenzione alle garanzie procedimentali⁵².

L'applicazione estensiva degli istituti espressivi del principio di trasparenza, il rigoroso rispetto del contraddittorio procedimentale e l'ossequio all'obbligo di motivazione rappresentano, infatti, strumenti di legittimazione della decisione di volta in volta assunta. Si tratta di una prospettiva cui il legislatore europeo è particolarmente sensibile, stante l'esigenza di sopperire alla debole legittimazione democratica che caratterizza tradizionalmente il funzionamento delle Istituzioni dell'Unione (ad eccezione del Parlamento, cui il Trattato di Lisbona ha conferito un ruolo più centrale).

Il dato storico così brevemente tratteggiato parrebbe indicare, pertanto, che in questo settore più che in altri risulti avvalorato il detto inglese «*freedom grows in the interstices of procedure*»: la regolamentazione procedurale nasce come strumento di libertà e garanzia tanto «nei confronti» delle Autorità quanto «del» potere da esse esercitato.

7. Il mito della c.d. «legalità procedurale»

Delineato, sia pure per sommi capi, il ruolo giocato dalle regole procedurali in riferimento alle AAI in una prospettiva storica, occorre ora focalizzare l'attenzione sulla concreta disciplina delle garanzie procedimentali all'interno del nostro ordinamento.

Il discorso non può che prendere le mosse dal concetto di «legalità procedurale», termine utilizzato per identificare nel procedimento amministrativo, *sub specie* nel rafforzamento della legalità procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di incisive forme di partecipazione degli interessati, una legittima sede di recupero della caduta della legalità sostanziale che interessa principalmen-

52 In argomento M.P. CHITI E A. NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2012, 137 ss.; E. CHITI, *European Agencies' Rule-Making, Powers, Procedures and Assessment*, in *European Law Journal* (2013), 93 ss.

te i poteri di regolazione *Authorities*⁵³. La diffusione del concetto e l'interesse ad esso riservato nel nostro ordinamento impongono di prendere le mosse dall'attività di regolazione⁵⁴ pur nella consapevolezza che, come si vedrà, si tratta di un ambito che resta marginale in un ragionamento che intenda includere una riflessione sul modello austriaco, vista l'assenza, in tale legislazione, di regole specifiche sul procedimento dell'attività di regolazione⁵⁵.

Indiscussa, al contrario, l'influenza giocata dall'*Administrative Procedure Act*, sul cui modello è in effetti stata introdotta, anche nel nostro ordinamento, una procedura di «*notice and comment*»⁵⁶: la proposta di atto regolamentare generale deve essere resa pubblica per consentire agli interessati di esprimersi su di

53 Si vedano, per tutti, L. TORCHIA, *Venti anni di potere antitrust: dalla legalità sostanziale alla legalità procedurale nell'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in C. Rabitti Bedogni - P. Barucci (a cura di), *Vent'anni di antitrust*, Torino, 2010, p. 361 ss.; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 679 ss.; M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999, p. 91 ss. In senso critico M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, www.giustamm.it, 2009. Più di recente F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione dell'economia*, in *Dir. ec.*, 2018, p. 697 ss.; A. CONTIERI, *Deficit di rappresentatività delle autorità indipendenti e legalità procedurale*, in ID., *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, 2021, p. 357 ss., spec. 361-362; G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, n. 4/2021, p. 749 ss.

54 Senza poter approfondire, in questa sede, le numerose criticità che ruotano intorno alla configurazione del potere regolamentare delle *Authorities* e alla relativa collocazione nel sistema delle fonti si v., oltre alle fonti citate nelle note precedenti, F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003; M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, I, Napoli, 2009, p. 191 ss.; V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi della Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI E A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010, p. 75 ss.

55 G. DELLA CANANEA, A. FERRARI ZUMBINI, O. PFERSMANN, *The Austrian Legacy*, in G. DELLA CANANEA, A. FERRARI ZUMBINI, O. PFERSMANN (eds.), *The Austrian Codification of Administrative Procedure*, cit., 242 ss., qui 251.

