



Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione

MARIASOLE PORPORA

Motivazione, AIR e  
principio di proporzionalità.  
Una comparazione tra orientamenti giurisprudenziali

P 1/2012

marzo 2012

I paper dell'Osservatorio AIR

P 1/2012

© 2012, Osservatorio AIR

# INDICE

Introduzione.....	5
1. Ordinamenti a piú velocitá.....	6
2. Il contributo della giurisprudenza italiana.....	10
3. La motivazione dell'atto e l'AIR nelle Corti statunitensi.....	18
4. Il Conseil d'État e il principio di proporzionalitá.....	20
5. Conclusioni.....	23

---

Questo documento è soggetto a licenza Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 2.5.

**Citare questo documento come:** M. Porpora, *Motivazione, AIR e principio di proporzionalitá. Una comparazione tra orientamenti giurisprudenziali*, Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it), marzo 2012, P 1/2012.



## Introduzione

«*Il faut renoncer à tout expliquer en disant: le juge contrôle la légalité, non l'opportunité. Bien au contraire, faut-il dire: le juge contrôle la légalité, ce qui peut l'obliger dans certains cas à contrôler l'opportunité*»<sup>1</sup>. Potrebbe apparire sorprendente che proprio un giurista della tradizione francese, che tende a separare rigidamente le prerogative giurisdizionali da quelle amministrative, abbia scritto queste parole, circa cinquant'anni fa. Eppure tale orientamento è quanto mai attuale in qualsiasi settore del diritto amministrativo, da quello della regolazione economica a quello ambientale.

In quest'ultimo campo il *Conseil d'État* francese ha cercato una risposta nuova all'eterna questione circa l'intensità del sindacato giurisdizionale sull'attività dell'amministrazione. Gli strumenti di cui si è avvalso il tribunale francese sono il principio di proporzionalità e l'eccesso di potere; l'ambito è quello dell'analisi costi-benefici.

In particolare sembra che si possa sindacare la ragionevolezza e proporzionalità della misura amministrativa valutando la correttezza del *bilan coûts avantages*, riportata nella motivazione del provvedimento. Essendo peraltro l'analisi costi-benefici una procedura in cui si sostanzia l'AIR, è ragionevole pensare che l'approccio francese possa assurgere a paradigma anche in ambito regolatorio, come dimostra l'ampia giurisprudenza italiana sulle AI, nonché il recente sviluppo giurisprudenziale delle corti statunitensi.

Obiettivo di tale lavoro è dunque, dopo un inquadramento normativo di tali fenomeni, quello di mostrare la sinergia, faticosa e talvolta non perfetta, delle Corti di tali ordinamenti in merito alle possibilità del giudice di rilevazione del vizio sulla modalità di formazione della volontà amministrativa e dunque sulla proporzionalità dell'atto regolatorio. Lo studio cercherà di dimostrare peraltro come, per il raggiungimento di tale risultato, partecipazione degli interessati, motivazione dell'atto e valutazione economica costituiscano una triade inscindibile e imprescindibile, sia per l'Autorità che per il giudice.

---

1 M. WALINE, *Entendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration*, EDCE, 1956, p.28. In maniera analoga la IV sezione del C. di Stato (sentenza 29-04-2002, n. 2281) ha dichiarato che il controllo di legittimità del giudice si estende, grazie all'esame della motivazione, a sindacare l'atto in termini di logicità, razionalità e congruità, affinché non si scada nel mero arbitrio.

## 1. Ordinamenti a piú velocità

In Italia l’AIR ha seguito un percorso travagliato. La sua formale introduzione risale alla legge sul risparmio del 1999<sup>2</sup> e alla direttiva PCM del 27 marzo 2000. Successivamente ha conosciuto un lunghissimo periodo di sperimentazione in cui si sono susseguite normative vaghe e programmatiche, che puntualmente rimandavano ad una sede ulteriore la determinazione dei casi e degli obblighi in cui incorre una amministrazione nel sottoporsi a procedura di AIR. Per quanto riguarda le Autorità Indipendenti, essa è stata estesa ai loro atti nel 2003<sup>3</sup>, mentre nel 2005<sup>4</sup> la si è prevista specificatamente per quelle operanti nel settore della regolamentazione finanziaria. Nel tempo alcune Autorità<sup>5</sup> hanno provveduto, anche senza far riferimento esplicito all’istituto dell’AIR, a dotarsi di regolamenti che le obbligassero a valutare l’incidenza delle proprie decisioni di impatto generale. In particolare l’Autorità per l’Energia Elettrica e il Gas – come da sua stessa dichiarazione – ha abbracciato *in toto* tale procedura e dal 2006 sono stati sottoposti ad AIR numerosi atti. Ultimamente l’AVCP ha adottato un regolamento che non riguarda principalmente, né nomina l’AIR; tuttavia, nel disciplinare la partecipazione, esso indica come fine principale quello di “migliorare la qualità dei propri atti regolatori e valutarne preventivamente l’impatto sul mercato” (art. 2).

Analogamente la Delibera COVIP dell’8 settembre 2011, all’articolo 3 definisce la consultazione un “utile strumento ai fini della definizione dell’opzione regolamentare piú efficiente ed efficace, in relazione alle finalità di vigilanza, e piú proporzionata rispetto alle esigenze dei destinatari” e dunque si impone che vadano indicate le “valutazioni condotte fino a quel momento in merito alle opzioni regolamentari disponibili e ai probabili effetti dell’atto di regolazione sui soggetti [...]”.

Ciò non toglie che la disciplina di questa materia sia prevalentemente affidata a delibere emanate discrezionalmente dalle singole AI, senza che vengano supportate e guidate da una normativa dettagliata generale.

In questo quadro, una svolta si è avuta col D.P.C.M. n. 170 del 2008, che però disciplina l’AIR solo per gli atti normativi del Governo, i quali molto spesso si limitano all’enunciazione di principi generali, lasciando che l’impatto reale sui destinatari derivi da atti di specificazione, a cui però il decreto non si

2 Art. 5, legge 8 marzo 1999, n. 50.

3 Art. 12, legge 29 luglio 2003, n. 22.

4 Con l’art. 23 della legge sul risparmio n. 262 del 28 dicembre 2005.

5 Si pensi ad esempio alla del. GOP 46/09 dell’AEEG, a quella COVIP dell’8 settembre 2011 e al regolamento dell’AVCP, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 243 del 18 ottobre 2011.

applica<sup>6</sup>. Peraltro, anche estendendo la sua applicazione agli atti delle AI, si rimarrebbe comunque perplessi nello scoprire che l’AIR può essere esclusa nei casi di maggiore complessità e ampiezza (art. 9), ossia nel campo in cui in realtà sarebbe più utile e ragionevole compierla. Considerando infatti che anche tali procedure hanno in sé un costo in termini di tempo e risorse, non avrebbe senso sprecarle per regolamenti con un’incidenza trascurabile sui soggetti, mentre sarebbe più efficiente “ammortizzare” quei costi per valutare l’opportunità di atti più significativi. Infine, perché fosse garantito l’effettivo espletamento di queste procedure, il loro risultato dovrebbe essere ricompreso nella motivazione finale dell’atto<sup>7</sup>; essa però, sebbene concepita nei lavori preparatori di Nigro sulla falsa riga dell’*Administrative Procedure Act* statunitense (che la prevede indistintamente per qualsiasi tipo di atto) è stata esclusa nella stesura finale della l. 241/1990 per gli atti generali e normativi (art. 3 e 13).

