

Università degli Studi di Roma “La Sapienza”
Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici
Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico
Curriculum in Diritto Amministrativo IUS/10
XXXIV ciclo

IL FONDAMENTO DEI POTERI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

Candidata:
Elisa Apostolo

Tutores:
Chiar.mi proff. Vincenzo Cerulli Irelli
Andrea Carbone
Maria Chiara Romano

Coordinatore:
Chiar.mo prof. Cesare Pinelli

INDICE

Introduzione

CAPITOLO I

Le Amministrazioni indipendenti: origini storiche e caratteri comuni: l'indipendenza nel diritto nazionale e nel diritto europeo.

1. Cenni sulle origini storiche delle Autorità indipendenti in Italia per effetto della spinta europea.....	p. 6
2. Il quadro delle Autorità indipendenti.....	p. 16
3. I tratti comuni: l'indipendenza dal potere politico e dai soggetti regolati.	p. 45
4. Le Autorità indipendenti e il potere politico. L'indipendenza funzionale: elementi strutturali (i meccanismi di nomina, i requisiti, la durata del mandato e il divieto di rinnovo).	p. 46
4.1. L'indipendenza e la revoca dei membri degli organi di vertice.....	p. 53
5. I corollari dell'indipendenza funzionale delle Autorità: l'autonomia organizzativa, contabile e finanziaria.	p. 55
6. L'indipendenza delle Autorità dai soggetti regolati: il regime delle incompatibilità.	p. 58
7. Il diverso ruolo delle Autorità indipendenti nell'ambito dell'organizzazione amministrativa europea. Le agenzie europee e le Autorità indipendenti europee...	p. 60
8. L'indipendenza delle Autorità nel diritto europeo. Il concetto europeo di indipendenza.	p. 67
9. Sulla natura giuridica delle Autorità indipendenti nel sistema costituzionale....	p. 73
10. Il problema della legittimità costituzionale delle Autorità indipendenti. Il fondamento nel diritto europeo	p. 81

CAPITOLO II

I poteri delle Autorità amministrative indipendenti e il loro fondamento.

1. La funzione di regolazione. Premessa.	p. 85
2. La funzione normativa delle Autorità indipendenti.	p. 91
2.1. Premessa. Poteri di regolamentazione interna e aventi efficacia esterna. Poteri formalmente normativi o (solo) sostanzialmente normativi.	p. 91
2.2. Brevi cenni sui caratteri dell'atto normativo: generalità, astrattezza e innovatività.	p. 95
2.3. Casistica di atti adottati da ARERA e AGCom. Atti normativi o amministrativi generali?	p. 99
2.3.1. Esempi di atti adottati da ARERA.	p. 100
2.3.2. Esempi di atti adottati da AGCom.	p. 106
2.3.3. Considerazioni critiche.....	p. 110
2.4. Possibili profili di incostituzionalità della norma attributiva del potere normativo per violazione del principio di legalità. Dalla legalità sostanziale alla legalità procedimentale.....	p. 111
2.5. La collocazione degli atti normativi delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti del diritto e il problema dei rapporti con la legge e con i regolamenti del Governo.	p. 123

2.6. Gli atti normativi delle Autorità indipendenti e l'autonomia privata. Gli effetti indiretti del potere normativo delle Autorità: l'eterointegrazione dei contratti.....	p. 126
3. Gli atti c.d. di <i>soft law</i>	p. 131
4. La funzione di regolazione: i poteri amministrativi in senso stretto. I poteri di vigilanza, controllo e monitoraggio.	p. 136
5. Il potere sanzionatorio.	p. 140
5.1. La componente ripristinatoria/riparatoria del potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti: le decisioni con impegni e i programmi di clemenza <i>antitrust</i>	p. 156
6. Il potere prescrittivo.	p. 165
7. I poteri consultivi e di segnalazione.	p. 167
8. I poteri contenziosi.	p. 171
9. Considerazioni critiche.	p. 177