56 Sull'introduzione della disciplina positiva dell'azione amministrativa come strumento per legittimare la potestà regolatoria del potere esecutivo, a testimonianza del superamento della «*non-delegation doctrine*» v., per tutti A.B. MORRISON, *Administrative Agencies are just like Legislatures and Courts – except when they're not*, in *Adm. Law. Rev.*, 2007, 79 ss.. Guardando entro i confini nazionali, la consultazione preventiva nei procedimenti diretti all'adozione di atti regolamentari e generali è stata effettivamente prevista, ad esempio, per le Autorità di regolazione dei mercati finanziari, con l'art. 23 l. n. 262/2005, per l'AGCom con l'art. 11 d.lgs. n. 295/2003, mentre per l'allora Aeeg risulta introdotta sin dal 1997 (delibera Aeeg n. 61/1997).

essa e l'Autorità, a sua volta, deve tenere conto delle osservazioni acquisite nell'adozione dell'atto di regolazione. Ciò, si badi, in assenza di una speculare previsione da parte della legge generale sul procedimento, che, come noto, esclude dall'ambito di applicazione dell'obbligo di motivazione (art. 3, l. n. 241/1990) e delle regole sulla partecipazione (art. 13, l. n. 241/1990) l'emanazione di atti normativi e amministrativi generali.

Da ciò la diffusione dell'opinione secondo cui l'affidamento di poteri normativi a soggetti indipendenti dal potere politico e sottratti al modello di responsabilità ministeriale di cui all'art. 95 della Costituzione giustificerebbe (e, per certi versi, imporrebbe), la ricerca di «filtri di legittimazione»⁵⁷ alternativi a quelli offerti dal modello di democrazia maggioritaria, rinvenuti, appunto, nella garanzia della partecipazione. La tesi, peraltro, trova sostegno tanto nelle fila di chi guarda con sospetto l'indipendenza delle *Authorities*, che tra i sostenitori della relativa legittimità: da ambo le parti è invalsa l'affermazione che la partecipazione degli amministrati ai procedimenti regolatori costituirebbe una legittimazione democratica «da basso», che consentirebbe alle Autorità di continuare ad esercitare poteri regolatori senza vincoli legislativi troppo stringenti. In sintesi, la partecipazione si candiderebbe quale correttivo sia del *deficit* di legittimazione democratica, sia della perdita della legalità sostanziale.

Se in tale solco si colloca anche la giurisprudenza costituzionale⁵⁸ e amministrativa⁵⁹, merita rilevare che le posizioni più attente, evidenziano con crescente nitore che si tratta di un recupero solo parziale («*in certa misura*»)⁶⁰, vista la non

57 M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 154 ss.

58 Corte Cost., 22 febbraio 2017, n. 69.

59 *Ex multis*, Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201; 11 aprile 2006, n. 2007; 1 giugno 2014, n. 3051; 1 ottobre 2014, n. 4874; 24 maggio 2016, n. 2182; 14 dicembre 2020, n. 7972.

60 Pronunciandosi sulla q.l.c. della l. n. 214/2011 che ha previsto che l'ART sia finanziata con un contributo fissato dalla stessa Autorità con atto «sottoposto ad approvazione da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle finanze», il Giudice delle Leggi ha ritenuto la previsione compatibile con il quadro costituzionale in considerazione del fatto che, a fronte dell'eventuale indeterminatezza di una legge che imponga una prestazione patrimoniale (in apparente spregio della riserva di legge di cui all'art. 23) tale carenza «può ritenersi in certa misura compensata dalla previsione di talune forme procedurali (sentenza n. 83 del 2015) aperte alla partecipazione di soggetti interessati e di organi tecnici» (Corte. Cost. n. 69/2017 cit.). In continuità con tale impostazione, è stato affermato che «Il deficit di legalità sostanziale non può essere «compensato» da una declinazione 'procedurale' del

omogeneità tra predeterminazione legislativa sostanziale delle regole e partecipazione procedimentale⁶¹.

Effettivamente, la cautela è d'obbligo nel tentare di stabilire un nesso fra partecipazione alle attività amministrative e garanzie di democraticità⁶² e ciò vale specialmente quando vengano in rilievo le AAI. Porre un'eccessiva enfasi sulla legalità procedimentale, intesa come correttivo della perdita di legalità sostanziale oltre che del *deficit* di legittimazione democratica delle *Authorities*, rischia di depotenziare la centralità che invece deve continuare a possedere la norma attributiva del potere nel nostro ordinamento democratico⁶³. Ove si prenda «sul serio» il principio di legalità, infatti, non può disconoscersi che l'eccesso di genericità della norma attributiva del potere comprometta irrimediabilmente la verifica dell'esistenza e della validità degli atti concretamente adottati⁶⁴.

principio di legalità (per la quale, invece, Consiglio di Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182), e neppure aggirato con la teoria dei c.d. poteri impliciti...La partecipazione amministrativa, pur segnando il superamento di una visione elitaria ed autoritaria dell'Amministrazione (consentendo agli operatori economici interessati di fare pervenire il proprio contributo informativo e valutativo), non equivale certo all'investitura democratica della legge» (Cons. St., sez. II, 7 marzo 2024, n. 2255).