Considerato poi lo stretto rapporto della motivazione con l’istituto della consultazione, tale previsione non solo ci allontana da alcuni Stati europei che includono queste garanzie persino nelle loro Costituzioni<sup>8</sup>, ma contrasta anche con l’art. 41 della Carta di Nizza, ossia col diritto ad essere ascoltati e con l’obbligo generale di motivazione del provvedimento, anche considerato l’esplicito richiamo della legge n. 241 ai principi comunitari (art. 1). La pregnanza di tale norma peraltro risulta giustificata non solo dall’esigenza peculiare delle istituzioni europee di recuperare il *gap* di rappresentanza diretta che le contraddistingue, ma soprattutto da quella più generale – e dunque estendibile anche alle amministrazioni nazionali – che la regola adottanda non sia più giustificata solo dall’esistenza di un *public interest*, ma che invece debba rispondere anche ad una serie di canoni per essere accettata dall’amministrazione e dai regolati<sup>9</sup>.

Per tali motivi l’esclusione operata dalla legge sul procedimento ha subito poi un’opera di “rimodellamento” da parte degli studiosi, volti a salvare l’intento originale di Nigro considerando

6 Sul punto cfr. A. NATALINI e F. SARPI, *L’insostenibile leggerezza dell’Air*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, n. 3.

7 La ragione del parallelismo in questione, in un’ottica di *better regulation*, è ben resa in un documento del governo britannico – da tempo all’avanguardia nell’utilizzo della metodologia AIR – nel quale la buona regolazione viene definita come “transparent, accountable, proportionate, consistent, targeted only at cases where action is needed” (*Uk Better Regulation Executive (Department for business, innovation and skills)*). Sul punto si v. M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI E N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, il Mulino, 2011).

8 La Costituzione spagnola prevede all’art. 105 “la presenza dei cittadini nel procedimento di elaborazione delle disposizioni amministrative che li riguardano”, il diritto d’accesso, e assicura in generale la partecipazione dell’interessato. Analogamente la Costituzione portoghese, agli artt. 267 e 268 garantisce il diritto dei cittadini di essere informati dell’inizio del procedimento e delle decisioni che li riguardano.

9 Si v. a proposito di questo M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI E N. RANGONE, *La qualità delle regole*, op. cit.

comunque applicabili ai procedimenti di *rulemaking* le garanzie procedurali disposte dalla legge<sup>10</sup>. Le norme in esame sono pertanto state interpretate come un semplice rimando ad una emananda disciplina generale apposita per gli atti normativi e generali. Sebbene siano presenti alcune normative settoriali<sup>11</sup> e delibere di Autorità, non vi è ancora una legge generale al pari della n. 241 che vincoli in modo chiaro le amministrazioni al rispetto dei minimi procedurali per l'attività di *rulemaking*, creandosi così l'occasione di divergenze giurisprudenziali in merito<sup>12</sup>. L'assenza di un preciso obbligo dunque compromette inevitabilmente la tenuta della legge n. 241 anche come legge di principio.

In conclusione, gli sforzi e le spinte avutisi da diverse parti per l'emanazione delle normative in materia di AIR e di motivazione del provvedimento generale non sono stati certo ripagati dal risultato, che dimostra ancora oggi l'eccessiva timidezza con cui tali argomenti vengono affrontati dal legislatore italiano.

Eppure l'urgenza della questione è ampiamente avvertita dai tecnici del diritto a livello globale. Il *Rapport Public 2011 "Consulter autrement, participer effectivement"* del *Conseil d'État* francese suggerisce infatti alle amministrazioni (anche indipendenti) di utilizzare le potenzialità offerte dall'istituto dell'*études d'impact* e di favorire la considerazione effettiva in tali studi delle concertazioni al di là di semplici liste o riassunti, per far sì che «*concertations, études d'impact et consultations ne soient plus des processus séparés mais articulés de manière cohérente et maîtrisée dans le temps*». La raccomandazione del *Conseil* tenta di superare la ristrettezza del quadro offerto dal combinato dell'Art. 39 della costituzione francese con l'art. 8 della Legge Organica N. 2009-403 del 15 Aprile 2009, i quali impongono procedure di valutazione di impatto solamente per gli atti del Governo. Questo ovviamente in base al fatto che è nelle decisioni amministrative di secondo livello che il potere regolatorio si concretizza, mostrando il suo reale impatto, e si spoglia delle connotazioni politiche più macroscopiche, rendendo tale impatto anche

---

10 Secondo la VI sez. del Consiglio di Stato (sent. n. 5105 del 2002), l'interpretazione della legge n.241 non deve essere meramente letterale ma deve tendere alla «ricerca del significato che meglio soddisfi le esigenze conoscitive e partecipative tutelate in via generale dal legislatore».

11 Si pensi alla legge sul risparmio n. 262/2005, o al Codice delle Comunicazioni elettroniche (D. lgs. n. 259 del 2003, frutto del recepimento della direttiva Quadro n. 2002/21/CE del 7 marzo 2002). In particolare, la prima all'art. 23 prevede che «nella definizione del contenuto degli atti generali, le Autorità devono tener conto del principio di proporzionalità e proprio a tal fine devono consultare gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori».

12 Si veda la sentenza del Tar Lazio n. 997 del 4 maggio 1999, in cui si ritiene «inammissibile la domanda [...] volta all'accertamento del diritto a essere consultata da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in quanto tale diritto non è desumibile dalla vigente normativa»; di parere opposto invece una serie di pronunce del Consiglio di Stato tra cui Cons. di Stato, sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215; sent. n. 7972/2006; sent. n. 5105 del 2002.



valutabile più oggettivamente.

Il secondo punto evidenziato nel *Report* auspica la razionalizzazione delle procedure di consultazione, attualmente considerate troppo numerose e formali e saluta come “ambizioso e radicale” l’articolo 16 della cd. legge Warsmann<sup>13</sup> che introduce una nuova procedura generalizzata e informale di consultazione per le amministrazioni, simile alla *notice-and-comment* statunitense, da riportare nella motivazione dell’atto. Analogamente il *Code des postes et des communications électroniques*, nell’adozione delle misure, impone all’ARCEP (*Autorité de régulation des communications électroniques et des postes*) il rispetto dei canoni di obiettività, trasparenza e proporzionalità rispetto agli obiettivi perseguiti; per far questo essa organizza pubbliche consultazioni informali riguardo gli atti adottandi più incisivi, il cui risultato è poi reso pubblico<sup>14</sup>.

