

# ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

*Rivista di studi giuridici e politici*

1

2018 • ANNO XXXIX  
gennaio/marzo

---

---

CITTÀ E DIRITTO

---

---

DIRETTORE DELLA RIVISTA  
Gianluca Gardini

COMITATO SCIENTIFICO  
Gianluca Gardini (Direttore)  
Marcos Almeida Cerreda  
Brunetta Baldi  
Francesco Bilancia  
Stefano Civitaresse Matteucci  
Justin Orlando Frosini  
Alfredo Galán Galán  
Giancarlo Gasperoni  
Tommaso Francesco Giupponi  
Peter Leyland  
Marco Magri  
Andrea Morrone  
Alessandra Pioggia  
Giuseppe Piperata  
Claudia Tubertini  
Josephine van Zeben

REDAZIONE E GESTIONE SITO WEB  
presso Regione Emilia-Romagna  
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna  
Tel. 051 5275475 - 051 5277658  
E-mail: [istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it](mailto:istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it)  
Sito web: [http://www.regione.emilia-romagna.it/affari\\_ist/federalismo](http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo)

REFERENTE REGIONE EMILIA-ROMAGNA  
Francesca Paron  
Gabinetto Presidente della Giunta regionale  
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna  
[francesca.paron@regione.emilia-romagna.it](mailto:francesca.paron@regione.emilia-romagna.it)

EDITORE  
Maggioli Editore è un marchio di Maggioli s.p.a.  
via del Carpino, 8 – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN)  
tel. 0541.628111 – fax 0541.624887  
Servizio Abbonamenti: tel. 0541.628242  
Sito web: [www.periodicimaggioli.it](http://www.periodicimaggioli.it)  
E-mail: [abbonamenti@maggioli.it](mailto:abbonamenti@maggioli.it)  
Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001:2008

Tutti i diritti riservati – È vietata la riproduzione, anche parziale,  
del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore

STAMPA  
Stabilimento Maggioli s.p.a. – Santarcangelo di Romagna (RN)

Maggioli s.p.a. è iscritta al registro operatori della comunicazione

Pubblicazione registrata al Tribunale di Bologna il 4 luglio 1980, n.4824  
Direttore responsabile: Stefano Aurighi

COMITATO DI REDAZIONE  
Marina Caporale  
Marzia De Donno  
Giulia Massari  
Anna Margherita Russo

 Regione Emilia-Romagna

 MAGGIOLI  
EDITORE

*Condizioni di abbonamento*

*La quota di abbonamento alla Rivista per il 2018 è di € 132,00 da versare sul c.c. postale n. 31666589 intestato a Maggioli s.p.a. – Periodici, Via del Carpino, 8 – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN). La Rivista è disponibile nelle migliori librerie.*

*Il prezzo di vendita per singoli numeri è di € 35,00.*

*Il prezzo per ciascun fascicolo arretrato è di € 39,00.*

*I prezzi suindicati si intendono Iva inclusa.*

*La quota di abbonamento alla Rivista in formato digitale per il 2018 è di € 102,00.*

*L'abbonamento decorre dal 1° gennaio con diritto al ricevimento dei fascicoli arretrati ed avrà validità per un anno.*

*La Casa Editrice comunque, al fine di garantire la continuità del servizio, in mancanza di esplicita revoca, da comunicarsi in forma scritta entro il trimestre seguente alla scadenza dell'abbonamento, si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo.*

*La disdetta non è comunque valida se l'abbonato non è in regola con i pagamenti. Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della Rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto.*

*I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo.*



# INDICE

## SAGGI E ARTICOLI

- 5        Città e diritto. Brevi note su un tema complesso  
*Giulia Maria Labriola*
- 29        Le città come ordinamento giuridico  
*Fabio Giglioni*
- 75        La garantía de la autonomía local en el marco de las decisiones  
de coordinación interadministrativa en España  
*Juan Carlos Covilla Martínez*
- 105       Il debito pubblico tra giustizia intergenerazionale, princi-  
pio di proporzionalità e diritti di autonomia  
*Leonardo Di Carlo*
- 129       Garanzie procedurali e atti amministrativi a contenuto ge-  
nerale  
*Monica Cocconi*

## NOTE E COMMENTI

- 161       I centri storici quali critici punti d'incontro degli interessi  
culturali e commerciali  
*Luca Di Giovanni*
- 191       Le pouvoir d'abrogation et de retrait de l'acte administratif  
et ses conséquences sur le contrat public  
*Sofia Gentiloni Silveri*
- 207       L'interpretazione adeguatrice della legge rinforzata sull'e-  
quilibrio di bilancio di Regioni ed Enti locali  
*Ramona Cavalli*

**LETTURE E SEGNALAZIONI**

- 227     La fine dell'agricoltura contadina e il (lento) ritorno dei  
          contadini. Una prospettiva interdisciplinare  
          *Luchino Ferraris*
- 233     Table of contents and abstracts
- 237     Note sugli autori

## Garanzie procedurali e atti amministrativi a contenuto generale\*

Monica Cocconi

*Lo scritto affronta il tema della sussistenza e delle funzioni degli obblighi procedurali della partecipazione e della motivazione nell'attività amministrativa generale. Vi si sostiene che l'impianto complessivo della legge generale sul procedimento appare declinato nell'offrire, anche in tema di garanzie procedurali, una disciplina procedurale del provvedimento singolare, pertanto le disposizioni contenute negli artt. 3, 13 e 24 della l. n. 241 del 1990 s.m. non sembrano affatto significare una loro preclusione nell'attività amministrativa generale quanto, piuttosto, il rinvio alle discipline speciali proprie di ciascuna funzione. L'analisi della giurisprudenza amministrativa sul tema, inoltre, mette in luce come l'elemento degli effetti plurisoggettivi di questi atti e della conseguente assenza di una lesione immediata di posizioni soggettive, di regola addotto per giustificare l'esenzione dalle garanzie procedurali della partecipazione e della motivazione, non si dimostra sempre un criterio qualificatorio adeguato. Talora, infatti, la disciplina procedurale del provvedimento singolare è richiesta dal contenuto di una specifica prescrizione, di incidenza immediata e indiretta su specifiche situazioni soggettive. La necessaria simmetria concettuale fra qualificazione giuridica dell'atto e sua disciplina procedurale non si verifica, in tal caso, per la necessità di offrire una tutela immediata al singolo rispetto al pregiudizio a questo arrecato da prescrizioni di contenuto singolare.*

### *1. Una disciplina procedurale generale frammentata e formulata in senso negativo*

Una delle principali difficoltà nell'affrontare, con metodo sistematico, il tema delle garanzie procedurali richieste nell'attività amministrativa ge-

---

\* Il presente scritto arricchisce il contenuto di una relazione tenuta presso l'Ateneo di Trento il 25 gennaio 2018 sullo stesso tema. Sviluppa inoltre, con l'analisi della giurisprudenza più recente e ulteriori spunti di riflessione alcune delle tesi contenute nel lavoro monografico *La partecipazione dell'attività amministrativa generale*, Padova, Cedam, 2010 e ne introduce ulteriori.

nerale discende dal fatto, anzitutto, che per gli atti a contenuto generale, dotati o meno di natura normativa, il legislatore non ha dettato una compiuta disciplina legislativa.

Dinnanzi a tale incompletezza della disciplina è utile interrogarsi, dunque, se essa comporti una preclusione di tali garanzie o se ad essa sia sottesa una logica più complessa, che si cercherà di far emergere. Tale logica riconosce a queste garanzie, nell'attività amministrativa generale, funzioni e obiettivi differenti rispetto a quelli presenti nei provvedimenti singolari. In tale prospettiva, le disposizioni normative dedicate a questa tipologia di atti, nella legge generale sul procedimento, non assumerebbero il significato di un'esclusione di tali garanzie, quanto quello di un rinvio ad una logica di coerenza e di adeguatezza alla specifica funzione che queste concorrono a conseguire.

L'analisi della giurisprudenza amministrativa sul tema, inoltre, mette in luce come l'elemento degli effetti plurisoggettivi di questi atti e della conseguente assenza di una lesione immediata di posizioni soggettive, di regola addotto per giustificare l'esenzione dalle garanzie procedurali della partecipazione e della motivazione, non si dimostra sempre un criterio qualificatorio adeguato. Talora, infatti, la disciplina procedurale del provvedimento singolare discende dal contenuto di una specifica prescrizione, di incidenza immediata e indiretta su situazioni giuridiche soggettive. La necessaria simmetria concettuale fra qualificazione giuridica dell'atto e sua disciplina procedurale non si verifica, in tal caso, per la necessità di offrire una tutela immediata al singolo rispetto al pregiudizio a questo arrecato da prescrizioni di contenuto singolare.

In altre fattispecie ancora la scelta della disciplina procedurale non consegue né alla qualificazione giuridica dell'atto né al suo specifico contenuto, ma è correlata o alla necessità di tutelare determinati valori dell'ordinamento o a quella di conseguire determinate politiche pubbliche, ritenute di particolare rilievo, o, infine, dall'esigenza di assicurare la stabilità e la compattezza di un determinato assetto pianificatorio. In seno alla disciplina generale sul procedimento ci si è limitati ad adottare disposizioni frammentate e, soprattutto, espresse in forma negativa. In effetti sia l'art. 3 sia l'art. 13 che l'art. 24 della l. n. 241 del 1990 s.s.m. sembrano esentare gli atti in questione, ad una prima lettura, dall'os-

servanza di alcune norme, principalmente quelle sulla partecipazione e sull'obbligo di motivazione.

In seno all'art. 3 della l. n. 241 del 1990 si utilizza infatti, a proposito dell'obbligo di motivazione degli atti normativi e di quelli a contenuto generale, l'espressione «non è richiesta»; nell'art. 13 della stessa disciplina ritroviamo l'ulteriore espressione verbale negativa «non si applicano» a proposito delle disposizioni normative in cui si contempla l'obbligo di partecipazione.