61 Così Cons. St., sez. VI, n. 7972/2020, cit.; giunge alle medesime conclusioni Id., sez. II, n. 2255/2024, cit.

62 M. D'ALBERTI, *La «visione» e la «voce»*, cit. *passim*; A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019, *passim*.

63 In termini, M. RAMAJOLI, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in *Riv. reg. merc.*, 1/2022, p. 25 ss., qui p. 31 e già ID., *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, 189 ss. Per l'affermazione che esclude che la legittimazione procedimentale, realizzata attraverso le consultazioni possa «sostituire» il rispetto del principio di legalità si veda, tra gli altri, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, p. 460 e di G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 703. In argomento, più di recente, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, in particolare, p. 305 ss.

64 E. BRUTI LIBERATI, *La legalità presa sul serio. La norma come matrice del potere amministrativo*, in E. BRUTI LIBERATI, M. CLARICH (a cura di), *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto. L'opera scientifica di Aldo Travi*, Pisa, 2022, p. 55 ss. Attenta dottrina non ha mancato di raccomandare che «compiti e obiettivi [delle AAI] siano individuati in legge nella maniera più organica e nello stesso tempo sufficientemente precisa così da consentire l'esercizio di un effettivo potere di regolazione e insieme di soddisfare meglio il principio di legalità sostanziale»: G. PASTORI, *I profili giuridici*, in AA.VV., *Il carattere indipendente della*

Come è stato condivisibilmente osservato⁶⁵, del resto, la nozione di legittimazione procedimentale (luhmaniana) elaborata in ambito sociologico e ripresa dagli studi sulla procedura amministrativa indicati in premessa, è ben diversa da quella evocata dalla giurisprudenza in materia di Autorità indipendenti. Mentre la prima attiene alla legittimazione in senso – appunto – sociologico, ossia al riconoscimento di un soggetto come autorità da parte di altri soggetti, la partecipazione al procedimento secondo la giurisprudenza in materia di *Authorities* comporta la facoltà di far sentire la propria voce e di illustrare le proprie ragioni, ma non assicura né la garanzia che queste ragioni siano effettivamente prese in considerazione, né una coerenza temporale fra partecipazione e decisione. Del resto, proprio gli studi storico-sociologici più accreditati hanno sottolineato che in sistemi complessi, nei quali una pluralità di interessi è legittimata a partecipare al processo decisionale pubblico, ciò può risolversi nella disuguaglianza fra amministratori derivante dalla maggiore capacità di negoziazione dei gruppi meglio organizzati, con conseguente pregiudizio (*bias*) dell'amministrazione a favore di tali gruppi.

Con ciò non si vuole evidentemente negare, tornando all'ambito giuridico, che il rispetto delle garanzie partecipative nell'esercizio dell'attività di regolazione contribuisca effettivamente a «segnare un apprezzabile principio di guarentigia», per dirlo con le parole di Fazzalari⁶⁶. Tale garanzia, va aggiunto, si esprime, non già nel senso di evitare il noto fenomeno della «cattura» dell'Autorità di regolazione da parte dei soggetti professionali interessati all'ambito di mercato oggetto di regolamentazione⁶⁷ (che invece può essere paradossalmente favorita, come vi-

regolazione, Milano, 2010, 61 ss., qui 70.

65 A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti*, cit..

66 E. FAZZALARI, *Diffusione del processo*, cit., p. 868.

67 Prospettiva abbracciata anche dalla giurisprudenza, che, in riferimento alla fissazione dei prezzi minimi garantiti per il ritiro da parte del GSE dell'elettricità prodotta da piccole centrali idroelettriche, ha ritenuto che tale processo, fissandosi sui dati forniti dalle imprese, deve consentire la massima partecipazione delle associazioni di consumatori in quanto «solo il rispetto delle garanzie procedurali dovute, e non certo l'adozione di atti a sorpresa, consente di evitare il noto fenomeno della «cattura» dell'Autorità di regolazione da parte dei produttori e dei soggetti professionali interessati all'ambito di mercato oggetto della regolazione» (Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2010, n. 1444).

sto, da una partecipazione più efficace e incisiva dei gruppi più forti⁶⁸), bensì nel senso di innalzare l'efficacia e dell'adeguatezza delle regole così elaborate in chiave «collaborativa». Tanto chiarito, resta fermo che una partecipazione così multi-forme non può compensare *sic et simpliciter* un *deficit* istituzionale sul piano del principio di legalità. Del resto, in giurisprudenza, non mancano casi in cui l'esigenza di dare maggiore ampiezza possibile alla consultazione degli interessati nell'iter regolativo receda di fronte a quella di assicurare celerità e snellezza ai procedimenti di regolazione⁶⁹.