A ben vedere tuttavia, il testo della Legge Warsmann se introduce un così rivoluzionario principio - che negli USA esiste già dal lontano 1946 - contiene anche la sua stessa smentita, posto che tale procedura non è cogente ma facoltativa per la maggior parte delle amministrazioni (ma non per le autorità indipendenti). Ad indebolire ancora di più il quadro si inserisce anche l’art. 70 - di contenuto simile al nostro 21 *octies* della legge n. 241/1990 - che consente di invocare davanti al giudice solo le irregolarità partecipative che hanno influenzato concretamente il contenuto della decisione, con le evidenti ricadute sulla motivazione. Le problematiche sorte da tale norma sono simili a quelle scatenate dalla sua omologa italiana ed in particolare preoccupa il ruolo che si trova a dover ricoprire il giudice, che potrebbe collocarsi a due estremi opposti. Tale norma se applicata a fondo costringerebbe il giudice a svolgere un sindacato pieno nell’operare una gerarchia tra consultazioni determinanti e non, e a verificare dunque se gli eventi fattuali posti alla base della decisione siano stati valutati correttamente dall’amministrazione a prescindere dalle consultazioni. Di fronte a tale fardello così pesante il giudice francese potrebbe dunque decidere di portarlo, in contrasto con la tradizionale ritrosia francese a sindacare da vicino le scelte amministrative, oppure molto più probabilmente attenersi allo scopo vero della norma, che è quello di arginare il potere ablatorio del giudice e dunque le garanzie di *accountability* a favore dei terzi. Grazie a tale lettura si capisce dunque come le raccomandazioni offerte dal *Conseil d’État* per il miglioramento delle procedure di valutazione di impatto prescindano dall’assetto offerto dalla legge Warsmann e che il quadro normativo francese assomigli molto di più a quello italiano, lasciato in mano soprattutto alla

13 *Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 “Simplification et amélioration de la qualité du droit”*

14 Art. L 32 -1, comma 3. così modificato dall’*Ordonnance* n°2011-1012 del 24 agosto 2011 . Il sistema delle consultazioni pubbliche è ormai regolarmente usato dall’ARCEP, che le rende disponibili sul proprio sito internet.

normativa settoriale, che a quello statunitense da cui dichiara di prendere spunto.

Come già rilevato infatti non solo in USA dal 1946 l'Administrative Procedure Act impone a qualsiasi amministrazione l'obbligo e non la facoltà di motivare (*section 533*), ma la lettura che ne hanno dato le Corti è stata sempre a garanzia dell'*accountability* delle *agency*, più che a protezione delle stesse avverso i terzi. In più l'ordinamento statunitense dimostra di privilegiare gli strumenti di misurazione dell'impatto regolatorio, tant'è che esso prevede un obbligo di effettuazione della *Cost- Benefit Analysis* (CBA) per le maggiori politiche regolatorie e non solo per gli atti di governo<sup>15</sup>. Peraltro sono le agenzie stesse a produrre in giudizio come prova le CBA effettuate a sostegno della ragionevolezza dell'atto, le quali devono evidenziare i benefici netti per al società derivanti dalla nuova regolazione. Infine, grazie soprattutto all'opera di revisione delle proposte regolatorie svolta dall'*Office of Management and Budget* si registra un evidente intento del governo statunitense di proseguire con l'opera di razionalizzazione degli interventi regolatori, senza tuttavia andare a scapito della trasparenza e *accountability* nei confronti dei privati, la quale in realtà viene favorita grazie all'ausilio di portali informatici per la comunicazione diretta con le agenzie.

L'analisi legislativa globale offre dunque un quadro amministrativo "a due velocità" in cui si privilegia da un lato la snellezza e l'indipendenza e dall'altro l'*accountability* e la proporzionalità nelle procedure regolatorie. Il punto sta nel valutare se nella pratica e nelle Corti tale sistema sia effettivo nonché compatibile con l'assetto di principi che regolano l'agire amministrativo.

## 2. Il contributo della giurisprudenza italiana

Di fronte al quadro legislativo prospettato, ci si deve domandare se le carenze evidenziate siano giustificate da valutazioni di non meritevolezza svolte dal legislatore, o se invece si tratti di lacune che l'interprete è chiamato a colmare, a fronte di un'esigenza costituzionale alla base.

La nostra Costituzione impone il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione (art. 97), oltre ai relativi corollari di efficienza ed economicità, a cui si affiancano i principi generali dell'azione amministrativa come trasparenza, contraddittorio e proporzionalità<sup>16</sup>.

15 Emblematico è inoltre l'*Executive Order* 13, 563 del gennaio 2011 in cui l'amministrazione Obama ha imposto alle amministrazioni, incluse quelle indipendenti, di effettuare valutazioni retrospettive per individuare atti regolatori inutili e procedure per eliminare oneri e costi ingiustificati.

16 Su tale principio si v. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino,

Quanto avviene a livello costituzionale trova riscontro a livello comunitario, attraverso l'art. 41 della Carta di Nizza, che detta i canoni di buona amministrazione, nonché l'art. 296, secondo comma TFUE, che impone l'obbligo di motivazione per tutti gli atti comunitari.

Attestata dunque l'esistenza di un sostrato costituzionale e comunitario, l'operato della giurisprudenza domestica ha riguardato la specificazione e l'approfondimento di tali principi e successivamente il collegamento di essi con gli istituti legislativi che traducono tali interessi.

Fondamentale in tal senso è la sentenza della Corte Costituzionale n. 104/2006 che, dichiarando il principio di pubblicità dell'amministrazione come appartenente alla tradizione costituzionale degli Stati europei, lo ricollega direttamente all'articolo 296 TFUE (allora, art 253 Tr. CE). Esso inoltre viene ritenuto attuativo dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità. Ancora più significativo è il contributo del Consiglio di Stato che, in base ad una lettura evolutiva della Costituzione, dei diritti e delle libertà fondamentali, ha ritenuto che vi sia ricompreso tra essi anche il principio della qualità della regolazione<sup>17</sup>. Basterebbe tale autorevole Parere per dar adito a controlli serrati delle Corti sulla ragionevolezza degli atti amministrativi posti sotto il loro giudizio. In realtà, a prescindere da esso, vi è già una cornice di principi che permetterebbe tale operazioni.