CAP. III

Le Autorità indipendenti e la giurisdizione

1. Premessa. Il problematico rapporto tra Autorità indipendenti e giurisdizione....	p. 180
2. Autorità indipendenti e discrezionalità (tecnica o amministrativa?).	p. 181
2.1. Considerazioni preliminari sul "tipo" di attività delle Autorità: discrezionalità tecnica o amministrativa?	p. 182
2.2. La posizione della dottrina e della giurisprudenza.	p. 185
2.3. Considerazioni critiche. La necessaria assimilazione dei due tipi di discrezionalità a fronte dell'esigenza di un controllo giurisdizionale intenso sull'attività delle Autorità indipendenti.	p. 189
3. Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti.	p. 192
3.1. L'importanza ordinamentale del controllo giurisdizionale.	p. 192
3.2. Dal rispetto delle garanzie partecipative al contenuto specialistico degli atti: l'intensità del sindacato. La posizione della dottrina e l'evoluzione giurisprudenziale sul tema.	p. 193
3.3. Le attuali tendenze della giurisprudenza sul controllo sugli atti delle Autorità indipendenti.	p. 199
3.4. Considerazioni critiche.	p. 203
4. Le Autorità indipendenti ricorrenti: la speciale legittimazione <i>ex lege</i> a ricorrere di alcune Autorità indipendenti. Verso una giurisdizione di tipo oggettivo?	p. 204
5. Considerazioni critiche. La configurazione della legittimazione <i>ex lege</i> a ricorrere come potere inteso alla cura dell'interesse pubblico nell'ambito di un processo di stampo soggettivo.	p. 213

CAPITOLO IV

Considerazioni conclusive sulla legittimazione delle Autorità indipendenti e sul fondamento del complesso sistema dei poteri.....

BIBLIOGRAFIA	p. 224
--------------------	--------

INTRODUZIONE

La presente ricerca è dedicata all'analisi delle Autorità indipendenti, dal punto di vista strutturale e funzionale, con particolare riguardo al tema del fondamento dei poteri normativi e amministrativi attribuiti a questo particolare modello di amministrazione.

Un modello di amministrazione che trova difficoltà ad essere ricondotto nell'ambito delle tradizionali categorie concettuali e che impone una ricostruzione, anche in chiave europea, di alcuni principi fondamentali della pubblica amministrazione.

L'interesse ad un'analisi approfondita di tale tema emerge con evidenza se si tiene a mente la pervasività dell'attività svolta dalle Autorità indipendenti, che invade oggi ogni aspetto dei settori cui le stesse sono deputate, compresi quegli spazi che in via generale sarebbero riservati all'autonomia negoziale dei privati.

Anche in considerazione degli effetti (diretti e indiretti) prodotti dall'esercizio delle funzioni, normativa e di regolazione, di cui le Autorità sono titolari, di portata fortemente incisiva delle situazioni soggettive dei destinatari, appare necessario che tanto le Autorità indipendenti come modello di amministrazione quanto i poteri dalle stesse esercitati trovino un adeguato fondamento nel nostro ordinamento.

Il primo capitolo è pertanto dedicato all'analisi del modello di amministrazione indipendente - dalle ragioni a fondamento del ricorso allo stesso ai caratteri strutturali e funzionali del tipo - al fine di individuare ove debba esserne rintracciata, oggi, la legittimazione perché sia compatibile con la Costituzione.

Il secondo capitolo analizza quindi (in termini problematici attesa la questione della compatibilità con il principio costituzionale di legalità) il complesso dei poteri delle Autorità – distinguendo tra funzione normativa, che dà luogo all'adozione di atti normativi veri e propri, e funzione di regolazione, che consta di poteri amministrativi in senso stretto (autorizzatori, sanzionatori, contenziosi, consultivi, etc.) e in senso lato (il cui esercizio comporta l'adozione di atti amministrativi generali), tutti accomunati dal punto di vista funzionale dall'effetto di conformazione del mercato – al fine di individuarne il fondamento e quindi la legittimazione.

Un'analisi adeguata del tema non può infine prescindere dall'esame del rapporto tra Autorità indipendenti e giurisdizione, cui è dedicato il terzo capitolo. Centrale, infatti, nella ricostruzione del modello dell'amministrazione indipendente è il ruolo del sindacato giurisdizionale, che, se pieno e intenso, opera come fattore di legittimazione ulteriore dei poteri concretamente esercitati dalle Autorità. In tale sede, sempre sotto il profilo del

rapporto tra Autorità indipendenti e giurisdizione, si approfondisce anche il tema della legittimazione *ex lege* a ricorrere riconosciuta in capo ad alcune Autorità come potere processuale di cura dell'interesse pubblico di cui esse sono portatrici, a cerniera del complesso sistema di poteri di cui sono dotate.