Infine anche l'art. 24, per quanto riguarda l'accesso, menziona questa tipologia di atti nell'elenco che preclude il relativo esercizio<sup>1</sup>.

L'impianto logico che accomuna le tre disposizioni normative appare a prima vista, pertanto, piuttosto quello dell'esclusione delle garanzie procedurali applicabili all'attività amministrativa generale che l'intento di definire un loro regime più specifico.

Non fu casuale, peraltro, che la distanza più significativa fra le proposte della Commissione Nigro<sup>2</sup> e il testo definitivo della legge generale emerse proprio riguardo alla disciplina contenuta nel Capo III, volta ad applicare agli atti amministrativi a contenuto generale la disciplina sulla partecipazione, oltre che nell'esenzione di questi atti, contenuta nel secondo comma dell'art. 3, dall'obbligo di motivazione<sup>3</sup>.

Nella legge generale, infatti, non veniva recepito il modello dell'istruttoria pubblica, previsto dal Titolo III dell'art. 7 del testo originario proposto dalla Commissione «per l'adozione di strumenti urbanistici, di piani commerciali e di piani paesistici, la localizzazione di centrali energeti-

---

(1) Di recente, in tema di accesso, si v. Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2018, n. 2382 sul fatto che l'accesso di cui all'art. 79, comma 5-*quater*, del d.lgs. n. 163 del 2006 non precluda l'operatività dell'accesso ex art. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990.

(2) Le proposte della Commissione Nigro si trovano in *Quaderni regionali*, 4, 1984, p. 1339. Il disegno di legge è stato pubblicato in *Riv. trim. di scienza dell'amm.*, 2, 1987, p. 85.

(3) Per un'analisi critica dell'art. 13 della l. n. 241 del 1990 si vedano, fra gli altri, C.E. GALLO, *La partecipazione*, in AA.Vv., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 55; A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 48; sull'origine storica della previsione, si v. E. CASTORINA, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 70. Sul tema si v. anche G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 50 ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative al procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 112.

che e l'assunzione di opere pubbliche, che incidono in modo rilevante sull'economia e sull'assetto del territorio e che rientrano nelle categorie individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri». L'esclusione di tale modello appariva tanto più criticabile, per tali atti, poiché proprio nell'attività amministrativa generale risultava essenziale quella compiuta emersione di interessi e di fatti rilevanti coinvolti nel processo di formazione della decisione amministrativa insiti nell'esercizio e nella funzione democratica della partecipazione procedimentale. Grazie alla riflessione della scienza del diritto amministrativo, tuttavia, vi fu la possibilità di offrire un'interpretazione restrittiva della deroga contenuta nell'art. 13, che permise di recuperare lo spirito originario della prima elaborazione della legge generale sul procedimento. La disposizione infatti fu interpretata, anziché come preclusione assoluta ad un apporto dei soggetti privati all'elaborazione dell'attività amministrativa generale, quale mera esenzione dall'applicazione dello specifico modello partecipativo contemplato dal Capo III della legge generale<sup>4</sup>. La stessa mancata menzione degli atti di pianificazione e di programmazione, in seno all'art. 3 della stessa disciplina, ha indotto a ritenerla obbligatoria per questi atti, secondo un'interpretazione formale della disposizione normativa<sup>5</sup>.

L'esclusione di tali garanzie procedurali, nell'attività amministrativa generale, viene di regola fondata, nella giurisprudenza amministrativa, sulla necessaria coerenza fra il regime procedimentale e quello processuale dell'atto.

Il giudice amministrativo ravvisa, di regola, la *ratio* di tale esclusione, riguardo agli atti amministrativi a contenuto generale, nel fatto che questi si rivolgano in genere, al pari degli atti normativi, ad una serie indeterminata e indeterminabile *ex ante* di destinatari; nel caso degli atti amministrativi a contenuto generale, tali destinatari sarebbero determinabili,

---

(4) Per tale interpretazione si v. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, p. 270.

(5) Si v. M.A. SANDULLI, *Rilevanza e trasparenza dei motivi nel procedimento e nel processo*, in AA.Vv., *Atti del Convegno di Brescia*, 18-19 ottobre 1991, Roma, 1995.



a differenza di quelli normativi, solo a posteriori, ma questi resterebbero, comunque, rivolti ad una pluralità di soggetti<sup>6</sup>.

Si tratta in effetti per la scienza del diritto amministrativo, di atti «ad effetti plurisoggettivi», ossia diretti a «gruppi indeterminati di figure soggettive»<sup>7</sup>; in essi l'identificazione degli specifici destinatari avviene, di regola, attraverso un successivo atto concreto di individuazione, altrimenti definibile atto applicativo.

Poiché tali atti, in virtù dei loro effetti plurisoggettivi, contengono, di regola, disposizioni non immediatamente lesive di posizioni giuridiche soggettive, la possibilità di presentare ricorso risulta differita, com'è noto, al momento dell'emanazione dell'atto applicativo, unitamente al quale dovranno essere impugnati. Solo attraverso tale atto, in effetti, si realizza il pregiudizio della sfera soggettiva e, quindi, si attualizza l'interesse a ricorrere (ai sensi dell'art. 100 c.p.c.)<sup>8</sup>.

In realtà ciò che sorge, per mezzo dell'atto applicativo, non è solo l'interesse ad agire ma la stessa posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo sul piano sostanziale. Gli stessi caratteri di «personale e diretto» che devono assistere l'interesse legittimo svolgono, sul piano sostanziale, il compito di definire, al tempo stesso, la sfera di titolarità della posizione giuridica, il riconoscimento e la tutela della medesima ad opera dell'ordinamento giuridico<sup>9</sup>.

La mancanza di una lesione personale e concreta procurata dall'atto, viceversa, come non concretizza, di regola, l'interesse ad agire in sede processuale, così non esige l'attivazione, in sede procedimentale, di garanzie partecipative e motivazionali dirette ad evitarla o a giustificarla.

---

(6) Si veda, *ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen., sent. 4 maggio 2012, n. 9. Inoltre, sul contenuto strutturalmente e sostanzialmente inscindibile degli atti amministrativi a contenuto generale, per cui la relativa decisione di annullamento risulta operativa *erga omnes*, si v. Cons. Stato, sez. IV, 4 aprile 2018, n. 2097.

(7) In tal senso si v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, III ed., Milano 1993, 288; A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, II, Padova, Cedam, 1957, p. 455; poi in *Scritti giuridici*, vol. 1, Napoli, 1990, p. 39 ss.; F. BENVENUTI, *L'impugnazione dei regolamenti*, in *Foro amm.*, 1982, p. 532 ss., spec. p. 536 ss.

(8) Si v. Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 663; Trib. Sup. Acque, 23 gennaio 2002, n. 8.

(9) Si v. Cons. Stato, sez. IV, 3 agosto 2011, n. 4644.

L'esistenza di un criterio di differenziazione di tali atti rispetto a quelli normativi, assai sfumato dalla scienza giuridica<sup>10</sup>, è viceversa enfatizzato dalla giurisprudenza che lo riconduce ad un criterio sostanziale, ossia la differente causa fondante, per ciascuna tipologia, dell'esercizio del potere.

Nel caso degli atti normativi, dunque, la *ratio* giustificatrice sarebbe l'esistenza di un'effettiva innovazione dell'ordinamento giuridico a questi riconducibile, attraverso «una disciplina generale ed astratta di (un numero indefinito e non determinato nel tempo) rapporti giuridici»<sup>11</sup>; i relativi precetti sarebbero caratterizzati, pertanto, dalla ripetibilità ossia dall'applicabilità ad un novero indefinito di fattispecie concrete.

Gli altri atti sarebbero espressione, viceversa, di un potere amministrativo di natura gestionale, volto al concreto perseguimento di un interesse pubblico, programmaticamente circoscritto e temporalmente definito<sup>12</sup>. La loro efficacia, di conseguenza, si esaurirebbe con il concreto raggiungimento dell'interesse pubblico, temporalmente circoscritto e strutturalmente esauribile, la cui cura ne costituirebbe la causa giustificatrice. Questa linea di coerenza fra la qualificazione giuridica dell'atto come a contenuto generale e l'esenzione dalla disciplina procedurale richiesta per il provvedimento singolare è accolta, di regola, dalla giurisprudenza amministrativa: «nel caso di atti normativi e amministrativi generali, al di fuori dei casi in cui è esigibile una specifica motivazione in ragione dell'immediata e diretta incidenza su specifiche situazioni soggettive, l'onere di motivazione risulta soddisfatto con l'indicazione dei profili generali e criteri che sorreggono le scelte, senza necessità di una spe-

---

(10) Sull'indistinzione dei confini fra regolamenti e atti amministrativi generali, si v. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 172 ss.; G. MORBIDELLI, *Il Tar del Lazio e gli atti amministrativi generali*, in *Istituzioni mercato e democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2002, p. 405 ss.; C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 365 ss., spec. p. 403 ss.

(11) Si veda in tal senso Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 812 e 28 febbraio 2012, n. 1120, in *Gior. dir. amm.*, 2012, con nota di M. MASSA, *Due sentenze ambiziose sul potere normativo dell'amministrazione*; Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9, *ivi*, p. 1209, con nota di N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*.

(12) In tal senso si v. Corte cost., 22 luglio 2010, n. 278. In tal senso anche Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 812.

cifica motivazione. Costituisce in sé una motivazione, la coerenza delle scelte con le finalità enunciate dall'atto come proprie<sup>13</sup>.

In tale prospettiva, ad esempio, non si è riscontrato il difetto di motivazione, di recente, in una delibera regionale<sup>14</sup> che introduceva limiti e modalità più restrittivi di quelli imposti dalla disciplina statale, al fine di realizzare «livelli di tutela dell'ambiente più elevati» nel trattamento e utilizzo, a beneficio dell'agricoltura, dei fanghi di depurazione delle acque reflue di impianti civili e industriali (attraverso la distinzione fra fanghi idonei e fanghi di alta qualità)<sup>15</sup>. Si è infatti ritenuto che le ragioni dell'adozione delle misure richiamate fossero desumibili da elementi oggettivi rinvenibili nell'atto impugnato e non esigessero, pertanto, una motivazione puntuale.