8. Il nodo della partecipazione nei (diversi) procedimenti «singolari»: suggestioni guardando al modello austriaco

Sotto il diverso versante delle funzioni di decisione individuale – c.d. di *adjudication*⁷⁰ – il tema delle garanzie procedurali riveste un ruolo ancor più centrale, anzitutto come argine all'esercizio del potere delle *Authorities*.

Il rapporto piuttosto elastico (*recte* disinvolto) che viene ammesso tra norma attributiva del potere e attività regolatoria, risulta assai meno tollerato quando venga in rilievo l'adozione di misure strettamente amministrative e ciò vale specialmente per l'esercizio di poteri sanzionatori, ambito nel quale, proprio per

68 P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2, 2018, pp. 361 e 391. Criticamente sulla mancanza di un'adeguata ampiezza e varietà nella platea dei soggetti coinvolti nei procedimenti delle Autorità v., da ultimo, M. MANETTI, *Poteri e garanzie (Autorità indipendenti)*, in *Potere e Costituzione* diretto da M. CARTABIA e M. RUOTOLO, Enc. dir., I Tematici, vol. V, Milano, 2023, p. 795-796.

69 Così, ad esempio, pur in assenza di previsioni normative di settore, è stata ritenuta non necessaria la partecipazione ai procedimenti di regolazione nel caso in cui sussistano ragioni di urgenza (TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20 dicembre 1997, n. 2229; sez. II, 19 dicembre 2002, n. 5281; sez. II, 27 gennaio 2003, n. 171), o nell'ipotesi di provvedimenti marginali, volti cioè, ad apportare solo modifiche di scarso rilievo (Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2007, 1822). In argomento, S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2010, p. 947 ss., qui p. 952. Più di recente, sulla partecipazione ai procedimenti regolatori v. anche N. POSTERARO, *Forme e limiti della partecipazione degli interessati ai procedimenti regolatori delle AAI*, in A. CONTIERI - M. IMMORDINO - F. ZAMMARTINO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti tra garanzie e regolazione*, Napoli, 2021, pp. 279 ss.

70 La locuzione, invalsa in dottrina, ricalca già richiamata distinzione rispetto all'attività di *rulemaking* operata dall'*Administrative Procedure Act* per distinguere le *Independent Regulatory Agencies*. In argomento S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE - C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., pp. 217 ss.

rispetto del principio di legalità, non è altrettanto lineare ed automatico concepire «la mancanza di una norma primaria» che «espressamente e preventivamente» preveda simili poteri⁷¹.

Per quanto qui specificamente interessa, occorre muovere dalla considerazione che la partecipazione innanzi alle Autorità per i procedimenti «singolari» dimostra di discostarsi dal modello idealtipico rappresentato dalla l. n. 241/1990, dando luogo a forme particolarmente compiute di «contraddittorio»⁷².

Valga solo qualche esempio: il diritto all'audizione orale dell'impresa sotto indagine previsto innanzi all'AGCM in materia antitrust e in materia di tutela del consumatore. In materia antitrust, come noto, l'audizione si svolge (anche) davanti al Collegio decidente ed è obbligatoria su richiesta delle imprese e gli enti interessati (rimanendo facoltativa rispetto agli «altri soggetti che hanno preso parte al procedimento»)⁷³. In disparte le differenze di regime rispetto al settore della tutela del consumatore, dove solo il responsabile del procedimento è coinvolto

71 È stato affermato che se, in forza della teoria dei cc.dd. poteri impliciti «è consentito ritenere legittimo che, attraverso il contestato regolamento, l'Autorità possa – a fronte di tali condotte antigiuridiche – adottare misure strettamente amministrative volte a prevenire od inibire dette condotte non è altrettanto lineare ed automatico (proprio per rispetto del principio di legalità) ammettere che, a fronte dell'inosservanza di tali misure amministrative, colui che non vi ottemperi per ciò solo debba scontare l'onere di una sanzione pecuniaria in mancanza di una norma primaria che tanto espressamente e preventivamente preveda» (Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4993). Più di recente Id., sez. II, n. 2255/2024, cit., ove si legge «Con riguardo all'esercizio di poteri puntuali ad effetto conformativo, ablatorio e sanzionatorio, non è possibile superare la valenza costituzionale del principio di sottoposizione dell'azione amministrativa di tipo autoritativo a disposizioni legislative provviste di un livello sufficiente di tipizzazione». Cfr. C. CONTESSA, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2018, per l'affermazione che «Per quanto riguarda, invece, l'attività sanzionatoria...Nel settore in esame (come nell'intera materia sanzionatoria) vige, al contrario, uno stretto principio di legalità», p. 13.