In particolare si pensi al requisito della proporzionalità, elaborato dalla Corte di Giustizia e ricompreso nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>18</sup>. Tale principio, inteso come ponderazione delle posizioni altrui nel raggiungimento dell'interesse pubblico e come minore incidenza possibile delle scelte sui destinatari, costituisce un tassello imprescindibile della *better regulation*. A riprova di ciò lo stesso Consiglio di Stato ha ribadito spesso non solo il pieno riconoscimento di tale principio comunitario anche in ambito nazionale<sup>19</sup>, ma anche la sua necessaria applicazione pratica proprio all'attività delle Autorità Indipendenti<sup>20</sup>. Il Tar Lazio, ad esempio, ha annullato un provvedimento dell'AVCP per la mancata considerazione delle "soluzioni alternative e meno gravose per il settore regolato rispetto a

---

Giappichelli, 2011.

17 Cons. di Stato, sez. cons. atti normativi, parere n. 2024/2007, Piano annuale semplificazione.

18 Proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta il 12 dicembre 2007 a Strasburgo. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona le è stato conferito il medesimo valore giuridico dei trattati; essa è dunque pienamente vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri e si colloca al vertice dell'ordinamento dell'Unione.

19 Cons. di Stato, VI, sentenza n. 1736 del 17 aprile 2007.

20 Si v. Cons. di Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199; Cons. di Stato, sez. VI, 20 giugno 2002, n. 3368.

quella definitivamente adottata”, in violazione della proporzionalità e minore incisività<sup>21</sup>.

La metodologia AIR soddisfa invero questa esigenza, ponendo un “filtro” per far sì che entrino nel circuito regolatorio solamente le misure strettamente indispensabili agli equilibri di mercato e il cui contenuto sia in qualche misura condiviso in via preliminare dagli operatori economici<sup>22</sup>.

In merito a tale ultimo punto la giurisprudenza ha più volte rimarcato il fatto che, in assenza di una diretta responsabilità politica di queste Autorità, «la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio»<sup>23</sup>. Anche in sede di parere il Consiglio di Stato<sup>24</sup> ha considerato legittima l’attribuzione di poteri normativi alle Autorità, sempre che queste si dotino di sistemi di consultazione preventiva e di meccanismi partecipativi in genere. Una delle fasi in cui si sostanzia l’AIR è infatti quella della consultazione degli interessati, di cui si dia conto poi nella motivazione finale.

Tale valore di proporzionalità “democratica”, indubbiamente attribuibile all’istituto della motivazione, non è tuttavia l’unico che giustifica il ricorso da parte delle AI a tali procedure. Indubbiamente infatti esse dovranno quanto meno considerare che il giudice con grande probabilità, quale primo garante dei diritti dei singoli, adotterà tale prospettiva garantista, ma vi sono anche benefici pratici. Ci si riferisce in particolare alla possibilità per l’AI di accedere ad informazioni tecniche detenute dagli *stakeholders* di settore, attraverso i meccanismi di consultazione degli stessi. Tale procedura consente di colmare quella asimmetria informativa di cui l’Autorità soffre, permettendole dunque di arrivare a considerare in modo completo anche la proporzionalità “economica” e l’opportunità della misura, rispetto alle esigenze di

---

21 Tar Lazio, Roma, III, 25 ottobre 2006, n. 192.

22 Ciò non significa che le procedure di partecipazione siano di carattere codecisionale (si v. TAR Lombardia n. 6091/2004). La titolarità della decisione è infatti sempre in capo all’amministrazione, tuttavia è innegabile che una sorta di condizionamento o approvazione indiretta della misura possa giovare anche all’Autorità stessa in termini di stabilità dell’atto, scongiurandone la successiva impugnazione in sede contenziosa.

23 Cons. di Stato, VI, sentenza n. 7972/2006. Si v. anche Consiglio di Stato, VI, n. 2007/2006 e n. 2201/2006. Da ciò si intuisce perché sia stata esclusa dalla legge la motivazione per gli atti normativi e amministrativi generali. In presenza infatti di atti emanati all’interno di una cornice di responsabilità politica, viene come ritenuto implicito il consenso degli interessati. A tale notazione si può però contrapporre il pensiero per cui a fronte di una “delega” ad operare vi è sempre un’operazione di controllo del delegante sull’operato del delegato. Ciò si acuisce quando i meccanismi di responsabilità diretta vengono meno, come nel caso degli organi dell’Unione - che infatti impone la motivazione per qualsiasi tipo di atto - e delle amministrazioni indipendenti. A questa impostazione si possono poi contrapporre le notazioni che Nigro fece confluire nel progetto di legge sul procedimento del 1984, che invece rimarcava l’importanza di questi istituti anche e soprattutto per gli atti complessi come quelli a contenuto generale, emanati da qualsiasi amministrazione.

24 Parere del 6 febbraio 2006 n. 35585.

mercato e all'incidenza dei costi di impatto futuro. La mancata inclusione nella motivazione delle risposte alle osservazioni pervenute, pertanto, non risulta nel caso delle AI solamente un affronto alla "democrazia procedimentale", ma incide concretamente sulla corretta e veritiera valutazione dei presupposti che stanno alla base dell'atto, i quali, in presenza di cd. discrezionalità tecnica<sup>25</sup>, sono ampiamente sindacabili da parte del giudice (C. Stato, sez. IV, 26-09-2001, n. 5064). Da ciò si comprende come la legittimità dell'atto dipenda largamente da una motivazione compiutamente corredata da una analisi di impatto che dia conto precisamente delle opzioni profilatesi in via endoprocedimentale.

D'altra parte però sono noti i rischi di "ossificazione del procedimento" connessi ai doveri di motivare approfonditamente o di dover svolgere analisi di impatto preventive, nonché quelli di cd. "cattura del regolatore"<sup>26</sup>, ossia dell'esercizio da parte degli *stakeholders* economicamente più potenti di pressioni sull'Autorità tali da minarne l'imparzialità.

Si è quindi tentato di arginare l'apporto degli interessati consentendo che nella motivazione del provvedimento non venga data replica, anche per capisaldi, ai contributi dei privati<sup>27</sup>. Si riteneva invero sufficiente una indicazione dei meri "presupposti di fatto e di diritto", non idonei però a dimostrare che vi sia stato un reale ascolto dei privati in sede endoprocedimentale. È chiaro infatti che l'imposizione dell'obbligo di effettuare consultazioni, se non corredata da un parallelo obbligo di darne conto nella motivazione, risulta di fatto lettera morta.

Peraltro, la garanzia dell'indipendenza del regolatore può scaturire proprio dal rispetto della trasparenza: la precisa motivazione dell'atto consentirebbe infatti di seguire minuziosamente l'iter decisionario svolto dall'Autorità in risposta alle proposte avanzate dai privati, lasciando poco spazio a decisioni arbitrarie o eccessivamente influenzate dagli *stakeholders*. A quest'ultimo scopo funge anche l'AIR, poiché permette l'adozione di scelte basate soprattutto su elementi di evidenza empirica.