Allo stesso modo non sono stati ritenuti soggetti all'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento il programma di dismissione degli alloggi sottratti alla mano pubblica<sup>16</sup>, la delibera comunale contenente misure di regolamentazione del traffico<sup>17</sup>, quella che fissa la remunerazione delle prestazioni rese dalle strutture sanitarie<sup>18</sup> i provvedimenti tariffari relativi alla specialistica ambulatoriale<sup>19</sup> e l'approvazione del prontuario terapeutico<sup>20</sup>; non sono stati considerati sottoposti all'obbligo di motivazione in senso stretto il bando di concorso<sup>21</sup>, il bando di

---

(13) Si v. Cons. Stato, sez. IV, n. 3363/2006; più di recente, si v. Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2016, n. 4704. Sull'onere molto ridotto di motivazione riguardo agli atti normativi si v. Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2017, n. 3365.

(14) La deliberazione della Giunta regionale della Lombardia n. 2031/2014 che reca «Disposizioni regionali per il trattamento e l'utilizzo, a beneficio dell'agricoltura, dei fanghi di depurazione delle acque reflue di impianti civili e industriali, in attuazione dell'art. 8, comma 8, della l.r. 12 luglio 2017, n. 12».

(15) Si v. Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2017, n. 3365.

(16) TAR Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 22 marzo 2012, n. 110.

(17) TAR Campania, Napoli, sez. I, 18 ottobre 2005, n. 16660; 8 aprile 2010, n. 1830.

(18) TAR Lazio, Roma, sez. III, 8 febbraio 2007, n. 975.

(19) Si v. TAR Roma, sez. III, 6 novembre 2017, n. 11022.

(20) Si v. Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2017, n. 997.

(21) Si v. Cons. Stato, sez. VI, 17 maggio 2010, n. 3058; Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2004, n. 2752.

gara<sup>22</sup>, la revisione delle piante organiche delle farmacie<sup>23</sup>, l'atto di regolamentazione degli orari di apertura e chiusura degli esercizi pubblici<sup>24</sup>, il regolamento sulla pubblicità e l'applicazione del canone degli impianti pubblicitari<sup>25</sup> e lo stralcio della Regione sul piano regolatore comunale<sup>26</sup>.

## ***2. La prevalenza della logica funzionale di settore rispetto a quella della qualificazione giuridica dell'atto***

Tuttavia, ad un'analisi più attenta, la logica che impronta la disciplina procedurale di questa tipologia di atti non appare affatto quella di una preclusione assoluta di tali garanzie quanto, piuttosto, la necessità di una loro rispondenza alla specifica funzione che sono dirette a conseguire nell'attività amministrativa generale<sup>27</sup>.

Posto che tutto l'impianto della legge generale sul procedimento appare calibrato sull'offrire una disciplina procedurale del provvedimento singolare e concreto, la menzione di tali garanzie pare rispondere più al rinvio ad una logica di specialità funzionale che a quella della loro esclusione.

Tale logica è esplicitata, ad esempio, all'art. 13, laddove, a proposito delle garanzie partecipative, si afferma: «restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione»<sup>28</sup>. Lo stesso rinvio è presente nell'art. 24, dopo la menzione della loro esclusione, e sottintende la convinzio-

---

(22) Si v. Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2011, n. 3809, TAR Milano, sez. III, 6 novembre 2017, n. 2098.

(23) Si v. Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2007, n. 5014.

(24) TAR Lombardia, Milano, sez. III, 24 febbraio 2006, n. 519.

(25) In tal senso si v. Cons. Stato, sez. V, 17 novembre 2016, n. 4794.

(26) Si v. TAR Torino, sez. I, 12 agosto 2016, n. 1115. Sull'inapplicabilità delle norme sulla partecipazione rispetto agli atti generali e di pianificazione, si v. TAR Roma, sez. II, 6 maggio 2016, n. 5298.

(27) In tal senso, M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, Cedam, 2010.

(28) Per un'interpretazione dell'art. 13 in senso positivo si v. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 270. In tal senso anche A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1035.

ne che l'obbligo di pubblicazione sia la modalità più adeguata ad assicurare la conoscibilità di questi atti.

Tale esplicitazione rafforza la convinzione che il legislatore fosse consapevole, oltre che dell'inadeguatezza del regime procedurale del provvedimento singolare all'attività amministrativa generale, della difficoltà di ipotizzare, per questo tipo di attività, un modello procedurale uniforme, discendente in modo univoco dalla qualificazione giuridica di un atto amministrativo come a contenuto generale.

Emergeva la posizione, piuttosto, della necessità e della sussistenza, nell'attività amministrativa generale, di una pluralità di modelli procedurali, adeguati alla specificità della funzione da conseguire. Tali modelli, inoltre, sarebbero stati caratterizzati, di regola, da una valenza della partecipazione non essenzialmente difensiva, ossia improntata al paradigma del contraddittorio e dell'aggiudicazione. Questa doveva essere volta, piuttosto, ad arricchire l'istruttoria e a legittimare verso i destinatari l'assunzione di decisioni attraverso un'attività essenzialmente precettiva, rivolta verso una serie aperta di soggetti.

Inoltre, sempre secondo un'interpretazione estensiva, la stessa introduzione esplicita, in seno alla legge generale, di un principio generale di partecipazione avrebbe dovuto investire anche le discipline procedurali pregresse e caratterizzarle in senso sostanzialmente partecipativo.

Le stesse osservazioni previste, ad esempio, in seno al procedimento di formazione del piano regolatore generale dalla l. n. 1140 del 1942 avrebbero dovuto evolversi da mero strumento collaborativo dell'amministrazione ad un modello di partecipazione effettiva dei cittadini al procedimento di elaborazione dei piani urbanistici<sup>29</sup>.

L'insussistenza di un'incompatibilità logica fra partecipazione e attività amministrativa generale è emersa con evidenza dalla vicenda che aveva investito il modello dell'istruttoria pubblica, contemplato dall'art. 17 dello Statuto dell'Emilia-Romagna, su atti normativi o amministrativi di

---

(29) Sul ruolo svolto dai principi della legge generale sui modelli partecipativi presenti nelle discipline di settore preesistenti, si v. G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di P. Virga*, II, Milano, Giuffrè, 1994, p. 1316.

carattere generale<sup>30</sup>. Tale inchiesta poteva essere indetta dall'Assemblea regionale, anche su richiesta di non meno di 5.000 persone, e si svolgeva «in forma di pubblico contraddittorio». Ad essa potevano prender parte, tramite o con l'assistenza di un esperto, oltre ai consiglieri regionali ed alla Giunta, «associazioni, comitati e gruppi di cittadini portatori di un interesse a carattere non individuale».

Lo Statuto stesso prevedeva, peraltro, che il provvedimento finale adottato venisse motivato «con riferimento alle risultanze istruttorie».

Il Presidente del Consiglio dei Ministri, com'è noto, aveva impugnato tale previsione statutaria sotto molteplici profili fra cui la contrarietà dell'istruttoria pubblica rispetto all'art. 97 Cost., per gli «aggravi procedurali non coerenti con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione»; l'obbligo di motivazione previsto sarebbe stato in contrasto, inoltre, con «i principi in tema di attività normativa e principalmente quello dell'irrelevanza della motivazione della norma».

La Consulta, nel ritenere infondate le prospettate censure di incostituzionalità<sup>31</sup>, aveva addirittura valorizzato il modello partecipativo contemplato dallo Statuto nel precisare che «rappresenta l'inserimento anche a livello statutario di istituti già sperimentati e funzionanti, anche in alcune delle maggiori democrazie contemporanee».

Lungi dall'ostacolare o appesantire l'attività della pubblica amministrazione, l'inchiesta mirava piuttosto, nell'ottica dei giudici costituzionali, a «migliorare ed a rendere più trasparenti le procedure di raccordo degli organi rappresentativi con i soggetti più interessati dalle diverse politiche pubbliche».

La stessa impostazione favorevole a valorizzare, anziché escludere, la partecipazione all'attività amministrativa generale appare rafforzata, peraltro, dal fatto che i principi e le discipline procedurali, nei settori in cui vi si ricorre con maggiore frequenza, ossia la regolazione ambientale e la regolazione condizionale dell'attività economica, sono principalmente di derivazione europea.

---

(30) Su cui si v., *amplius*, E. FREDIANI, *Informazione e partecipazione dei privati ai procedimenti normativi nella nuova disciplina statutaria*, in E. ROSSI (a cura di), *Le fonti del diritto nei nuovi Statuti regionali*, Padova, Cedam, 2007, p. 364 ss.

(31) Corte cost., 6 dicembre 2004, n. 379, in *Foro it.*, I, 2005, p. 293.

Nel diritto europeo sono presenti, di regola, garanzie e meccanismi procedurali più raffinati di quelli contemplati dalla disciplina generale nazionale e più in grado di vincolare l'esercizio delle relative funzioni.

Essi prevedono, talora, la forma dell'audizione orale e la consultazione dei soggetti privati anche su proposte di provvedimenti. Permettono, inoltre, la partecipazione anche in relazione ai procedimenti generali, laddove la legge sul procedimento esclude l'applicazione dei propri istituti partecipativi<sup>32</sup>.

La ricezione nazionale di tali discipline ha spesso supplito all'assenza di una disciplina generale che imponesse garanzie procedurali all'attività amministrativa generale e ne contemplasse le modalità di esercizio. Sono stati infatti introdotti meccanismi procedurali diretti ad arricchire i processi decisionali e ad accrescere l'effettività della partecipazione sulla decisione amministrativa.