Il quarto capitolo è infine dedicato agli esiti della ricerca in punto di legittimazione del modello di amministrazione indipendente, nonché di fondamento dei poteri delle Autorità, in specie con riguardo al principio di legalità che, come si vedrà, si atteggia diversamente a seconda della natura del potere esercitato (se normativo o amministrativo).

CAPITOLO I

LE AMMINISTRAZIONI INDIPENDENTI.

ORIGINI STORICHE E CARATTERI COMUNI: L'INDIPENDENZA NEL DIRITTO NAZIONALE E NEL DIRITTO EUROPEO.

SOMMARIO: 1. Cenni sulle origini storiche delle Autorità indipendenti in Italia per effetto della spinta europea. - 2. Il quadro delle Autorità indipendenti. - 3. I tratti comuni: l'indipendenza dal potere politico e dai soggetti regolati. - 4. Le Autorità indipendenti e il potere politico. L'indipendenza funzionale: elementi strutturali (i meccanismi di nomina, i requisiti, la durata del mandato e il divieto di rinnovo). - 4.1. L'indipendenza e la revoca dei membri degli organi di vertice. - 5. I corollari dell'indipendenza funzionale delle Autorità: l'autonomia organizzativa, contabile e finanziaria. - 6. L'indipendenza delle Autorità dai soggetti regolati: il regime delle incompatibilità. - 7. Il diverso ruolo delle Autorità indipendenti nell'ambito dell'organizzazione amministrativa europea. Le agenzie europee e le Autorità indipendenti europee. - 8. L'indipendenza delle Autorità nel diritto europeo. Il concetto europeo di indipendenza. - 9. Sulla natura giuridica delle Autorità indipendenti nel sistema costituzionale. - 10. Il problema della legittimità costituzionale delle Autorità indipendenti. Il fondamento nel diritto europeo.

1. Cenni sulle origini storiche delle Autorità indipendenti in Italia per effetto della spinta europea.

Nate nel nostro ordinamento sotto la spinta del diritto europeo intorno agli anni Novanta, le c.d. Autorità indipendenti – autorità amministrative dotate di particolari caratteri, tali da differenziarle nettamente dall'amministrazione intesa in senso tradizionale – sono state al centro di un vivace dibattito, non solo dottrinale, in considerazione degli incisivi poteri dalle stesse esercitati in settori particolarmente importanti per la vita economica e sociale dello Stato.

Le ragioni dell'“erompere”¹ delle Autorità indipendenti sono molteplici.

Innanzitutto, il diritto europeo ha esercitato un'influenza determinante². Si può certamente affermare che l'istituzione delle Autorità indipendenti abbia costituito uno dei

¹ A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Perugia 1997.

Sulle ragioni della nascita delle Autorità indipendenti e sulla successiva proliferazione del modello, con spunti comparatistici con le esperienze statunitense ed europea v. R. CHIEPPA, G.P. CIRILLO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, dir. da G. SANTANIELLO, vol. 41, Padova 2010, e ivi R. CHIEPPA, G.P. CIRILLO, *Introduzione*, pp. 3 ss..

² Tale ricostruzione vale per le Autorità istituite sotto la spinta del processo di integrazione europea (quali tipicamente le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità), ma non per organismi già

prodotti del processo di progressiva privatizzazione e liberalizzazione di alcuni settori economici³ – imposto al legislatore nazionale dall’ordinamento europeo – che ha determinato la transizione dall’intervento pubblico diretto nell’economia, tipico di quello che è stato denominato lo “Stato gestore”, all’intervento pubblico indiretto che caratterizza invece lo “Stato regolatore”⁴. Tale transizione ha determinato conseguentemente un mutamento delle funzioni dei pubblici poteri in materia: dall’assunzione diretta dell’attività imprenditoriale da parte dello Stato si è passati infatti all’adozione di direttive, indirizzi e controlli statali sull’economia privata⁵.

esistenti (quali ad esempio la Banca d’Italia e la Consob), in ordine ai quali tale processo ha determinato, come si vedrà, un mutamento nell’organizzazione e nelle relative competenze.