25 La natura tecnica dell'attività delle Autorità Amministrative indipendenti è stata affermata da molti studiosi, tra cui L. TORCHIA, in *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 145. Il Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 8023/10 ha osservato come «per "tecnico" si intenda un giudizio di qualificazione che appartiene a discipline non giuridiche [...]. Si suole ritenere che la discrezionalità tecnica partecipi della relatività ed evoluzione delle conoscenze, propria dell'esperienza umana e coinvolge regole desunte da c.d. "scienze" (meglio sarebbe dire esperienze o discipline) non esatte. Due caratteri, dunque, la connotano: l'esser essa basata su regole non giuridiche; l'esser essa basata su regole non comprovabili in maniera universalmente accettata e, dunque, su regole opinabili».

26 Hanno illustrato questo aspetto M. CLARICH, in *Le autorità indipendenti nello spazio regolatorio, l'ascesa e il declino del modello*, in *Dir. Pubbl.*, 2004 e M. COCCONI, in *La motivazione degli atti generali delle Autorità Indipendenti e la qualità della regolazione*, su [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it)

27 Cons. di Stato, sezione VI, sentenza n. 1215 del 2 marzo 2010 (Enipower S.p.A. c. Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas e Grtn S.p.A. ed altri).

Pertanto si è più giustamente ritenuto che non si dovrebbe richiedere una risposta puntuale ad ogni singolo intervento, specialmente nei procedimenti a grande ampiezza partecipativa, ma che quantomeno andrebbero individuati e considerati i vari temi sollevati in generale<sup>28</sup>.

Altro pericolo che incombe, nel momento in cui si tenta di dar maggior vigore ad obblighi procedurali di questo genere, è quello dello sconfinamento del giudice a discapito della sfera intangibile di discrezionalità amministrativa.

Questo ha portato talvolta a limitarsi ad un sindacato cd. estrinseco sugli atti delle Autorità, a tutela della loro indipendenza (TAR Lazio, III *ter* n. 5444/2007). Come detto in *incipit*, il giudice valuta la legittimità, non l'opportunità.

Il confine tuttavia non è sempre chiaro, soprattutto quando si tratta del rispetto di norme procedurali poste direttamente a tutela di interessi fondamentali: l'illegittimità scaturente dal mancato rispetto di un vincolo procedurale si riversa dunque in maniera considerevole sul contenuto dell'atto e sulle posizioni dei privati.

A tale proposito, in Cons. Stato, Sez. IV, 23/08/2010, n. 5905 si osserva che “Le norme sul procedimento amministrativo, imponendo l'acquisizione di determinati fatti o di interessi, le modalità di ponderazione degli interessi, i criteri di giudizio, ecc., svolgono una funzione che non è di mera regolazione del *modus operandi*, ma incidono nel contenuto stesso del provvedimento finale, che è connotato e denotato dalle scelte operate nelle fasi precedenti [...] Pertanto, la motivazione è obbligo che viene rispettato non solo quando è l'atto finale ad essere compiutamente giustificato ma, soprattutto nei casi in cui la normativa non impone modi di esternazione delle ragioni particolarmente analitici o quando si viene a collidere con la discrezionalità tecnica dell'amministrazione, quando le regole procedurali vengano accuratamente seguite, in modo tale che si possa ragionevolmente ritenere che gli organi pubblici abbiano agito sotto un velo di ignoranza sull'esito finale del loro operato, così escludendo parzialità ed inefficienze”.

Analogamente, il Consiglio di Stato ha affermato il proprio controllo sugli atti di discrezionalità tecnica (quali gli atti regolatori delle AI), la necessità che anch'essi siano motivati<sup>29</sup> e la loro sindacabilità anche sotto la forma dell'eccesso di potere<sup>30</sup>.

Recentemente si è chiarito che «Le tradizionali formule, che limitavano il sindacato giurisdizionale di legittimità sugli atti discrezionali all'esatta rappresentazione dei fatti ed alla congruità dell'iter logico

28 In questo senso: Cons. di Stato, sez VI, 7972 del 27/12/2006.

29 Sentenza n. 699/1999. Si v. anche Cons. di Stato, sez. VI, 1.3.1996 n. 287; Cons. di Stato, sez. V, 14.6.1996 n. 705.

30 Cons. di Stato, sez. IV, 8/9/1997 n. 955.

seguito dall'autorità emanante il provvedimento, debbono ritenersi superate dai parametri di attendibilità della valutazione, frutto di discrezionalità tecnica, e di non arbitrarietà della scelta, ove sia stata esercitata una discrezionalità amministrativa» (C. di Stato, Sezione VI, 27/04/2011 n. 2482).

A tal riguardo, una sentenza riguardante l'AGCM (Cons. Stato, VI, 16 marzo 2006 n. 1397) ha effettuato una ricognizione importante circa il sindacato possibile da parte del giudice amministrativo sui tali atti.

Ribadendo innanzitutto l'impossibilità di andare a sostituire una propria valutazione con quella effettuata dall'Autorità, ha ritenuto comunque possibile il suo sindacato sui «fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità Antitrust [...] sotto il profilo della verità degli stessi». Pertanto, il giudice può ben valutare la palese inadeguatezza della norma in base ad un sindacato di «ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica».

Queste considerazioni potrebbero aprire un varco di tutela per i soggetti incisi da un atto affetto da motivazione o Analisi viziata. La sentenza infatti specifica che la valutazione sui fatti viene fatta ricorrendo a regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione, grazie anche alla «valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Autorità e delle prove a difesa offerte dalle imprese, senza che l'accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione». Sembra pertanto possibile che, attraverso il raffronto tra le allegazioni delle parti e la CTU il giudice possa andare a sindacare concretamente quegli elementi di cui la perizia si occupa. Si pensi ad esempio alle valutazioni espresse tramite l'analisi costi-benefici, spesso di carattere essenzialmente economico<sup>31</sup>. L'Economia fa parte delle discipline cd. opinabili, caratteristica che ha portato spesso il giudice a non spingere la propria cognizione sino a valutare gli apprezzamenti compiuti in tale ambito (TAR Lazio, III ter, n. 6440/2009). In realtà è stato chiarito come questo dato non elimini né la possibilità per il giudice di verificare la manifesta ragionevolezza della valutazione, né il carattere tecnico di essa. A tal proposito, la giurisprudenza *antitrust* ha chiarito che il sindacato del giudice «si estende sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame<sup>32</sup>».

31 Ciò non toglie che un atto di regolazione non vada ad incidere solamente in termini economici e che dunque l'analisi dovrebbe ricomprendere anche profili più ampi, ad esempio di carattere sociale. Questo peraltro introduce una variabile di indeterminazione circa la presumibilità degli effetti della regolazione, considerando anche che gli operatori non sempre si comportano in modo razionalmente calcolabile. Per un approfondimento si v. M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI E N. RANGONE, *La qualità delle regole*, op. cit.