In linea più generale l'esistenza, nel diritto europeo, del principio di pubblicità del procedimento amministrativo ha indotto i nostri giudici costituzionali, in una pronuncia del 17 marzo 2006, la n. 104, a ritenere applicabile nel diritto nazionale una sua diretta implicazione, ossia l'obbligo generale di motivazione di tutti gli atti comunitari, contemplato dall'art. 253 Trattato CE (ora art. 296, comma secondo, TFUE)<sup>33</sup> sebbene la Corte non faccia espressa menzione degli atti amministrativi generali. Nella prospettiva della Consulta, lo statuto sostanziale dell'attività amministrativa, contenuto negli artt. 97 e 98 della Costituzione, incorporerebbe, alla luce della richiamata giurisprudenza della Corte costituzionale, anche i principi del giusto procedimento e della motivazione del-

---

(32) Le modalità con cui la partecipazione si esplica nelle discipline speciali delle autorità indipendenti sono analizzate da S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 185, nota 18.

(33) «I regolamenti, le direttive e le decisioni, adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio, nonché degli atti adottati dal Consiglio e dalla Commissione sono motivati e fanno riferimento alle proposte o ai pareri richiesti in esecuzione del presente Trattato». Per un commento a tale pronuncia che evidenzia il nesso, da questa stabilito, fra partecipazione e trasparenza, si veda B.G. MATTARELLA, *Il rilievo del principio costituzionale di pubblicità*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, p. 169. In particolare in tale decisione si afferma che: «la pubblicità del procedimento amministrativo è un principio del patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei; principio stabilito, tra l'altro, dall'art. 253 del Trattato costitutivo delle Comunità europee, che impone l'obbligo di motivare tutti gli atti comunitari».

le decisioni amministrative<sup>34</sup>. Poiché infatti gli stessi principi, in forza dell'art. 296 TFUE<sup>35</sup>, appartengono al «patrimonio costituzionale comune delle Comunità europee e dei Paesi europei» opererebbero pertanto, anche nell'ordinamento nazionale, quali norme interposte, attraverso il richiamo contenuto nell'art. 117 Cost.

Sebbene dunque la Consulta non faccia un riferimento esplicito all'attività amministrativa generale, il richiamo all'art. 253, ora 269, secondo comma, TFUE, potrebbe interpretarsi come il monito verso un vincolo più generale alla motivazione di tutti gli atti amministrativi.

Soprattutto nei settori citati inoltre, sia la motivazione sia la partecipazione rispondono ad una pluralità di funzioni rilevanti sotto il profilo assiologico che non si esauriscono in quella di instaurare un contraddittorio, già in sede procedimentale.

In esse, pertanto, non si verifica quel nesso consequenziale fra regime processuale e regime procedurale che, in assenza di una legittimazione ad agire in giudizio, vanifica anche le ragioni di una tutela, in sede procedimentale, improntata a finalità principalmente difensive.

L'esercizio della partecipazione, ad esempio, oltre che assolvere ad una funzione di garanzia di specifiche posizioni soggettive, principalmente nei provvedimenti singolari<sup>36</sup>, è diretta, soprattutto nell'attività amministrativa generale, a supportare l'amministrazione nella formazione della scelta più adeguata, prospettando alternative di soluzione, arricchendo l'istruttoria e rafforzando la condivisione e la legittimazione della decisione dell'amministrazione sotto il profilo sia democratico sia economico e sociale<sup>37</sup>.

---

(34) TAR Lombardia, Milano, sez. III, 8 aprile 2010, n. 68.

(35) «Qualora i trattati non prevedano il tipo di atto da adottare, le istituzioni lo decidono di volta in volta, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità. Gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati. In presenza di un progetto di atto legislativo, il Parlamento europeo e il Consiglio si astengono dall'adottare atti non previsti dalla procedura legislativa applicabile al settore interessato».

(36) Più in generale, sul tema, si veda M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.

(37) Sulle funzioni della partecipazione nella funzione regolatoria si veda S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2002, p. 269. Sul tema si



La motivazione, oltre a rendere possibile una miglior interpretazione dell'atto al fine di permettere il sindacato giurisdizionale sul medesimo, crea talora i presupposti affinché l'attività amministrativa divenga oggetto di controllo consapevole e informato da parte dei cittadini, accrescendo la responsabilità dei poteri pubblici<sup>38</sup>.

Proprio per tale pluralità di funzioni, pertanto, il vincolo esercitato da tali garanzie non appare precluso rispetto ad atti, come quelli a contenuto generale, di regola non soggetti ad un controllo giurisdizionale diretto ed immediato.

### 3. *La disciplina procedurale nella regolazione economica*

La prospettiva di una conformazione della disciplina procedurale alla specificità della funzione da conseguire – piuttosto che alla qualificazione giuridica dell'atto – è molto marcata nel settore della regolazione condizionale dell'attività economica<sup>39</sup>.

---

v. anche F. SAITTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2, 2010, p. 299. In una prospettiva comparata, si veda la decisione della *High Court of Justice (Berkshire District Council Reading Borough Council v. Department for Communities And Local Government*, del 31 luglio 2015), nella quale il giudice inglese ha affermato che l'autorità amministrativa, in caso di adozione di una nuova misura regolatoria, deve tenere da conto sia delle risultanze emerse nel corso del procedimento di consultazione dei destinatari sia dei risultati della valutazione costi/benefici del provvedimento stesso.

(38) Sulla pluralità di funzioni della motivazione si rinvia a M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 894 ss.; M. COCCONI, *La motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 707 ss. Di recente, si v. anche A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, *passim*, ma spec. p. 249 ss.; G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, p. 837 ss.; M. DE DONNO, *Riflessioni sulla "motivazione in diritto" del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2013, p. 629 ss.; G. CORSO, *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere amministrativo negli Scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 3, 2014, p. 463 ss.; P. PROVENZANO, *Art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e integrazione postuma della motivazione* (nota a TAR Umbria, sez. V, Perugia, 21 febbraio 2013, n. 105), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5-6, 2013, p. 1118 ss. Di recente, sull'obbligo di motivazione degli atti regolatori, si veda Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6153, per cui la motivazione degli atti regolatori deve farsi carico anche dell'adeguatezza dell'istruttoria.

(39) Sul tipo di regolazione qualificabile come condizionale si veda L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 58.

Si tende ad arricchire, pertanto, la mera logica di specialità contemplata dall'art. 14 delle disp. prel. c.c. a cui era stata ricondotta la dinamica di relazione fra disciplina generale e quelle speciali, sovente contenute nei regolamenti di auto-disciplina delle Autorità, sebbene con il vincolo esercitato dai principi generali contenuti nella legge sul procedimento<sup>40</sup>. In tale settore le (apparenti) esclusioni previste dalla disciplina generale sul procedimento, agli artt. 3 e 13, appaiono ancor più inaccoglibili in quanto riferite ad assetti di interessi e a dinamiche di relazioni, come quelli caratterizzanti il diritto dell'economia, assai distanti dal paradigma tipico di esercizio del potere discrezionale<sup>41</sup>.

La funzione regolatoria presenta infatti, generalmente, una struttura almeno trilaterale e, in alcuni casi, multilaterale e la sequenza del suo esercizio assume spesso una dinamica non unidirezionale ma tendenzialmente circolare, dalle imprese e dagli utenti alle autorità di settore e ritorno. È inevitabile, pertanto, che i caratteri della funzione plasmino in misura significativa la relativa disciplina procedurale improntandola, necessariamente, all'instaurazione di un contraddittorio con i soggetti regolati, indipendente dalla tipologia di atto, singolare o a contenuto generale, con cui questa viene esercitata<sup>42</sup>.

Riguardo a tali assetti, la necessità prevalente appare quella che i destinatari delle misure regolatorie, da queste incisi nelle condizioni di esercizio della propria libertà economica, siano consultati e quindi partecipino, in qualche misura, alla definizione dei vincoli a questa imposti. La stessa partecipazione assolve, in tale funzione, ad un ruolo ulteriore e peculiare, in quanto il suo esercizio favorisce, in sé, il conseguimento stesso degli obiettivi comuni della regolazione. La peculiarità della partecipazione alla funzione regolatoria discende, su tale versante,

---

(40) In tal senso, in relazione alla disciplina della concorrenza, si veda A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007, p. XIX, p. 222 e M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 467.

(41) Sull'irriducibilità della funzione regolatoria al paradigma tipico di esercizio del potere discrezionale, si v. G. NAPOLITANO, *Regolazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 129.

(42) È l'interpretazione prospettata da S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 176.

dal fatto di svilupparsi in un contesto di razionalità limitata (*bounded rationality*)<sup>43</sup>; in questo l'Autorità è priva di un'adeguata dotazione di informazioni e delle capacità previsionali necessarie per portare a compimento l'azione regolatoria. La reazione degli operatori allo schema di atto con l'attivarsi della partecipazione e l'apprendimento che di conseguenza si genera ed accresce nell'autorità, costituisce una condizione essenziale per produrre gli effetti stessi della regolazione<sup>44</sup>.

Inoltre l'assenza di responsabilità e di soggezione delle Autorità indipendenti verso il Governo evoca la necessità di una sorta di supplenza, individuata in una loro legittimazione procedurale dal basso che assicuri comunque le garanzie del *due process*<sup>45</sup>.

Su tale versante la giurisprudenza amministrativa richiede, in effetti, che anche l'obbligo di motivazione sia adempiuto in aderenza specifica alla natura degli atti di competenza dell'Autorità, che sono pur sempre atti di regolazione. Tali atti dovranno essere motivati nel senso di indicare i presupposti di fatto e di diritto della decisione e dotarsi di una giustifi-

---

(43) Il concetto di razionalità limitata è stato elaborato da H.A. SIMON, ideatore della moderna teoria dell'organizzazione, di cui si v. *Administrative Behavior*, New York, The Free Press, 1947, trad. it. *Il comportamento amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1958.

(44) Sul ruolo determinante della partecipazione nella funzione regolatoria, si v. M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, Relazione tenuta al Convegno organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri su «La regolazione dei servizi di interesse economico generale», Firenze, 6 novembre 2009, ora in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Quad. Cesifin, Nuova Serie – 44, Torino, Giappichelli, 2010.