72 Senza pretese di completezza v. G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 779 ss.; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016. Oltre ai citati lavori monografici, si vedano M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 1, 2004, p. 59 ss.; M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2010, p. 459 ss.

nell'audizione e la normativa gli riconosce la facoltà («può») di disporla a fronte della richiesta delle parti, salva la possibilità ascoltarle d'ufficio «*ove necessario ai fini della raccolta o della valutazione degli elementi istruttori*»⁷⁴, si tratta indubbiamente di garanzie più avanzate rispetto a quelle assicurate dalla generalità delle amministrazioni pubbliche.

Significativa risulta, altresì, la regola stabilita dalla l. n. 262/2005 (recante «*Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*»), che, all'art. 24, dopo aver fatto rinvio alle disposizioni della l. n. 241/90 sulla partecipazione «*in quanto compatibili*», stabilisce che «*I procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione*». Riflettendo i principi del contraddittorio, di piena conoscenza degli atti e di separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, la disciplina citata – questa volta stabilite a livello di normazione primaria – evoca concetti estranei alla legislazione generale del procedimento⁷⁵, ove, come noto, è previsto un contraddittorio esclusivamente in forma scritta (artt. 7, 8, 10 e 10-*bis*) il mancato ossequio delle garanzie partecipative non giustifica l'annullamento dell'atto ove esso si riveli sostanzialmente corretto sul piano del contenuto

73 Ai sensi dell'art. 14 d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 (Regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato), «*Le imprese e gli enti interessati hanno diritto di essere sentiti dinanzi al collegio. A tal fine, essi presentano apposita richiesta entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione delle risultanze istruttorie. A seguito di detta richiesta, il collegio fissa la data dell'audizione, che è comunicata alle imprese*».

74 L'art. 13 del Regolamento sulle procedure istruttorie nelle materie di tutela del consumatore e pubblicità ingannevole e comparativa (Delibera AGCM 5 novembre 2024, n.31356), per quanto qui rileva, dispone che «*Il responsabile del procedimento, ove ciò sia necessario ai fini della raccolta o della valutazione degli elementi istruttori, o venga richiesto da una delle parti, può disporre che le parti o i terzi siano sentiti in apposite audizioni nel rispetto del principio del contraddittorio, fissando un termine per il loro svolgimento*».

75 E' stata enfatizzata, in particolare, «*la portata innovativa e autonomamente precettiva delle richiamate disposizioni legislative viene conservata e valorizzata ritenendo che il risultato della disciplina in esame sia proprio quello di imporre uno standard di contraddittorio più elevato rispetto a quello già assicurato dalla legge generale del procedimento amministrativo, un livello di contraddittorio che, con riferimento a questa particolare tipologia di procedimenti, il legislatore ha voluto in parte assimilare quello di matrice processuale*» (Cons. St., sez. VI, 26 marzo 2015 n. 1596).

dispositivo (art. 21 *octies*, co. 2), la conoscenza degli atti non è garantita (bensì ottenibile principalmente ad iniziativa dell'interessato mediante il c.d. accesso endoprocedimentale⁷⁶) e la separazione tra istruttore e decisione è solo eventuale (art. 6, co. 1, lett e⁷⁷).

Su questo terreno, l'avvicinamento delle regole procedurali vevoli innanzi alle AAI al modello austriaco appare più significativo. Il «diritto di essere ascoltati» nella legislazione del 1925⁷⁸ si sostanzia, infatti, nel diritto delle parti a «l'affermazione dei loro diritti e interessi» (art. 37, AVG) e implica, con specifico riferimento alla fase istruttoria, che «alle parti è data la possibilità di informarsi del risultato della assunzione delle prove e di pronunciarsi in merito» (art. 45 AVG). La violazione di tali garanzie rende il procedimento e la conseguente decisione illegittimi⁷⁹. Quanto all'audizione orale, parte importante del procedimento investigativo (artt. 40-44 AVG), essa può essere disposta o meno dall'Autorità in funzione del grado di complessità del procedimento. Merita precisare che l'oralità, in tale contesto, non solo testimonia l'ispirazione processuale della codificazione del 1925, ma esprime una funzione fondamentale del procedimento amministrativo austriaco, ossia l'acquisizione di una decisione «orientata al consenso». Il termine «*konsentierter Bescheid*» (letteralmente, «decisione concordata») è ancora molto presente nella dottrina giuspubblicistica austriaca, a dimostrazione che l'oralità è funzionale non solo ad abilitare le parti di rappresentare il loro punto di vista, ma anche a consentire all'autorità un'occasione di discutere la questio-