32 Cons. di Stato, VI, 8 febbraio 2007, sentenza n. 515. V. anche Cons. di Stato, VI, n. 926/2004, Buoni pasto



In questo senso dunque l'atto può salvarsi dalla censura di eccesso di potere solo nel momento in cui riporti nella motivazione anche una corretta valutazione economica, scaturente dall'Analisi effettuata dall'Autorità.

Tenuto conto però del *deficit* conoscitivo di cui soffre l'amministrazione, è chiaro che le valutazioni economiche, devono trovare necessariamente una qualche base nell'apporto collaborativo dei privati per essere considerate sufficientemente fondate dal giudice. Il bilancio costi- vantaggi infatti è strettamente legato alla realtà fattuale su cui va incidere, di cui i privati sono i principali conoscitori.

L'utilità di un determinato atto dunque non va verificata in astratto, ossia tramite la rispondenza ad un generico *public interest*, ma tramite un bilanciamento in concreto; anche il Consiglio di Stato si è mosso nella stessa direzione, reputando necessario che un'Autorità effettui un controllo di proporzionalità sugli atti che intende emanare (Cons. di Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199). Inoltre si è detto che «l'apporto partecipativo del destinatario dell'atto finale, in quanto le determinazioni costituiscono la risultante dell'applicazione di tecniche a conoscenza di tutti gli operatori del settore o della qualificazione di fatti dei quali l'amministrazione può avere una conoscenza solo parziale o erronea... può essere particolarmente utile»<sup>33</sup>.

Trasponendo in campo regolatorio i fondamentali di queste sentenze si nota dunque una stretta dipendenza tra proporzionalità della misura, correttezza dell'analisi costi-benefici e consultazione dei privati.

Si potrebbe allora dire che in campo regolatorio impone, come prevede l'orientamento ormai dominante, l'audizione dei privati (e la considerazione dei loro contributi nella motivazione) impone di conseguenza al giudice di valutare anche il profilo economico della decisione; viceversa, la presenza dell'analisi costi-benefici all'interno della motivazione automaticamente consente al giudice di verificare se essa sia supportata da una corretta analisi del fatto, grazie anche al contributo dei privati. A conferma di questo, si è affermato che «l'esercizio della discrezionalità tecnica deve essere adeguatamente motivato essendo suscettibile di sindacato, in sede di legittimità, da parte del giudice amministrativo, sia per vizi logici, sia per errore di fatto, sia per travisamento dei presupposti, sia per difetto di istruttoria, sia, infine, per cattiva applicazione delle regole tecniche»<sup>34</sup>.

Il passaggio ad un sindacato cd. intrinseco, pur avendo comportato una certa erosione del merito

---

Consip.

33 Cons. giust. amm. sic., 26.4.1996 n. 110.

34 Cons. di Stato, sez. VI, 1.3.2002, n. 1259, in Foro amm. - Cons. St., 2002, 704.



amministrativo rispetto al passato<sup>35</sup>, non significa però che il giudice, nel censurare l'atto, abbia di fatto il potere di sostituirsi all'amministrazione. Egli infatti non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sotto ogni profilo (così Cons. di Stato, sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 595, n. 597; 8 febbraio 2008 n. 424).

Del resto, se è vero che l'esercizio del potere regolatorio è di tipo argomentativo, più che espressivo di una stretta logica aristotelica, ciò significa che l'Autorità può operare attraverso molteplici modalità d'azione; pertanto la censura del giudice non indica l'unica alternativa possibile, e dunque una via obbligata all'Autorità, ma le impone semplicemente di ripetere nuovamente il processo valutativo precedente all'adozione dell'atto.

L'obbligo conformativo comporta infatti che, nelle successive ponderazioni l'AI debba attenersi alle prescrizioni del giudice; tuttavia se già la stessa Autorità di regolazione soffre, nel settore in cui è competente, della cd. asimmetria informativa, si può ritenere che a maggior ragione il giudice non sia in grado di sostituirsi integralmente ad essa per quanto riguarda le determinazioni di carattere economico. Ne consegue che le conclusioni a cui egli approda tramite CTU non vanno comunque a coprire tutte le valutazioni specifiche che una Autorità è chiamata ad effettuare nel corso dell'adozione di un atto. Ciò conferma che la possibilità del giudice di sindacare il fatto e dunque la proporzionalità delle scelte economiche dell'Autorità non pone comunque in pericolo l'area di discrezionalità ad essa riservata, ma detta semplicemente certi *standard* circa i modi di sua esplicazione. È quanto avvenuto ad esempio ad opera del Tar Lazio verso la CONSOB<sup>36</sup>, o per mano anche del Consiglio di Stato in materia di *antitrust*<sup>37</sup>.

Infine, anche per i fautori di un sindacato più distaccato, che non intacchi in maniera diretta le valutazioni economiche delle Autorità, gli istituti posti a garanzia di una motivazione "sostanziale" potrebbero giocare un ruolo fondamentale. Si tenga presente infatti la posizione di neutralità ricoperta da una Autorità di regolazione, che assume decisioni riguardanti un "gioco" in cui però i protagonisti sono i regolati: il compimento di consultazioni efficaci è fondamentale per la determinazione dei profili economici, inoltre permetterebbe di analizzare anche aspetti ulteriori, atteso che una buona regolazione è tale in base anche a parametri non economici. Ciò comporta che la misura corretta sia essenzialmente una

---

35 Nota però F. CARINGELLA, in *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 2008 che tale erosione è avvenuta in prima battuta grazie alla l. n. 241/1990 "la quale, all'art. 1, ha tipizzato i doveri amministrativi di economicità ed efficacia, trasferendoli così, dal novero delle regole metagiuridiche (e quindi del merito) a quello delle norme di legge, la cui violazione comporta la illegittimità dell'atto amministrativo per violazione di legge o [...] per eccesso di potere".

36 Tar Lazio, I, 28 marzo 2008, n. 2687.

37 Cons. di Stato, sez. VI, 7 marzo 2008 n. 1006.

razionalizzazione delle interazioni tra regolatori e regolati. Un sindacato rispettoso di questo equilibrio controllerebbe la bontà delle valutazioni economiche non tanto direttamente, ma in quanto rispondenti al dialogo svoltosi in fase di consultazione, così come riportato nella motivazione finale.

Il corretto equilibrio sembra appunto quello di richiedere all'amministrazione di giustificare le proprie scelte attraverso un'indicazione chiara del procedimento svolto, con l'esposizione dei motivi di esclusione delle alternative presentate dai privati. Quest'ultimo passo però implica una tradizione giuridico-culturale meno deferente verso l'Amministrazione, non accolta in tutti gli ordinamenti.