(45) In tal senso si v. TAR Roma, sez. II, 13 dicembre 2011, n. 9710. Un rafforzamento peculiare di tali garanzie è riconducibile al giudice amministrativo, che vi aveva ravvisato un fattore irrinunciabile per compensare la carenza di legalità sostanziale che caratterizza l'esercizio dei poteri di regolazione da parte delle Autorità indipendenti e, quindi, accrescere la trasparenza e controllabilità delle loro decisioni. Si veda Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, su cui S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Gior. dir. amm.*, 2007, p. 377. Nello stesso senso già Cons. Stato, sez. VI, 6 ottobre 2005, n. 2007 e, più di recente, Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, con nota di S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti*, in *Gior. dir. amm.*, 9, 2010, p. 947. Si veda anche Cons. Stato, sez. VI, sent. 2 maggio 2012, n. 2521 che giustifica la parziale dequotazione del principio di legalità sostanziale con l'esigenza di assicurare il perseguimento dei fini posti dal legislatore nel contesto della regolazione dei servizi di pubblica utilità; il tecnicismo del settore, infatti, impone di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema.

cazione sostanziale e complessiva, priva di una considerazione specifica degli argomenti addotti da ciascun operatore del mercato<sup>46</sup>.

L'affidamento della disciplina procedurale a quanto contemplato dalle disposizioni di settore rischia tuttavia di tradursi, talora, in una preclusione della partecipazione. La legislazione di settore infatti, in alcuni casi, non definisce sempre compiutamente gli obblighi procedurali della funzione regolatoria. La previsione di tali obblighi è affidata, talora, ai regolamenti delle stesse Autorità. Tale scelta appare problematica sia per la loro instabilità, per la possibilità di una revoca da parte dell'Autorità, sia per il loro incerto rilievo in sede giudiziale, data la loro natura di autolimitate<sup>47</sup>.

In una direzione virtuosa si pone pertanto la progressiva tendenza del legislatore, soprattutto nel settore delle comunicazioni elettroniche, grazie all'effetto conformativo esercitato dal diritto europeo<sup>48</sup>, e in quello della regolamentazione e della vigilanza dei mercati finanziari<sup>49</sup>, a superare la logica dell'affidamento esclusivo delle procedure alle fonti di autodisciplina da parte delle stesse Autorità e a disciplinare direttamente i procedimenti regolatori generali<sup>50</sup>.

Alla categoria giuridica degli atti amministrativi a contenuto generale sono state ricondotte, dal giudice amministrativo<sup>51</sup>, anche le Linee guida dell'ANAC, introdotte nel *genus* degli atti di regolazione delle Autorità

---

(46) Si veda TAR Roma, sez. II, 13 dicembre 2011, n. 9709.

(47) Proprio la natura di autolimitate della procedura rappresentata dal ricorso alla consultazione ha fatto ritenere dal giudice amministrativo che il difetto di partecipazione non produca un annullamento degli atti dell'Autorità (Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2005, n. 976).

(48) Un'analisi accurata di tale settore, sotto il profilo della disciplina sulla regolazione, si può trovare in S. MANNONI, *La regolazione delle comunicazioni elettroniche*, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 282.

(49) Per un'accurata disamina del ruolo assunto dal diritto nella regolazione dei mercati finanziari si v. M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 442. Sugli oneri di motivazione degli atti regolatori di Banca d'Italia, Consob e Covit, si veda il titolo IV, Capo II, della l. n. 262 del 28 dicembre del 2005, «Disposizioni per la tutela del risparmio e per la disciplina del mercato finanziario».

(50) Per una disamina puntuale dei vincoli normativi alla disciplina procedurale della regolazione, cfr. M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, cit., p. 183 ss.

(51) Si veda in tal senso il parere n. 855/2016 del Consiglio di Stato.

poiché prive della capacità innovativa degli atti normativi. Il legislatore, tuttavia, in tal caso, ha definito nella disciplina contenuta nel codice degli appalti, in modo più preciso di quanto avviene per le altre Autorità indipendenti, le condizioni e i presupposti di esercizio del potere, lasciando all'ANAC il potere di sviluppare ed integrare il precetto primario secondo un dettaglio incompatibile con la qualificazione astratta propria degli atti normativi.

Quest'interpretazione ha indotto a ritenere applicabile anche alle Linee guida la disciplina procedurale tipica della funzione regolatoria, sebbene con alcuni distinguo.

Nella loro emanazione, pertanto, dovranno essere assicurate tutte le garanzie procedimentali e di qualità della regolazione richieste per le Autorità indipendenti, quali l'obbligo di sottoporre le delibere ad una preventiva fase di consultazione, anche al fine di offrire elementi motivazionali e istruttori utili alla definizione finale dell'atto di regolazione. Anche questa consultazione, che costituisce una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al *decision making process* dei soggetti interessati, imprese e cittadini, realizza, sul piano procedimentale, una forma di compensazione dell'assenza di legittimazione democratica dell'Autorità.

L'assicurazione di democraticità al procedimento di produzione delle Linee guida è in effetti affidata, più che alla rappresentatività del soggetto emanante, alla legittimazione offerta dalla consultazione al metodo di produzione degli atti<sup>52</sup>. Alla consultazione dovrà essere affiancata un'attenta analisi di impatto della regolazione nel rispetto degli *standard* che definiscono le sue modalità di svolgimento, con una valutazione specifica delle osservazioni fatte pervenire dagli interessati. Anch'essa assume una valenza compensativa dell'assenza di legittimazione democratica dell'Autorità.

Allo stesso modo, sempre riguardo alla regolazione delle attività economiche, si richiede talora una disciplina procedurale della pianificazione urbanistica più simile a quella del provvedimento singolare che a quella degli atti a contenuto generale. Si pretende ad esempio, da parte del

---

(52) Si veda, in tal senso, S. LUCIARDELLO, *Prime note sulla funzione di regolazione dell'Anac nel nuovo codice degli appalti*, in *federalismi.it*, 10 agosto 2016.

giudice amministrativo, una motivazione specifica, qualora un piano disponga restrizioni all'insediamento di attività economiche con effetto espulsivo di quelle già insediate e lo si sottopone, di conseguenza, ad un sindacato più stringente di quello permesso in passato.

Così è stata ritenuta illegittima, per un'evidente violazione del principio di proporzionalità e di legittimo affidamento, oltre che per difetto di motivazione, la riclassificazione dell'area di un'impresa che penalizzava in modo non proporzionato, e senza previo contraddittorio, una realtà imprenditoriale insediata in quel territorio da molti anni con un conseguente obbligo di dismissione<sup>53</sup>.

Nella concreta fattispecie era mancata, infatti, l'individuazione degli interessi pubblici considerati preminenti rispetto alla preservazione di un insediamento industriale attivo da decenni. L'irragionevolezza della previsione espulsiva, inoltre, veniva accentuata dal fatto che il Piano contemplava una massiccia espansione abitativa, con l'individuazione di vari ambiti di trasformazione residenziale e l'aumento rilevante della popolazione in un territorio già caratterizzato da un'elevata densità.

#### ***4. La disciplina procedurale della regolazione ambientale***

La stessa logica impronta, generalmente, il settore del diritto dell'ambiente, laddove l'intensificazione delle garanzie procedurali è dovuta al carattere complesso ed incerto delle dinamiche regolate dai relativi procedimenti generali, tipici della società cd. del «rischio»<sup>54</sup> e al conseguente intento di rendere la società civile corresponsabile delle scelte compiute attraverso di questi, al fine di rafforzarne la legittimazione.

In tale settore la partecipazione si esprime spesso nella forma della democrazia deliberativa ovvero attraverso processi di discussione e di dialogo improntati ai principi dell'inclusione e del confronto, all'insegna dello scambio di argomentazioni<sup>55</sup>. Com'è noto, tale forma configura un

---

(53) Si v. in tal caso TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 15 marzo 2017, n. 374.

(54) Si v. U. BECK, *La società del rischio: verso una seconda modernità*, Torino, Carocci, 2013.

(55) L'espressione fu utilizzata per la prima volta da J. BESSETTE, *Deliberative democracy. The majority principle in republican government*, in R.A. GOLDWIN, W.A. SCHAMBRÀ (a cura di), *How democratic is the Constitution?*, Washington American Enterprise Institute, 1980. Sul concetto di democrazia deliberativa e i suoi confini con altri concetti analoghi, come quello di democrazia

salto qualitativo rispetto a quella rappresentativa e partecipativa, favorendo non solo la condivisione del processo decisionale ma, altresì, l'introduzione di meccanismi in grado di favorire la formazione di valutazioni il più possibile consapevoli e informate.

Grazie all'attivazione di tale forma di partecipazione, in effetti, le decisioni finali assunte risulterebbero improntate ad una maggiore «razionalità ecologica»<sup>56</sup> in quanto più adeguate ad applicarsi alla complessità e all'incertezza tipiche dei procedimenti ambientali e ai processi sociali che si attivano attorno a questi. L'incertezza sotto il profilo tecnico-scientifico che caratterizza il processo di assunzione di queste decisioni e l'asimmetria informativa che sussiste, spesso, fra il regolatore e i destinatari delle scelte richiede infatti che la partecipazione sia sostenuta il più possibile da argomenti informati e consapevoli.

Si tratta, pertanto, di garanzie in cui appare assai attenuata la logica difensiva mentre risultano esaltate altre funzioni, principalmente quella di supporto e di orientamento all'autorità decidente nell'assunzione della decisione amministrativa e quella di una sua maggiore legittimazione rispetto a chi ne subisce l'impatto<sup>57</sup>.

Fra i modelli utilizzati cui si fa ricorso nel settore ambientale, per l'esplorazione della partecipazione, uno dei più interessanti è quello del *débat public*, previsto nell'ordinamento francese come strumento di confronto e ascolto fra i cittadini e l'amministrazione, come espressione della *démocratie de proximité*<sup>58</sup> ed esportato nel nostro ordinamento nazionale.