³ Si pensi, ad esempio, alla liberalizzazione del settore dell’energia elettrica (direttiva del 19.12.1996, n. 96/92/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio concernente norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 16.3.1999, n. 79; direttiva del 26.6.2003, n. 2003/54/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, recepita con l’art. 15, l. 18.4.2005, n. 62 e il d.l. 18.6.2007, n. 73, conv. l. 3.8.2007, n. 125; direttiva del 13.7.2009, n. 2009/72/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, recepita con il d.lgs. 1.6.2011, n. 93; da ultimo, v. direttiva del 5.6.2019, n. 2019/944/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, non ancora recepita), o del settore del gas (direttiva 22.6.1998, n. 98/30/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale, recepita con il d.lgs. 23.5.2000, n. 164; direttiva del 26.6.2003, n. 2003/55/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, recepita con l’art. 16, l. n. 62/2005 cit.; direttiva del 13.7.2009, n. 2009/73/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, recepita con il d.lgs. n. 93/2011 cit.).

⁴ M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell’amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 519; ID., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005, p. 33; A. MAJONE, A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, Bologna 2000. V. anche F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti della amministrazione*, Napoli 2000, part. cap. I, sulla legalità e la liberalizzazione.

Sul contesto storico nel quale si innesta il passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore, v. G. MELIS, *Storia dell’amministrazione italiana*, nuova ed., Bologna 2020, part. p. 519.

Sulle trasformazioni del diritto amministrativo nazionale derivanti dal processo di integrazione europea, v. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari 2012.

⁵ Sull’ancoraggio del fenomeno delle Autorità indipendenti al “cambiamento del modello economico” presupposto nelle Costituzioni del secondo dopoguerra ed imposto dallo “sviluppo “costituzionale” dei poteri della Comunità europea, la quale, per creare un “mercato comune”, aveva fin dall’origine adottato il modello della libera concorrenza”, v. F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, agg., VI, Milano 2001, part. p. 144.

Sulla modificazione del tipo di intervento dello Stato nell’economia, v. R. CARANTA, *Intervento pubblico nell’economia*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino 2000, pp. 371 ss.; G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, pp. 21 ss.; A. PREDIERI, *L’erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., part. p. 79, ove l’A. sottolinea che “il sommarsi della componente europea e l’affermarsi di un decentramento correlato al ridursi del potere del sistema dei partiti, a sua volta scosso dai mutamenti europei, hanno contribuito ad imporre l’abbandono dello Stato imprenditoriale-clientelare, ad aprire verso un’economia di mercato eterocorretta ed eterocompensata, un’economia poliarchica organizzata (o ... un’economia sociale di mercato), in cui il fondamentale ruolo dello Stato viene esercitato con la produzione di regole e non con la gestione diretta di imprese”; v. anche G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1997, part. p. 646, ove si sottolinea che “è un dato di fatto ... che buona parte di queste autorità si co-innestano in un fenomeno in virtù del quale attività in precedenza regolate esclusivamente o prevalentemente dal diritto pubblico tendono a tornare (dicono alcuni) ovvero a spostarsi (dicono altri) in un campo prevalentemente regolato dal diritto privato”.

Sulla comparsa delle Autorità indipendenti come sintomo del “declino, comune a tutti i Paesi ad economia mista di ispirazione liberaldemocratica, delle funzioni di programmazione” dell’attività dei privati, v. C. PINELLI, *La pubblica amministrazione. Art. 97*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994.

Sulla centralità del modello nel contesto politico-culturale attuale, pur fortemente mutato rispetto a quello che ha determinato l’istituzione delle Autorità, v. E. BRUTI LIBERATI, *Le autorità amministrative*

A partire dagli anni Ottanta nel nostro ordinamento, per effetto dell'integrazione europea, al modello economico dirigistico è stato quindi progressivamente sostituito il modello neo-liberista⁶, e la regolazione dei settori privatizzati è stata affidata ad Autorità indipendenti⁷. La scelta a favore di tale nuovo modello di intervento economico trova

indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale, in *An. giur. ec.*, 2020, pp. 51 ss., il quale osserva come – nonostante i mutamenti di contesto che determinano anche un necessario coordinamento dell'attività delle Autorità con le strutture politiche-amministrative legate agli organi di governo – “*resta tuttavia fermo che il ruolo delle autorità, negli ambiti in cui sono state istituite, è centrale; e resta altresì ferma la logica di fondo a cui la loro creazione risponde*” (p. 51).