76 Sull'importanza che riveste la piena conoscenza del provvedimento, del suo contenuto motivazionale e degli atti presupposti al fine di far scattare la decorrenza del termine per ricorrere sia consentito rinviare a F. APERIO BELLA, *Il tempo nel processo sull'atto ai tempi del processo sul rapporto. Questioni e tendenze del processo amministrativo tra Italia, Francia e Germania, I - Decorrenza del termine di impugnazione e ruolo della motivazione dell'atto amministrativo*, Napoli, 2023.

77 Per approfondimenti, se si vuole, APERIO BELLA, *L'istruttoria procedimentale*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 4 ed., Milano, 2023, 485 ss.

78 Qui consultata nella versione tradotta da G. PASTORI, *La procedura*, cit., 102 ss.

79 S. STORR, *The Structure and Main Features of the Austrian General Administrative Procedure Act (AVG)*, in G. DELLA CANANEA, A. FERRARI ZUMBINI, O. PFERSMANN (eds.), *The Austrian Codification of Administrative Procedure*, cit., 38 ss., qui 43, richiamando W. ANTONIOLLI, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1954.

ne ottenendo una maggiore accettazione della propria conseguente decisione⁸⁰.

Senonché occorre rammentare che la disciplina menzionata non riguarda il c.d. procedimento amministrativo penale, ossia le contravvenzioni amministrative, cui, nel sistema austriaco, è riservato un apparato normativo a parte, munito di regole proprie e maggiormente rigorose. Invece, tornando al diritto nostrano, la riferita disciplina si applica indistintamente ai procedimenti di vigilanza e a quelli sanzionatori, vuoi per espressa previsione legislativa (l'art. 24 l. 262/2005 si riferisce tanto ai procedimenti «*di controllo a carattere contenzioso*» quanto a quelli «*sanzionatori*»), vuoi per interpretazione giurisprudenziale⁸¹.

Di più. Nonostante la corretta chiave di lettura fornita da una parte della giurisprudenza amministrativa sin dal 2015, nel senso del necessario ossequio delle garanzie procedurali al massimo grado quando vengano in rilievo provvedimenti sanzionatori⁸², si è registrato un arretramento da parte della giurisprudenza della Cassazione⁸³, nelle cui fila prevale tutt'oggi l'orientamento che reputa corretta «*una lettura sostanzialistica (della tutela del) del diritto al contraddittorio, che richiama il pragmatico canone giuspubblicistico della strumentalità delle for-*

80 S. STORR, *The Structure and Main Features of the Austrian General Administrative Procedure Act (AVG)*, cit., 45.

81 Per una estesa disamina degli apporti giurisprudenziali e dottrinali che hanno contribuito all'affermazione della contiguità e sovrapponibilità tra funzioni di vigilanza e sanzionatorie v. N. VETTORI, op. cit., 106 ss.

82 Il riferimento va alla già citata pronuncia Cons. St., VI, 1526/2015, resa in sede di impugnazione del regolamento Consob recante disposizioni organizzative e procedurali relative all'applicazione di sanzioni amministrative (n. 15086 del 21 giugno 2005, applicabile *ratione temporis*).

83 Si allude alla pronuncia con cui la Cassazione, pronunciandosi in sede di opposizione, ha respinto la censura con cui si denunciava, *inter alia*, la violazione del contraddittorio perché alla base della sanzione Consob oggetto di contestazione erano stati posti atti sui quali gli incolpati non avevano potuto contraddire, affermando che gli eventuali vizi del procedimento non sono autonomamente rilevanti ai sensi dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, in ragione della natura vincolata del provvedimento sanzionatorio e dell'immodificabilità del suo contenuto (Cass. civ., sez. I, 30 giugno 2016, n. 13433 e già sez. un., n. 20929/2009). Per giungere a tale conclusione la Corte si sofferma sul rapporto tra la regola dei cc.dd. «vizi non invalidanti» (introdotta, come noto, nel corpo della l. n. 241/1990 dalla l. n. 15/2005) e la - di poco successiva - regola del contraddittorio sancita dalla riferita l. n. 262/2005, concludendo per la prevalenza della regola generale della non annullabilità dei provvedimenti espressivi di attività vincolata affetti da vizi del procedimento in cui sia palese che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (Cass. civ., n. 13433/2016, cit.).

me»⁸⁴. Su queste basi sono considerati vizi non invalidanti tanto la mancata trasmissione all'interessato della proposta dell'Ufficio Sanzioni, quanto la mancata audizione dell'interessato in fase decisoria qualora sia stato assicurato il contraddittorio scritto⁸⁵. Anche nella giurisprudenza di Palazzo Spada, invero, l'approccio convintamente rigoroso fatica ad affermarsi nelle pronunce più recenti⁸⁶.