---

partecipativa, si veda L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Dem. Dir.*, 2006, p. 14 ss.; si veda anche ID., *Tipi di deliberazione*, in *Riv. it. di Scienza pol.*, 3, 2007, pp. 359-383.

(56) In tale prospettiva si vedano le riflessioni di J.S. DRYZEC, *Rational Ecology: Environment and Political Economy*, Oxford, Blackwell, 1987.

(57) Gli stessi tratti che caratterizzano, di regola, la partecipazione in tale settore, ossia la sua collocazione anticipata nell'*iter* procedimentale, la sollecitazione al pubblico ad intervenire da parte dell'Autorità, attraverso la sottoposizione a questo della proposta di piano o di programma, la libertà di accesso alle informazioni ambientali, l'estesa legittimazione all'intervento e l'obbligo di recepire le risultanze dell'istruttoria nella motivazione, sono diritti, principalmente, ad assolvere a tali funzioni.

(58) Sui limiti e le potenzialità di tale modello si veda A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 1173. Sulla nozione di conflitti di prossimità nella scienza giuridica francese, si veda G. SÉNÉGAL, *Conflicts de proximité et coopération, une géographie des acteurs et des interactions sociales*, in *Cahier du géo-*

Tale modello è stato introdotto con l'intento di superare i limiti sperimentati nel funzionamento dell'*enquête public*, concepita originariamente quale strumento più istruttorio che partecipativo, fondato sulla condivisione, tra autorità e cittadini, di una serie di informazioni rilevanti sull'istruttoria da realizzare e sulla successiva possibilità dei privati di presentare *observations et propositions*. L'intensità della partecipazione risultava accresciuta, all'interno del modello, dall'obbligo dell'autorità di considerare le osservazioni e le proposte del pubblico al momento dell'assunzione della decisione, con la possibilità di discostarsene esponendo le ragioni della sua scelta.

Nello stesso strumento erano insiti due vizi genetici, anche dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina del 2010 che gli ha riconosciuto una portata partecipativa. Si tratta di un modello che si esprime unicamente attraverso la raccolta di documentazione e che viene situato in una fase dell'iter decisionale molto avanzata, successiva al momento di programmazione e localizzazione dell'opera. Il *débat* che, pur avendo un ambito di applicazione più limitato dell'inchiesta, possiede una rilevanza sistemica maggiore, si colloca in effetti in una fase procedimentale molto antecedente rispetto alla localizzazione puntuale, quando tutte le opzioni progettuali sono ancora percorribili. Lo svolgimento della procedura è affidata al coordinamento di una specifica autorità indipendente – *la Commission national du débat public* – cui è affidato il compito di vigilare sul rispetto delle regole sulla partecipazione nei processi di elaborazione dei progetti infrastrutturali.

Tale modello non si configura quale sede in senso vero e proprio della decisione, di esclusiva competenza dell'autorità decidente pubblica, ma si caratterizza quale momento dialogico di un più ampio processo di definizione della scelta finale, articolata su un triplice livello. Anzitutto l'informazione del pubblico attraverso la diffusione della documentazione relativa al progetto; poi la partecipazione delle collettività interessate al processo di definizione delle scelte più rilevanti; infine la colla-

---

*graphie*, 2005, p. 138 e P. MELE, *Conflicts de proximité et dynamiques urbaines*, Rennes, Presse Universitaires de Rennes, 2013, p. 8 ss. Più in generale, sul tema, si veda S. CASSESE, *La partecipazione al procedimento amministrativo in Italia e fuori dell'Italia, ovvero la democrazia amministrativa*, in *Annuario DRSAD*, a cura di R. BALDUZZI, Milano, Giuffrè, 2011, p. 212 ss.



borazione con il lavoro del *maître d'ouvrage* e l'amministrazione competente nelle forme ritenute più idonee dalla Commissione.

I documenti prodotti dalla Commissione (un *compte rendu* e un *bilan*) non si esprimono tanto sull'opportunità di realizzare l'infrastruttura né sui contenuti del progetto, ma si limitano a riportare gli esiti della procedura che non assumono alcun effetto vincolante per il *maître d'ouvrage*. Dopo tre mesi dalla pubblicazione degli esiti, il responsabile del progetto dovrà chiarire riguardo ad un'eventuale rinuncia al progetto, sulla volontà di rivederlo o sulla sua intenzione di confermarlo, motivando la decisione.

L'analisi della concreta esplicazione della procedura fa quindi emergere l'assunzione di una sua valenza essenzialmente informativa, non in grado di trasformare le preferenze o il consenso dei partecipanti né di condurre le diverse istituzioni nella direzione di una realizzazione condivisa dell'infrastruttura.

Determinante risulta inoltre l'influenza esercitata, sulla disciplina procedurale in materia, dalla direttiva 2003/35/CE che, all'art. 3, lett. c), prevede che, nell'adozione delle decisioni finali nei procedimenti di pianificazione e programmazione, si tenga «debitamente conto delle risultanze della partecipazione del pubblico». Rilevante sulla conformazione del modello partecipativo in materia ambientale è anche la direttiva 2011/92/UE, relativa alla valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati e la direttiva 2014/52/UE che l'ha modificata.

L'obbligo di incorporare nella decisione, nel settore ambientale, le «*reasons and considerations on which it is based*» è inoltre imposta dalla Convenzione di Aarhus (1998), che all'art. 6, comma 8, individua altresì, fra le tipologie di procedure cui si applica il principio partecipativo i «*plans, programmes and policies relating to the environment*»<sup>59</sup>. Tale Convenzione, peraltro, è oggi parte integrante del nostro diritto interno, in ossequio all'art. 117, comma 1, della Costituzione, in base al quale Stato e Regioni esercitano la potestà legislativa, nel rispetto, oltre che

---

(59) Aperta alla sottoscrizione ad Aarhus, il 25 giugno 1998, questa è stata ratificata dal nostro Paese con la l. 16 marzo 2001, n. 108.

del diritto europeo, dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, ivi comprese, quindi, le convenzioni stipulate a livello internazionale.

Le discipline europee e globali conformano il paradigma della partecipazione, nel settore ambientale, secondo alcuni tratti comuni.

La collocazione anticipata della partecipazione nell'*iter* procedimentale, la sollecitazione del pubblico ad intervenire da parte dell'Autorità, attraverso la sottoposizione a questo della proposta di piano o programma, la libertà di accesso alle informazioni ambientali, l'estesa legittimazione all'intervento e l'obbligo di recepirne le risultanze nella motivazione costituiscono infatti, a livello europeo e globale, i caratteri ricorrenti della partecipazione ai procedimenti generali con un impatto sull'ambiente.

### ***5. La rilevanza, sotto il profilo procedurale, del contenuto delle singole prescrizioni***

È necessario aggiungere, inoltre, che la valenza esplicativa, a fini concettuali, della categoria giuridica degli atti amministrativi generali non permette sempre conclusioni certe e univoche riguardo alla sua disciplina procedurale. L'attenzione va portata piuttosto, talora, sulle specifiche prescrizioni contenute in un determinato atto e la portata che la qualificazione del suo contenuto ha sulla regola procedurale applicabile al caso concreto<sup>60</sup>.

La singola prescrizione, oggetto di contestazione da parte del ricorrente per cui ha un effetto lesivo, può essere interpretata, in effetti, come individuale o generale, pur essendo contenuta in un atto che, per i suoi effetti plurisoggettivi, dovrebbe essere considerato, nel suo complesso, come un atto amministrativo generale.

In realtà non sempre gli atti amministrativi generali sono caratterizzati dalla presenza di prescrizioni tutte destinate a produrre effetti per una pluralità indeterminata di soggetti. Talora è possibile, in effetti, scorporare, dalla massa indistinta degli individui a cui l'atto generale si rivolge, soggetti maggiormente qualificati in quanto destinatari finali dei precetti ivi contenuti.

---

(60) In tal senso si v. B. TONOLETTI, M. RAMAJOLI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, p. 53 ss.

Il problema della disciplina procedurale più idonea si pone pertanto, talora, al momento della concreta operatività dell'atto, ossia quando la qualificazione delle sue specifiche prescrizioni è rilevante per stabilire quale disciplina processuale risulti più idonea a soddisfare le pretese del ricorrente. La questione più rilevante che tende a porsi, nel definire il regime processuale più adeguato, è quello della tensione sussistente fra l'istanza di tutela immediata del singolo, rispetto al pregiudizio arrecato da prescrizioni di natura singolare, e la necessità di assicurare, nel tempo, la stabilità dell'assetto instaurato dal piano imponendone un'impugnazione solo unitamente all'atto applicativo<sup>61</sup>.

In tema di disposizioni dirette a regolare l'uso del territorio negli aspetti urbanistici ed edilizi, contenute nel piano regolatore, nei piani attuativi e in altro strumento generale individuato dalla disciplina statale e regionale, la distinzione corrisponde a quella fra prescrizioni che stabiliscono in via immediata le potenzialità edificatorie di un territorio e quelle che disciplinano, più in dettaglio, l'esercizio dell'attività pianificatoria, in genere contenute nelle norme tecniche di attuazione del Piano o nel regolamento edilizio<sup>62</sup>.

Per le prime si impone un onere di immediata impugnazione, nel termine di decadenza decorrente dalla pubblicazione dello strumento pianificatorio; le prescrizioni di dettaglio, viceversa, sono suscettibili di ripetuta applicazione ed esplicano effetto lesivo nel momento di adozione dell'atto applicativo, unitamente al quale debbono essere impuginate.