Sulla necessità di un intervento “neutrale” dello Stato nel mercato, guidato dal criterio dell'efficienza, v. A. PERA, *Autorità di regolazione e controllo nei settori economici*, in F. A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna 2001, p. 97 ss..

Cenni sulle origini storiche delle Autorità indipendenti in Italia, con spunti comparatistici con le *independent regulatory agencies* statunitensi, in S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna 1996, part. p. 218 e 219, ove l'A. evidenzia che l'istituzione delle Autorità indipendenti è stata accompagnata “*da un cambiamento di registro della disciplina pubblica delle attività private, dirette ora piuttosto alla liberalizzazione, alla deregulation, alla sostituzione di norme finalistiche con norme condizionali*”.

Per considerazioni più generali sul mutamento dell'intervento pubblico nell'economia, anche con riguardo al fenomeno delle Autorità indipendenti, v. F. SALVIA, *Il mercato e l'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, II, p. 1287 ss.

⁶ Sul neo-liberismo, v. i teorici della Scuola austriaca (di stampo liberale e liberista) L. VON MISES, *Liberalismo*, ed. it. Soveria Mannelli 1997; ID, *I fallimenti dello Stato interventista*, ed. it. Soveria Mannelli 2011; F. A. VON HAYEK, *The constitution of liberty*, London-Chicago 1960 (trad. it.: *La società libera*, Firenze 1969); ID, *Law, legislation and liberty*, London 1973-1979 (trad. it.: *Legge, legislazione e libertà*, Milano 1986); ID, *Liberalismo*, in *Enciclopedia del Novecento*, 1978 (ove l'A. ricostruisce la duplice origine del concetto politico di liberalismo, individuandola da un lato nei principi politici dei *whigs* inglesi – che a loro volta affondavano le loro radici nelle tradizioni elaborate dall'antichità classica – e, dall'altro, nella tradizione continentale, che ha visto la nascita del concetto di liberalismo, con connotazioni politiche, solo dopo la Restaurazione, sulla base delle idee radicali dei filosofi dell'Illuminismo francese). Il saggio è pubblicato dall'A. anche nei *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago 1985 (per l'edizione italiana si v. Soveria Mannelli 2012, part. p. 47 ove l'A. sostiene che lasciare la formazione dell'ordine globale delle azioni “*alle forze spontanee del mercato – sia pure operanti nel quadro di appropriate norme giuridiche -, se garantisce un ordine più comprensivo e un adattamento più completo alle varie circostanze concrete, implica anche che i contenuti particolari di questo ordine non possano essere assoggettati a un controllo preordinato, con la conseguenza che essi vengono in larga misura affidati al caso*”). V. dello stesso A. anche *The road to Serfdom*, Chicago, 1944 (ed. it. *La via della schiavitù*, Soveria Mannelli 2011, ove l'A. sottolinea, con riferimento non soltanto ai soggetti privati operanti sul mercato, ma anche con riguardo a soggetti pubblici, che “*la nostra libertà di scelta in una società competitiva si basa sul fatto che, se una persona rifiuta di soddisfare i nostri desideri, noi possiamo rivolgerci ad un'altra persona. Ma se ci troviamo di fronte ad un monopolista, noi saremo alla sua mercé. E un'autorità che diriga l'intero sistema economico sarebbe il monopolista più potente che si possa immaginare*”); P. SALIN, *Liberalismo*, ed. it. Soveria Mannelli 2002; ID, *Globalizzazione o barbarie. Piccolo manuale contro i protezionismi*, ed. it. Soveria Mannelli 2006; ID, *La concorrenza*, ed. it., Soveria Mannelli 2007.

⁷ Sulla sostituzione del modello neo-liberista a quello dirigistico, dovuto da un lato alla crisi dello Stato sociale e dall'altro dalla globalizzazione dei mercati, si v. M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma 1997, part. p. 2 ove l'A. evidenzia, quale ulteriore conseguenza, anche la “*metamorfosi di due strutture organizzative dell'intervento pubblico nell'economia*”, ovvero dell'ente pubblico economico e dell'organo statale incaricato di dirigere l'attività delle imprese private, che vengono “*sostituiti dall'autorità pubblica indipendente, destinata a “sorvegliare” l'andamento del mercato*”.