### 3. La motivazione dell'atto e l'AIR nelle Corti statunitensi

«Non è in funzione della razionalità del procedimento che si possono lasciare questioni vitali, sollevate nelle consultazioni e altamente sostanziali, completamente non risposte. Le agenzie hanno certamente un margine di discrezionalità nell'esprimere il fondamento di una regola, ma ciò non si traduce in una loro prerogativa di oscurantismo»

Questo è in sintesi il contenuto di un'importante pronuncia<sup>38</sup> grazie alla quale il giudice statunitense sancisce la strumentalità tra motivazione e razionalità dell'atto, fino a ritenerlo illegittimo.

Analogamente ciò sta progressivamente avvenendo anche per quanto riguarda l'AIR e le procedure di CBA. Lo scorso luglio, una Corte d'appello del *District of Columbia Circuit* ha bloccato una nuova misura adottata dalla SEC (*Security and Exchange Commissions*) accusandola di aver agito arbitrariamente e capricciosamente, non essendo riuscita a valutare adeguatamente gli effetti economici della nuova regola (*Business Roundtable vs. SEC*, 10-1305, 2011). In particolare, spiega il giudice d'appello, la Commissione ha strutturato i costi e benefici della misura in modo opportunisticamente inconsistente, non ha quantificato i costi certi o spiegato perché tali costi non potevano essere misurati; si è rifiutata di dimostrare le sue valutazioni, si è contraddetta e infine non ha risposto ai problemi sostanziali sollevati dai partecipanti al procedimento.

Precedentemente si era verificato un altro caso simile (*American Equity Investment Life Insurance Co vs SEC*, 09-1056, 2009), in cui la Corte aveva cassato la misura anche per violazione della *section 706* APA, la quale impone di accantonare qualsiasi atto che ritenga "arbitrario, capriccioso, integrante un abuso di discrezionalità o comunque non in linea con la legge".

<sup>38</sup> United v. N.S. Food Prods. Corp., 568 Federal Reporter 2d 240, 252 (1977). Tale sentenza è riportata per esteso su [www.openjurist.org](http://www.openjurist.org) ed è citata nel saggio di S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche – saggio di diritto comparato*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2007.

Infine, la Corte del *Columbia District* è attualmente investita di un ulteriore caso analogo, in cui si è contestata all'amministrazione una violazione della *section 706*, dato che essa non ha fornito sufficienti dati per quantificare i costi e i benefici.

Si nota dunque l'evidente sforzo dei giudici del *Columbia District* di dare concreta rilevanza alla mancata o incompleta considerazione dei costi-benefici all'interno della motivazione.

Si dimostrano peraltro segni di straordinaria apertura anche da parte delle stesse *agency*, come dimostra un recente caso finito davanti alla Corte Suprema, in cui l'EPA (*Environmental Protection Agency*) nella stesura di un atto ha fatto ricorso alla procedura di CBA, pur non essendovi obbligata per legge. La Corte Suprema, interrogata sulla legittimità di fondare un atto su tali procedure non richieste, ha concluso che la loro non previsione non si traduce automaticamente in un divieto quando, come nel caso concreto, l'analisi sia stata svolta ragionevolmente.

La possibilità di verificare se l'analisi si sia svolta correttamente tuttavia non comporta il potere del giudice di andare a sostituire una propria valutazione con quella effettuata dall'Autorità. Come detto dalla Corte Suprema nella sentenza *Motor Vehicle MFRS. ASSN vs. State Farm Mut. Life Insurance Company*<sup>39</sup>, non è compito del giudice sindacare l'opportunità della scelta, ed indicarne contestualmente una più consona (cd. sindacato "forte" del giudice). La Corte tuttavia afferma anche che è suo compito verificare che l'amministrazione giustifichi la propria scelta e soprattutto l'esclusione delle alternative possibili. In mancanza di questo rendiconto la misura non può che essere giudicata "*arbitrary and capricious*".

Allo stesso modo nella sentenza *Scenic Hudson Pres. Conference v. Federal Power Comm'n* si osserva che i giudici non sostituiscono il proprio giudizio a quello delle agenzie, ma il controllo giurisdizionale sanziona il loro dovere di considerare tutti i fatti rilevanti prima di decidere<sup>40</sup>.

Come osservato anche dalla giurisprudenza italiana del resto, l'Autorità dispone di molteplici soluzioni o modalità d'azione; pertanto la censura del giudice non indica l'unica alternativa possibile all'Autorità, ma le impone semplicemente di ripetere nuovamente il processo valutativo precedente all'adozione dell'atto e di inserirne tutti gli estremi all'interno della motivazione.

Del resto la *Supreme Court* ha affermato che il giusto apporto regolatorio all'interno di un determinato settore comporta una serie di risorse tecniche ed economiche che sono possedute più dalla *agency* che dai

<sup>39</sup> *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Life Insurance Company*, 463 *United States Reports* 29, 42-43 (1983).

<sup>40</sup> *Scenic Hudson Pres. Conference v. Federal Power Comm'n*, 354 *Federal Reporter 2d* 608, 620-21.

giudici<sup>41</sup>. Pertanto pensare che sia la Corte a determinare – nel caso di specie – la soglia di tollerabilità di emissioni di diossido di carbone è considerato “*unreasonable*”. Ciò conferma che la possibilità del giudice di sindacare il fatto e dunque la proporzionalità delle scelte economiche dell’Autorità non pone comunque in pericolo l’area di discrezionalità ad essa riservata, ma detta semplicemente certi *standard* circa i modi di sua esplicazione.

#### 4. Il Conseil d’État e il principio di proporzionalità

Per quanto riguarda l’ordinamento francese, il cui sostrato normativo in tema di analisi di impatto è ancora più indeterminato del nostro, la tendenza è quella di implementare politiche di *better regulation* attraverso un sindacato stringente sulla proporzionalità dell’atto. Tale sindacato ha storicamente origine nell’ambito delle *mésures de police*, ma ha progressivamente intaccato sfere ulteriori. Ci si riferisce in particolare all’ampia casistica nel settore ambientale, in cui numerosi sono stati gli atti dichiarati illegittimi per mancanza o erroneità dell’*étude d’impact*. Dal recente *arrêt* del 14 ottobre 2011 n. 323257 ad esempio traspare l’intenso controllo di proporzionalità del giudice d’appello sull’analisi di impatto effettuata, ritenuta insufficiente per aver mancato di prendere in considerazione alcuni aspetti ambientali fondamentali nonché per non aver giustificato il rifiuto di adottare una determinata procedura, atteso che tutte le altre alternative era state scartate motivatamente.

A corollario di un tale applicazione della *théorie du bilan* sta la considerazione per cui l’utilità di un determinato atto non va verificata in astratto, ossia tramite la rispondenza ad un certo interesse generale, ma in concreto: bisogna effettuare un bilanciamento non solo considerando fine e mezzi, ma anche la situazione di fatto (*Conseil d’État, Ass. 28 mai 1971, Ministre de l’équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet dénommé Ville Nouvelle Est*).