Alcune disposizioni disciplinano compiutamente l'attività di destinatari chiaramente determinati, dettando prescrizioni immediatamente applicabili ed in grado, pertanto, di ledere in modo diretto le posizioni di terzi. In tal caso la natura prescrittiva dell'atto, formalmente asseribile sul piano più generale, dovrà essere esclusa nel concreto, posto che la sin-

---

(61) Circa il fatto che l'impugnazione immediata dei regolamenti rappresenti comunque l'eccezione e non la regola, si v. TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 9 febbraio 2015, n. 387 per il quale le norme regolamentari sono immediatamente impugnabili solo se munite di immediata capacità lesiva. Tale circostanza deve essere accertata, tenuto conto del contenuto della norma regolamentare, nonché dell'entità delle conseguenze prodotte sotto la sua vigenza.

(62) Si v. ad esempio Cons. Stato, VI, 5 agosto 2005, n. 4159; Cons. Stato, sez. IV, 18 gennaio 2018, n. 332; TAR Toscana, Firenze, sez. III, 20 novembre 2017, n. 1419; TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 6 ottobre 2016, n. 326.

gola prescrizione presenta un contenuto essenzialmente provvedimento, per il fatto che essa incide direttamente e unilateralmente sulla sfera giuridica di uno o più soggetti determinati<sup>63</sup>.

Ne discende la necessità di rispettare il regime procedimentale e processuale correlato allo specifico contenuto che l'atto assume nel concreto, non all'astratta qualificazione della sua natura giuridica. Tali considerazioni, riferite ai regolamenti, sono state estese dalla giurisprudenza sia alle circolari normative sia agli atti amministrativi generali<sup>64</sup>.

La stessa Adunanza plenaria, riguardo all'impugnazione dei bandi di concorso, ha asserito che questi ultimi, «se contenenti clausole immediatamente lesive dell'interesse degli aspiranti al concorso (perché impongono determinati requisiti di partecipazione) devono essere immediatamente ed autonomamente impugnati, con conseguente inammissibilità sia dell'impugnazione diretta solo contro il provvedimento di esclusione del concorso, costituente atto di mera esecuzione ed applicazione del bando, sia dell'impugnazione contestuale del bando stesso e dell'esclusione, ove siano decorsi i termini per il ricorso contro il bando medesimo»<sup>65</sup>.

Così ad esempio è avvenuto, di recente, per il piano di dimensionamento scolastico in cui sono stati ritenuti sufficientemente determinati i rappresentanti degli istituti destinatari e coinvolti da un'eventuale soppressione.

In tal caso, di conseguenza, non è stata ritenuta applicabile, dal giudice amministrativo<sup>66</sup>, la disposizione contenuta nell'art. 13 della l. n. 241 del 1990 laddove esclude l'applicabilità delle norme sulla partecipazione ma piuttosto il rinvio, in questa contenuto, alle particolari norme che regolano la formazione degli atti di pianificazione. Nel caso in questione, in effetti, la disciplina imponeva il coinvolgimento degli istituti interes-

---

(63) Si v. Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 948 e 17 aprile 2002, n. 2032.

(64) Si v. Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2002, n. 4677; 10 aprile 2002, n. 1925; Trib. Sup. Acque, 4 novembre 2010, n. 150.

(65) Si v. Cons. Stato, Ad. plen., 4 dicembre 1998, n. 10. Nella stessa direzione, si veda Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2011, n. 2892.

(66) Si v. TAR Liguria, sez. II, 28 agosto 2009, n. 2289, riformata con declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado dal Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2015, n. 994.

sati alla soppressione dato l'impatto che le determinazioni pianificatorie potevano avere sull'istituzione e sul funzionamento di singoli istituti. Analogamente un obbligo di motivazione più incisivo è richiesto per atti, pur a contenuto generale, ma immediatamente lesivi, per alcune specifiche disposizioni, di posizioni giuridiche soggettive, come nel caso di annullamento giurisdizionale di dinieghi del titolo edilizio o di silenzio rifiuto su domanda di rilascio del permesso di costruire. Lo stesso avviene laddove il piano urbanistico preveda un sovradimensionamento di aree destinate a ricevere attrezzature pubbliche o di interesse generale con una quantificazione superiore rispetto ai parametri definiti dalla normativa<sup>67</sup>.

#### *6. L'ancoraggio a interessi pubblici estrinseci rispetto alla qualificazione giuridica astratta dell'atto*

In altre fattispecie ancora, le circostanze che inducono ad adottare la più stringente disciplina procedurale del provvedimento singolare, invece che quella dell'atto amministrativo a contenuto generale, sono elementi estrinseci al contenuto concreto dell'atto; si pensi all'affidamento qualificato dei destinatari delle misure in esso contenute o alla sussistenza di interessi pubblici rilevanti che vincolano ad un determinato regime procedimentale per soddisfare esigenze di natura politica.

In tali fattispecie la disciplina procedurale non consegue direttamente né al contenuto né alla qualificazione astratta dell'atto ma è funzionale a soddisfare o valori rilevanti dell'ordinamento o obiettivi più generali di una specifica politica pubblica.

In questa prospettiva, la presenza di un affidamento qualificato dei destinatari di specifiche misure, pur contenute in atti amministrativi aventi contenuto generale, esige, per il giudice amministrativo, un preventivo confronto con gli operatori accreditati, volto ad illustrare le ragioni della loro adozione, nonché una motivazione approfondita quanto maggiore è la loro distanza rispetto alle previsioni attese<sup>68</sup>.

---

(67) Si v. Cons. Stato, Ad. plen., 22 dicembre 1999, n. 24; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 30 settembre 2016, n. 1766.

(68) Si v. Cons. Stato, Ad. plen., 12 aprile 2012, n. 3.

Il rispetto di tali obblighi procedurali è stato ad esempio richiesto, dai giudici di Palazzo Spada, riguardo alla questione della regressione finanziaria, ossia a meccanismi di riequilibrio che intervengano a consuntivo rispetto a tetti di spesa sanitaria inizialmente fissati dalla Regione in sede di programmazione sanitaria e suscettibili di incidere *ex post* sui diritti originati dalla prestazione sanitaria. Tale specifica disciplina procedurale dovrebbe essere rispettata sebbene l'effetto di regressione sia stato ritenuto, dalla Consulta, «espressione del potere autoritativo di fissazione dei tetti di spesa e di controllo pubblicistico di questa in funzione di tutela della finanza pubblica affidato alle regioni»<sup>69</sup>.

La regressione, purché sorretta da criteri di ragionevolezza ed equità, avrebbe lo scopo di contenere la remunerazione complessiva delle prestazioni nei limiti fissati, persistendo l'esigenza di contenimento della spesa pubblica sanitaria nei tetti fissati dalle delibere regionali di programmazione. L'autonomia dei vari organi e soggetti operanti nel settore, infatti, non può che essere correlata alle disponibilità finanziarie, a prescindere dalla limitatezza delle risorse e dalle esigenze di risanamento del bilancio nazionale.

Tuttavia i giudici di Palazzo Spada hanno comunque convenuto che l'attivazione di una fase di confronto, quantunque non imposta da specifica disposizione legislativa, fosse comunque necessaria per evitare di ledere in modo immotivato la tutela dell'affidamento risposto dagli operatori del settore in una quantificazione dei rimborsi da percepire. Quest'affidamento qualificato, tale da richiedere la disciplina procedurale applicabile al provvedimento singolare, ossia una motivazione specifica, non sarebbe tuttavia ravvisabile, per il Consiglio di Stato, nel caso di interesse «correlato ad una precedente previsione urbanistica che consenta un utilizzo dell'area in modo più proficuo rispetto a quelle che si possono evincere dai criteri di ordine tecnico-urbanistico».

In tal caso, in effetti, si tratterebbe di un'aspettativa generica alla non *reformatio in peius* delle destinazioni di zone edificabili e non di un affidamento qualificato, cedevole dinnanzi alla discrezionalità del potere

---

(69) Si v. Corte cost., 28 luglio 1995, n. 416.

pubblico di pianificazione urbanistica<sup>70</sup> per il cui esercizio si applicherebbe, dunque, il principio della non necessità di una motivazione ulteriore.

La stessa asimmetria concettuale fra qualificazione giuridica dell'atto a contenuto generale e suo relativo regime procedimentale emerge, altresì, nella giurisprudenza amministrativa sulle prescrizioni localizzative comunali delle antenne di telefonia mobile. Il giudice amministrativo, infatti, ne ha enfatizzato i caratteri di generalità e astrattezza e le ha ricondotte, tuttavia, al regime procedurale del provvedimento singolare e concreto, assoggettando all'obbligo di motivazione l'atto di diniego del Comune all'installazione degli impianti<sup>71</sup>.

Peraltro la natura essenzialmente regolamentare delle disposizioni è attestata dall'art. 8, comma 6, della l. n. 36 del 2001, che qualifica come «regolamento» l'atto giuridico per l'esercizio della potestà riconosciuta ai Comuni di assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti. L'esercizio di tale potere, nel contempo, nel definire i criteri di localizzazione e le regole di indirizzo per l'insediamento degli impianti, non può ragionevolmente spingersi, per i giudici costituzionali, fino a decretare l'impossibilità di realizzare una rete completa di infrastrutture per la telecomunicazione sotto la veste di misure di tutela della salute della popolazione dalle immissioni radiotelefoniche, riservate allo Stato<sup>72</sup>.

In tale logica l'introduzione di limiti urbanistici alla localizzazione di antenne di telefonia mobile «trova giustificazione solo se ... sia sorretta da una sufficiente motivazione sulla base delle risultanze acquisite attraverso un'istruttoria idonea a dimostrare la ragionevolezza della misura e la sua idoneità rispetto al fine perseguito». La disarmonia ravvisabile fra contenuto delle singole prescrizioni e disciplina procedurale applicabile è dovuta al fatto che a guidare l'orientamento del giudice amministrativo è stata più un'esigenza di politica del diritto che una di stretta coerenza concettuale.

---

(70) Si v. TAR Lombardia, Milano, sez. II, 19 maggio 2017, n. 1154.

(71) In tal senso si veda Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3888.

(72) Si v. per tale interpretazione Corte cost., 7 ottobre 2003, n. 307; 7 novembre 2003, n. 331.