Il passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore è stato da alcuni interpretato come una perdita di potere; sul punto, v. F. GOBBO, *Stato e mercato: il ruolo delle Autorità*, in F. A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, cit., part. p. 39, ove l'A. sottolinea che “*nella liberalizzazione e nelle privatizzazioni il passaggio dello Stato dal ruolo di proprietario e gestore di servizi a quello di regolatore del mercato, anche attraverso il ricorso ad organismi autonomi ed indipendenti è stato vissuto più come*

infatti fondamento nel principio europeo di libera concorrenza, finalizzato a garantire la creazione e il funzionamento del mercato unico e il più ampio confronto concorrenziale tra gli operatori⁸.

Sotto altro profilo, che riguarda più specificamente l'ordinamento nazionale, la diffusione del modello dell'Autorità indipendente è strettamente collegata ad una "crisi di rappresentanza" che ha investito – e continua ad investire – il nostro modello democratico rappresentativo e che ha portato "alla richiesta di risposta tecnica e indipendente, non politica, alle domande della società"⁹; risposta tecnica e indipendente che solo un'amministrazione slegata dal circuito politico rappresentativo, posta al di fuori dell'ambito di operatività dell'art. 95 Cost., può fornire senza che la stessa sia influenzata da logiche politiche e transeunti¹⁰.

una perdita di potere che come una policentrica e più efficiente suddivisione dei ruoli di indirizzo e di regolamentazione tecnica".

⁸ Sul principio europeo di libera concorrenza e sulla relativa disciplina, in dottrina v. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova 2012, part. pp. 619 ss.: "la sana concorrenza tra le imprese che operano nel mercato comune rappresenta uno degli obiettivi primari dell'Unione ed al tempo stesso uno degli strumenti più efficaci per mantenere e consolidare l'assetto unitario del mercato" (pp. 619, 620). V. anche M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano 2014, part. pp. 57 ss.; ID, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, pp. 1429 ss.. Sulla tutela della concorrenza v. anche F. TRIMARCHI BANFI, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale. Questioni di competenza e questioni di sostanza*, in *Dir. pubbl.*, 2020; C. PINELLI, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *Rivista AIC*, 2014; A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino 2008.

⁹ A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 42. Sulla crisi della rappresentanza, v. C.A. CIARALLI, *Riflessioni sulle nuove forme di rappresentanza e partecipazione al tempo della crisi dei partiti politici*, in *Pol. dir.*, 2019, pp. 365 ss., part. p. 378, ove l'A. evidenzia che "il fenomeno della progressiva «sfiducia» degli elettori nei confronti del mondo della politica nel suo complesso (ed in particolare, dei partiti politici) ha sovente legittimato, altresì, la «deroga» del potere decisionale ad autorità indipendenti o alle stesse Banche centrali, avvertita quale esigenza indefettibile «in quanto si tratta di autorità che non prendono decisioni sulla base del tornaconto elettorale, e nello stesso tempo attrezzate, a differenza delle istituzioni politiche, ad agire secondo criteri tecnico-professionali»".

Per la riconduzione del fenomeno dell'emergere delle Autorità indipendenti ad una crisi del modello rappresentativo v. F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico nello Stato rappresentativo*, Padova 2000, part. pp. 87 ss..

¹⁰ M. CLARICH, *Un approccio "madisoniano"*, in F. A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, cit., part. p. 92 ove l'A. individua due modelli di democrazia: quello "maggioritario o populistico", che "tende a concentrare tutto il potere politico nella maggioranza" e quindi a "controllare tutto quello che la politica possa toccare"; e quello "non maggioritario o "madisoniano"" che "tende invece a disperdere, delegare e limitare il potere". Ed è proprio in questo secondo modello che l'A. individua "uno spazio e una giustificazione" delle Autorità indipendenti, affinché "alcune decisioni, che hanno un impatto di lungo periodo sulla collettività, siano sottratte all'influenza immediata della politica che ha quasi sempre una visione di breve periodo, legata al ciclo elettorale". Nello stesso senso, v. anche M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit. pp. 54, 65.