Altra sfera di indagine ha riguardato da vicino le AI, soprattutto in relazione al potere sanzionatorio ad esse conferito<sup>42</sup>, per il quale si ritiene che il giudice possa anche sostituirsi all’amministrazione nel riformare la sanzione, purché non peggiorativa. Per quanto riguarda invece le decisioni maggiormente “politiche”, quali ad esempio la nomina dei commissari, è ovvio che il controllo svolto è minimo; al

41 American Elec. Power Co. v. Connecticut - 10-174 (2011).

42 Come dimostrano i casi *CE 14 juin 1991 e RFDA 1992.1016*, in cui le sanzioni della CSA sono state sottoposte a un controllo pieno di proporzionalità da parte del Consiglio di Stato francese.

contrario, nelle ipotesi di esplicazione del potere più prettamente regolatorio, il sindacato svolto è normale, come dimostrano numerose sentenze nei confronti della CNIL (*Commission nationale de l'informatique et des libertés*) e della CNCL (*Commission nationale de la communication et del libertés*)<sup>43</sup>. In particolare, il giudice ha precisato che esso svolge un controllo di legalità e di opportunità<sup>44</sup>. Questo può apparire sorprendente se si pensa al rifiuto tradizionale del giudice amministrativo francese di controllare l'opportunità. Tuttavia, viene detto, il giudice da una parte integra taluni elementi rilevanti per l'opportunità all'interno del controllo di legalità, ma nel fare questo egli rispetta l'alveo di discrezionalità amministrativa, dettando solamente un range entro il quale l'AI può svolgere liberamente il proprio potere discrezionale in modo corretto.

Inoltre la proporzionalità dell'atto è spesso apprezzata in base al fatto che siano avvenute o meno le relative istruttorie e consultazioni in fase endoprocedimentale. Emblematica in tal senso è la decisione n. 310453 del 19 giugno 2009 in cui il *Conseil d'État* ha analizzato una misura adottata dall'ARCEP relativa al mercato delle comunicazioni telefoniche: in linea con la normativa di settore, la Corte ha imposto, per la determinazione dei mercati rilevanti, consultazioni preventive per permettere di «contrôler l'adéquation des mesures [...] et la proportionnalité».

Al contrario, restano ancora tollerate procedure di consultazione come quelle effettuate dall'*Autorité des Marchés Financiers*. In esse infatti si riportano analiticamente per ogni articolo le considerazioni svolte da ciascun intervenuto al procedimento. Queste ultime sono però meramente respinte o accolte da parte dell'AMF, la quale però non giustifica in alcun modo la sua scelta. Scollegando in quel modo il contributo dei privati dalla decisione finale non si fa altro che adempiere solo formalmente all'obbligo di partecipazione, svuotandolo di utilità.

Altro elemento di contraddizione presente in Francia sta nel fatto che la *loi organique* del 15 aprile 2009 ha previsto l'espletamento di analisi di impatto per quanto riguarda i progetti di legge e d'ordinanza. Questo strumento però, nonostante l'augurio espresso in questo senso dal *Conseil d'État* nel *Rapport Public* del 2011, non è stato esteso alle Autorità di regolazione. Andando ad analizzare l'atteggiamento del *Conseil* nel verificare il rispetto della *loi organique*, si nota che esso esercita un controllo molto approfondito, valutando la sincerità e la completezza dell'analisi. Ad esempio, nell'esame del progetto di legge relativo al *Grand Paris*, la Corte ha ritenuto insufficiente l'*étude d'impact* sul profilo delle consultazioni effettuate, dei motivi di certe scelte e delle risorse previste. La violazione grave degli

<sup>43</sup> *CE Ass. 12 mars 1982, CGT, RDP 1982.1697; AJDA 1982. 541; CE 16 nov. 1990, AJDA 1991. 214; RFDA 1991. 635.*

<sup>44</sup> *Paris 13 juill. 1988, Holophane, JPC 1988, éd. E, II,15337; Paris 18 avril 1991, Bull. Joly 1991. 610.*

obblighi della legge infine può portare fino al rigetto del progetto di legge da parte del Consiglio di Stato.

Se dunque il tribunale amministrativo francese ritiene possibile un così ampio potere di indagine su atti normativi, a maggior ragione si può pensare che un tale sindacato sarebbe possibile anche su atti amministrativi, il cui coefficiente politico è minore rispetto ai primi.

Del resto la carenza dell'Analisi di Impatto nelle amministrazioni in Francia è stata lamentata dai privati anche nel 2006 in occasione di una consultazione presso l'AMF.

In attesa dunque di un quadro normativo meno programmatico e più attuativo, incombe ancora sulla magistratura il compito di anticipare nel diritto vivente l'effettività di quelle tutele dalle quali i principi in materia ci impongono di non prescindere. Come si è visto però tale compito a ben vedere sembra meno arduo di un tempo, poiché i giudici sembrano disporre di tutti gli utensili d'emergenza richiesti dal caso.

## 5. Conclusioni

Dal quadro sopra esposto emerge sicuramente un dato: in Italia, come nella vicina Francia, l’AIR e la motivazione dell’atto generale sono istituti che crescono in un campo che si continua a seminare, sperando però che nascano pochi frutti. Questo deriva probabilmente dal fatto che in tali paesi i giudici sono ancora impegnati a cercare di inquadrare il fenomeno AIR, laddove invece in terra statunitense si lavora ormai – non senza fatica – al gradino successivo, che è quello dell’ampliamento delle tutele.

Non manca tuttavia la cornice di principi, tra i quali in questo settore spicca quello di proporzionalità, nonché il sostrato giurisprudenziale di partenza affinché tale cambiamento, soprattutto in materia di AIR, avvenga. Facendo leva dunque: sulla dichiarata applicazione di quel principio all’azione delle Autorità indipendenti; sulla appartenenza – sempre a detta del Consiglio di Stato – del principio della qualità della regolazione ai diritti e libertà fondamentali tutelati dalla nostra Costituzione; sul carattere controverso delle AI, che necessitano di compensare la propria autonomia e carenza informativa con meccanismi di partecipazione sostanziale, di cui si dia conto nella motivazione; infine sul libero accesso del giudice al fatto e alle valutazioni effettuate, è possibile ritenere che la giurisprudenza possa far combaciare questi tasselli andando a schiarire gli aloni di incertezza riguardanti l’ampiezza dell’obbligo di AIR posto in capo alle AI e del sindacato giurisdizionale sugli atti in materia regolatoria. In particolare, anche sulla scorta delle esperienze estere, sembra potersi affermare che il giudice disponga di tutti gli strumenti per esercitare il proprio potere di annullamento di un atto generale di una Autorità che non contempra nella motivazione anche l’analisi della proporzionalità e dunque dell’impatto dell’atto, studio che implica necessariamente anche l’esplicazione di procedure di consultazione, di cui si dia compiutamente conto nell’atto finale.