Si tratta di un risultato insoddisfacente se comparato alle conquiste raggiunte da un secolo dalla legislazione austriaca, che appare viepiù intollerabile considerata la controversa collocazione istituzionale delle AAI nel nostro ordinamento e la peculiare natura dei procedimenti sanzionatori da esse condotti.

84 Cass. civ. sez. II, 29 ottobre 2021, n. 30772, in cui si legge che «*la doglianza relativa alla violazione del diritto al contraddittorio presuppone la deduzione di una lesione concreta ed effettiva del diritto di difesa, specificamente conculcato o compreso nel procedimento sanzionatorio*».

85 Cfr., rispettivamente, Cass. civ. n. 30772/2021, cit., in cui si legge: «*in tema di intermediazione finanziaria, il procedimento di irrogazione di sanzioni amministrative postula solo che, prima dell'adozione della sanzione, sia effettuata la contestazione dell'addebito e siano valutate le eventuali controdeduzioni dell'interessato; non è, pertanto, violato il principio del contraddittorio nel caso di omessa trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative della Consob o di sua mancata audizione innanzi alla Commissione, non trovando applicazione, in tale fase, i principi del diritto di difesa e del giusto processo, riferibili solo al procedimento giurisdizionale*». Per l'affermazione che la mancata audizione, pur richiesta dall'interessato, non costituisce di per sé motivo di illegittimità della procedura Cass., sez. II, 10 maggio 2018, n. 11300, Id. sez. VI, ord. 7 agosto 2019, n. 21146.

86 Aderisce solo formalmente alla logica dello standard di garanzia più elevato, per poi concludere per l'applicazione, nella sostanza, del meccanismo del 21 *octies* l. n. 241/1990, Cons. St., sez. VI, 17 maggio 2022, n. 3850, relativa a un procedimento sanzionatorio condotto dalla COVIP. Al di fuori dell'ambito sanzionatorio, invece, assumendo una posizione di maggior rigore in continuità con la pronuncia indicata nel testo, si veda Cons. St., sez. VI, n. 7972/2020, che, pronunciandosi su un potere non tipizzato della Consob (ossia la «Comunicazione» Consob che dichiarava la sussistenza di un rapporto di controllo tra Vivendi e TIM, sia ex art. 2359 c.c., che ai sensi dell'art. 93 TUF) ha precisato che «*La non necessità della partecipazione non potrebbe desumersi, come rilevato dal primo giudice, dall'applicazione dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990, il quale dispone che «il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto esercitato*». Si tratta di una norma che ha previsto in generale una «dequotazione della legalità procedimentale» ma, come esposto, in questo caso, si deve realizzare un rafforzamento di tale legalità per compensare la «dequotazione della legalità sostanziale». L'attribuzione, nella fattispecie in esame, di un fondamento costituzionale al diritto di partecipazione impone, nelle parole del Collegio, di interpretare l'art. 21 *octies* l. n. 241/1990 nel senso che esso non possa trovare applicazione.

Quando si verta in materia di procedimenti individuali e affittivi, infatti, non solo non possono essere ammessi arretramenti del principio di legalità dal punto di vista della norma attributiva del potere, ma occorre assicurare anche un rispetto rigoroso delle garanzie procedurali. Garanzie che, peraltro, in base al principio di specialità, dovrebbero essere ricondotte a un modello procedurale diverso da quello applicabile alla generalità dei procedimenti di amministrazione attiva. Se tanto ci insegna la legislazione austriaca del 1925, tornando al diritto nostrano, il rilievo suggerisce di prendere a modello la l. n. 689/1981 piuttosto che la l. n. 241/1990, ove la prima offra garanzie più elevate⁸⁷.