In giurisprudenza, v. con specifico riferimento ai processi di liberalizzazione, Tar Lombardia, 10.4.2009, n. 3239, secondo cui con l'istituzione delle Autorità indipendenti "l'ordinamento ha inteso scongiurare il rischio (ampiamente invernatosi nel passato del nostro Paese) di una gestione "politica" della vita economica, gestione quest'ultima per sua intima natura "egoistica" giacché condizionata (secondo quanto, appunto, suggerito dall'esperienza) dall'interesse particolare delle formazioni politiche di volta in volta detentrici della maggioranza parlamentare relativa".

La fuoriuscita dal circuito politico rappresentativo della disciplina di alcuni ambiti di attività, tuttavia, non è stata determinata soltanto da istanze provenienti dalla società civile, ma è dipesa anche da una necessità interna al sistema politico che non ha voluto o non ha potuto farsi carico di “problemi politicamente scottanti” – la cui soluzione è stata rimessa, appunto, a organismi indipendenti¹¹ – ovvero dalla convinzione circa la inidoneità dello strumento legislativo a disciplinare determinati settori, caratterizzati da un elevato tecnicismo e da continui e repentini mutamenti¹².

Parte della dottrina individua anche nella incapacità dell'amministrazione tradizionale di far fronte a “compiti tecnicamente molto difficili”, soprattutto in settori “delicati” che “coinvolgono interessi rilevanti anche sotto il profilo economico”, la giustificazione di “questo nuovo modello di amministrazione”: una sorta di “fuga dall'amministrazione”¹³.

Secondo altri, invece, la “ragion d'essere” delle Autorità indipendenti dovrebbe essere rintracciata in una “finalità di carattere giustiziale”, di protezione di categorie di interessi collettivi o diffusi “sottoposti alle insidie provenienti dai poteri forti”¹⁴.

Peraltro, che l'esigenza di una tutela rafforzata sia particolarmente avvertita in alcuni dei settori in cui operano le Autorità – e segnatamente in quelli in cui gli operatori economici sono anche prestatori di servizi (distribuzione e fornitura di energia elettrica e gas, telecomunicazioni), e i privati utenti sono anche consumatori – trova conferma nella scelta del legislatore di approntare proprio in tali settori appositi strumenti processuali (attivabili anche dalle associazioni di categoria e non solo individualmente) soggetti a riti processuali accelerati e semplificati. Si tratta di apposite azioni giudiziali che consentono

¹¹ Sul punto, v. C. PINELLI, *Atti congiunti dei Presidenti delle due Camere*, in *Enc. dir.*, agg., I, Milano 1997, part. p. 212 ove l'A. evidenzia l'impossibilità di “escludere in via generale che la devoluzione di potestà normative alle autorità nasconda una rinuncia all'esercizio della responsabilità politica da parte dei corpi elettivi, con vanificazione, per questo verso, del principio costituzionale di responsabilità dell'azione dei pubblici poteri”.

¹² Sul punto, v. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano 1994, part. p. 40. L'A. sottolinea che il fenomeno dei “poteri neutrali” “ricorre specialmente nei momenti di crisi della politica, quando la razionalità nell'agire dei poteri pubblici si offusca, e la legge stenta a realizzare sintesi durevoli e soddisfacenti dell'interesse generale” (p. 9).

¹³ V. CERULLI IRELLI, *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità*, in F.A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, cit., part. p. 49. Nello stesso senso, v. anche, nello stesso volume, F.A. GRASSINI, *Introduzione: i perché dell'indipendenza*, part. pp. 10 e 11 ove l'A. sottolinea che “la pubblica amministrazione tradizionale non [è] in grado di essere affidataria di giudizi di merito economico almeno sino a quando non sia profondamente riformata e radicalmente mutata in quello che gli economisti sono soliti chiamare il capitale umano”. Nello stesso senso, v. anche G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, part. p. 3 ove l'A. osserva che l'istituzione di autorità amministrative indipendenti rappresenta una “via di fuga” per “affrontare e risolvere singoli aspetti problematici dell'operare dei pubblici poteri, che non paiono, per i più diversi motivi, risolvibili con il ricorso all'organizzazione tradizionale dello Stato”, giustificata in alcuni casi “dalla sfiducia nelle risposte che può fornire l'amministrazione ministeriale”.