Si intendeva infatti tutelare l'interesse economico generale, alla base della disciplina europea, rappresentato dalla necessità di assicurare il funzionamento adeguato della rete di telefonia mobile. Tale funzionamento appariva maggiormente garantito da una contiguità delle singole stazioni tale da compensare la debolezza del segnale di antenna. L'imposizione di un'adeguata motivazione alle scelte di localizzazione delle antenne di telefonia era dunque diretta ad evitare che tali decisioni fossero improntate ad una logica arbitraria e giustificate da finalità di tutela riservate allo Stato e non all'Ente locale.

La stessa asimmetria fra qualificazione giuridica dell'atto e suo regime procedurale si riscontra, in tal caso al contrario, nella vicenda della pianificazione delle attività estrattive nella Regione Lombardia. Tale programmazione era affidata, dalla l. n. 14 del 1998, a Piani provinciali, predisposti dalle Provincie ed esaminati dalla Giunta che vi apportava «ove necessario, anche sulla base dei pareri e delle osservazioni pervenute, integrazioni e modifiche», per trasmetterli poi al Consiglio regionale per l'approvazione.

Il profilo maggiormente controverso era appunto quello dell'obbligo o meno, da parte del Consiglio, in sede di approvazione del piano cave, di motivare le scelte riguardanti le singole aree rispetto al quale il TAR aveva accolto il ricorso per grave carenza motivazionale e difetto di istruttoria<sup>73</sup>.

I giudici di Palazzo Spada, fondando la propria pronuncia sull'«interdipendenza reciproca delle previsioni interessanti le singole aree»<sup>74</sup> e il coinvolgimento di un elevato numero di destinatari avevano contestato la necessità di una specifica motivazione sulle scelte riguardanti le singole aree, evocando la propria giurisprudenza in materia di atti amministrativi a contenuto generale<sup>75</sup>.

---

(73) Si v. TAR Lombardia, Milano, sez. IV, n. 5016 del 2009, concernente l'approvazione del nuovo Piano Cave della Provincia di Varese.

(74) In tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 9 dicembre 2010, n. 8640; Cons. Stato, sez. VI, 14 agosto 2012, n. 4569.

(75) Cons. Stato, sez. VI, n. 4569/2012; Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2011, n. 711; Cons. Stato, sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8640.



In tale contesto, tuttavia, il richiamo alle caratteristiche di unitarietà e di inscindibilità del piano, evocate dal Consiglio di Stato per respingere la pretesa, accolta dal TAR, ad una motivazione specifica delle singole scelte non riusciva del tutto convincente; queste investivano, in effetti, ambiti territoriali circoscritti e singole unità di cava e assumevano, più ragionevolmente, le sembianze e la natura giuridica del provvedimento singolare e concreto.

In tal caso, dunque, il giudice amministrativo, a differenza che nelle vicende precedenti, faceva prevalere la disciplina procedurale della categoria giuridica più generale senza tener conto, nello specifico, del contenuto delle singole prescrizioni, di carattere indubbiamente singolare. Lo stesso elemento della generalità, inoltre, veniva riconosciuto non tanto nella plurisoggettività dei destinatari dell'atto quanto in un elemento oggettivo, ossia il contesto normativo generativo di un'interdipendenza delle singole scelte e di una loro necessaria coerenza con il piano nella sua interezza.

### *7. Alcune conclusioni*

Posto che tutto l'impianto della legge generale sul procedimento appare declinato nell'offrire, anche in tema di garanzie procedurali, una disciplina procedurale del provvedimento singolare, il significato degli artt. 3, 13 e 24 della l. n. 241 del 1990 s.m., non sembra affatto indicare una loro preclusione nell'attività amministrativa generale quanto il rinvio alle discipline speciali proprie di ciascuna funzione.

In tali discipline, relative alla regolazione condizionale dell'attività economica e alla regolazione ambientale, il riconoscimento a tali garanzie di funzioni ulteriori e differenti rispetto a quelle insite in una valenza essenzialmente difensiva della partecipazione e della motivazione e il vincolo alla loro attivazione, ravvisabile nel diritto europeo, ne impone non solo la presenza ma ne conforma, altresì, modelli e contenuti.

È evidente, infatti, che l'assenza di una valenza improntata, essenzialmente e unicamente, a quella del contraddittorio e dell'aggiudicazione impedisce che il regime processuale condizioni e conformi la disciplina procedurale delle garanzie partecipative e il correlato obbligo di motivazione. La loro sussistenza e ragion d'essere non appare infatti condi-

zionata dalla presenza dell'interesse ad agire e, sul piano più sostanziale, da quella dell'interesse legittimo.

I modelli partecipativi delineati dalle discipline speciali rispondono, nelle funzioni pubbliche più frequenti e rilevanti, all'esigenza di arricchire l'istruttoria procedimentale attraverso apporti cognitivi e documentali e a legittimare maggiormente la scelta infine assunta dall'autorità decidente. Il relativo obbligo di motivazione appare calibrato, di conseguenza, nel rafforzare l'influenza delle garanzie partecipative sulla scelta infine assunta dall'autorità decidente.

Una logica ancor più specifica impronta le garanzie procedimentali nella funzione regolatoria che pare discostarsi, altresì, sia dal paradigma classico dell'attività amministrativa generale sia da quello del potere discrezionale, e avvicinarsi a quello dell'attività normativa per la presenza di prescrizioni con valenza innovativa.

In tal caso la consultazione dei destinatari delle misure regolatorie sullo schema di atto assolve ad una maggiore legittimazione dei vincoli impressi all'esercizio della libertà economica attraverso la sua emanazione. Il suo esercizio, in un contesto di razionalità e di conoscenza limitata, qual è, di regola, quello del regolatore, favorisce il conseguimento stesso degli obiettivi e degli effetti della regolazione, attraverso il perfezionamento e l'arricchimento dell'atto regolatorio finale.

Inoltre l'esplicarsi delle garanzie procedurali svolge un ruolo di compensazione dell'assenza di una legittimazione democratica delle Autorità di regolazione e supplisce, dal basso, alle garanzie di legalità sostanziale che dovrebbero presiedere all'esplicarsi di poteri prescrittivi.

La qualificazione giuridica degli atti amministrativi a contenuto generale non si rivela infine, attraverso l'elemento della plurisoggettività dei destinatari e, quindi, dell'assenza di una lesione immediata di posizioni soggettive, una condizione sufficiente e univoca dalla quale far discendere una specifica disciplina procedurale, differente da quella del provvedimento singolare.

In uno stesso atto generale, infatti, possono essere compresenti, com'è stato evidenziato, sia prescrizioni astratte, sia singolari e concrete che reclamano inevitabilmente garanzie partecipative e motivazionali a valenza difensiva, a fronte di una immediata lesione di posizioni soggettive e della conseguente emersione dell'interesse ad agire. In tal caso,

infatti, quanto più le prescrizioni si avvicinano alla sfera del concreto provvedere, tanto più deve prevalere la logica della disciplina procedurale applicabile al provvedimento singolare e concreto.

Ne discende la necessità di rispettare il regime procedurale coerente con il contenuto che l'atto assume nel concreto, non con la sua astratta qualificazione generale.

In fattispecie ulteriori, la stretta simmetria fra disciplina procedurale e qualificazione generale dell'atto è preclusa dalla sussistenza di interessi pubblici rilevanti che inducono, di volta in volta, ad un'istruttoria più o meno approfondita in seno all'attività a contenuto generale. Tale orientamento discende, rispettivamente, o dalla necessità di tutelare specifici valori dell'ordinamento, come un affidamento qualificato dei destinatari dell'atto, o per giustificare, in via eccezionale, limiti al perseguimento di un obiettivo di una politica europea, come quella concretizzantesi nella realizzazione di una rete completa di infrastrutture di telefonia mobile. Infine l'esclusione di tali garanzie viene fatta discendere, talora, dalla necessità di preservare la compattezza oggettiva o la stabilità di un determinato assetto pianificatorio rispetto ad una sua frammentazione nelle scelte relative alle singole aree.

Da convitate di pietra nella disciplina generale sul procedimento, le garanzie procedurali dell'attività amministrativa generale hanno viceversa ricevuto, grazie alla loro previsione da parte delle discipline speciali, un'inaspettata rivitalizzazione anche attraverso un arricchimento delle loro finalità e dei rispettivi modelli di funzionamento, discendenti dal diritto europeo. Tale rafforzamento è conseguito, nelle discipline speciali analizzate, non tanto dalla necessità di offrire una tutela a specifiche posizioni soggettive, quanto dall'esigenza di legittimare, attraverso la consultazione preventiva e l'acquisizione del consenso, scelte di rilevante impatto su diritti fondamentali dell'ordinamento, come quello dell'ambiente o della libertà economica.

La valenza difensiva di tali garanzie riaffiora tuttavia, anche in seno all'attività amministrativa generale, qualora la necessità di assicurare una tutela diretta ed immediata al singolo, rispetto ad una prescrizione direttamente applicabile, sia ritenuta prevalente rispetto a quella di preservare la solidità di un determinato assetto pianificatorio.

La stessa si manifesta, infine, qualora la tutela di un valore qualificato dell'ordinamento, come quello dell'affidamento, esiga un preventivo confronto con i soggetti destinatari di un potere programmatario, quale, ad esempio, quello di fissazione in via autoritativa dei tetti di spesa sanitaria, per evitare un pregiudizio immotivato di aspettative qualificate dell'ordinamento.

Allo stesso modo, infine, la necessità di rispettare un'istruttoria più approfondita si palesa qualora debbano giustificarsi limiti specifici al conseguimento di una politica europea ritenuta di particolare rilievo, quale ad esempio quella diretta ad assicurare il funzionamento adeguato delle reti di telefonia mobile. Anche in tali ultimi casi, la partecipazione e la motivazione assolvono a funzioni differenti da quelle correlate al contraddittorio e all'aggiudicazione, e rispondono piuttosto alla funzione di giustificare, con un'istruttoria più approfondita, l'introduzione di deroghe al compiuto conseguimento di una politica europea.