In effetti, se nell'esercizio della funzione di vigilanza il rispetto rigoroso di uno standard di contraddittorio procedimentale più elevato consente alle *Authority* di assicurare una piena garanzia dei diritti delle parti e di favorire un più alto grado di accettazione della decisione⁸⁸, quando vengano in rilievo provvedimenti di carattere punitivo-affittivo esso si impone con forza ancora maggiore, vertendosi in un ambito diverso, che attiva un (altrettanto diverso) quadro di garanzie definite «sostanzialmente penali»⁸⁹ che chiamano in causa non solo l'art. 23 Cost. (riserva di legge per le prestazioni imposte), ma anche l'art. 25 Cost. (in relazio-

87 Per una denuncia dei rischi cui espone la confusione tra funzione di vigilanza e funzione sanzionatoria cfr. N. VETTORI, *Autorità indipendenti e concentrazione dei poteri*, cit., spec. p. 65, la quale, con specifico riferimento a quest'ultima funzione, critica i regolamenti sulle procedure amministrative delle Autorità (spesso adottati con delibere delle stesse) che sottopongono alle medesime regole tutti i procedimenti volti all'adozione di provvedimenti individuali, ivi compresi quelli sanzionatori ai quali, invece, applicando come paradigma l. n. 689/1981, sarebbero riconosciute garanzie più elevate.

88 G. PASTORI, *Profili giuridici*, cit., 71.

89 Si allude al fenomeno del c.d. «abuso» della sanzione amministrativa in luogo di quella penale pur a fronte della sostanziale identità delle misure, efficacemente descritto come «truffa delle etichette» e svelato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo mediante l'applicazione della nozione di sanzione «punitiva» a partire dalla celeberrima sentenza *Engel and others v. the Netherlands* dell'8 giugno 1976. La medesima Corte ha poi esteso l'applicazione dei principi convenzionali propri della materia penale (artt. 6 e 7 CEDU) anche alle sanzioni emanate da alcune Autorità indipendenti. Particolarmente significative per il nostro ordinamento sono state le sentenze *Grande Stevens c. Italia* (sez. II, 4 marzo 2014) e *Edizioni Del Roma società cooperativa a.r.l. e Edizioni Del Roma s.r.l. c. Italia* (sez. I, 10 dicembre 2020). In argomento, oltre ai contributi già citati nel testo, si vedano senza pretese di esaustività v. F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1775 ss. e F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018.

ne alle misure punitive)⁹⁰.

9. Spunti conclusivi

Il caso delle Autorità indipendenti dimostra come nel nostro ordinamento non sia ancora stata pienamente assimilata la rilevanza della procedura e delle sue garanzie, come si confarebbe a un sistema allineato alla «concezione costituzionale» della procedura⁹¹. Tanto può ricavarsi, in primo luogo, dal criticabile orientamento che assegna alla legalità procedurale la capacità di «recuperare» il deficit della legalità sostanziale di cui soffrono i soggetti in parola nell'ambito dell'esercizio della funzione di regolazione, con ciò pretermettendo la «non omogeneità» tra predeterminazione legislativa sostanziale delle regole e partecipazione procedimentale. Nello stesso senso depono l'analisi della postura assunta dalla giurisprudenza nel diverso ambito dell'attività di c.d. *adjudication*. In questo settore, a fronte di una criticabile tendenza ad ammettere una lettura sostanzialistica del diritto al contraddittorio, con conseguente apertura all'applicabilità del meccanismo dei vizi non invalidanti pur a fronte di una disciplina assestata su uno standard di garanzie più elevato rispetto a quello assicurato dalla l. n. 241/1990, si registra una tendenza più generale (anche legislativa) a trascurare le peculiarità dei procedimenti di carattere sanzionatorio rispetto agli altri procedimenti di amministrazione attiva. Anche questo approccio «semplificante» attesta la mancanza del riconoscimento di un valore autonomo e ordinamentale alle garanzie procedurali.

In ultima analisi, l'obiettivo di innalzamento del livello dell'attività amministrativa verso uno *standard* «di altissima civiltà e perciò [...] di altissimo livello politico e morale» prefigurato dalla dottrina citata in apertura risulta ancora un obiettivo da raggiungere⁹². In questo lungo cammino il confronto con l'esperienza austriaca dimostra di essere, nondimeno, ancora prezioso.

90 Si allude all'impostazione che estende al diritto amministrativo sanzionatorio alcune fondamentali garanzie penalistiche in cui possono collocarsi, da ultimo, le sentenze n. 151 del 2021 e n. 260 del 2021 con cui la Corte Costituzionale ha chiarito che l'attività sanzionatoria deve sottostare ad una disciplina, sotto più profili, speciale rispetto a quella che caratterizza l'ordinario agire amministrativo.

91 *Supra*, par. 3.

92 G. PASTORI, *La procedura*, cit. 550.