¹⁴ M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma 1995, p. 1.

di ottenere l'inibitoria di comportamenti scorretti e lesivi dei diritti individuali omogenei dei consumatori/clienti nonché il risarcimento dei danni conseguenti¹⁵.

Invero, come noto, l'istituzione di Autorità indipendenti – “neutrali”¹⁶ rispetto al potere politico – non caratterizza soltanto il nostro ordinamento. Anzi, si può affermare

¹⁵ Il riferimento è alle azioni a tutela dei consumatori la cui disciplina, originariamente contenuta negli artt. 139 ss. Cod. consumo, è oggi dettata dal codice di rito (artt. 840 bis ss. c.p.c.), ad eccezione dell'azione inibitoria verso le clausole vessatorie che continua ad essere disciplinata dall'art. 37 Cod. consumo. Si tratta in particolare dell'azione c.d. di classe (artt. 840 bis ss. c.p.c.) – e cioè l'azione a tutela di diritti individuali omogenei dei consumatori e utenti, che può essere proposta, oltre che da ciascun componente della classe, da un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari comprendano la tutela dei predetti diritti e che sia iscritta in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della Giustizia – soggetta al rito sommario di cognizione (artt. 702 ss. c.p.c.), a istruttoria deformalizzata e cognizione piena, che consente di giungere più celermente ad una decisione di merito, e dell'azione inibitoria collettiva (art. 840 *sexiesdecies* c.p.c.), attraverso la quale gli interessati possono agire contro imprese ed enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti o comportamenti posti in essere nell'esercizio delle loro attività per ottenere un ordine di cessazione o il divieto di reiterazione di atti e comportamenti posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti, soggetta a rito camerale ex artt. 737 ss., con possibilità per il giudice di ricorrere alla c.d. *astreinte* di cui all'art. 614 bis c.p.c. anche al di fuori dei casi ivi previsti.

In dottrina processualcivilistica, sulle azioni di classe dei consumatori v. A. GIUSSANI, *Le azioni di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, pp. 157 ss.; A. RONCO, *Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma di quella collettiva – Il consumatore solitario (all'ombra dell'azione di classe)*, in *Giur. it.*, 2021, pp. 226 ss.; C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, pp. 714 ss.

Resta ferma in ogni caso la possibilità di proporre il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, la cui disciplina è contenuta nel d.lgs. 20.12.2009, n. 198. Si tratta di un'azione esperibile dai titolari di interessi giuridicamente rilevanti e omogenei per una pluralità di utenti e consumatori al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio.

In dottrina, v. v. G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino 2012; F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, in www.giustamm.it, 2010

¹⁶ L'espressione “poteri neutrali” risale alla nota elaborazione di C. SCHMITT (*Il custode della Costituzione*, trad. it. Milano 1981, part. pp. 149 ss.), il quale rinveniva nella Germania dei suoi tempi “istituzioni ed organizzazioni, il cui vero senso consiste nel rappresentare un rimedio contro i metodi dello Stato pluralistico partitico”, “forze antagoniste e neutrali” che assumono “consapevolmente o semiconsapevolmente, il ruolo di Stato e governano ... sotto banco” (pp. 154, 155). L'A. individuava tali forze neutrali, da un lato, in organi (con funzioni sia amministrative che giurisdizionali) caratterizzati dalla presenza di esperti (e in ordine ad essi sottolineava la preoccupazione “di creare una sorta di Stato neutrale composto di periti (esperti) e consulenti, in cui le decisioni politiche siano demandate agli specialisti dei singoli settori, specialmente ai tecnici amministrativi, finanziari o economici”: p. 158) e, dall'altro la Banca del Reich e la Società Ferroviaria del Reich - entrambe sorte “sul fondamento di uno Stato delle riparazioni” – qualificate come “complessi autonomi separati dall'amministrazione e dal Governo dello Stato e fornite di ampie garanzie contro l'influenza dei partiti politici” (p. 162).

Sulla teoria dei poteri neutrali di Schmitt, v. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., part. pp. 1 ss.; v. anche F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, cit., part. p. 144, secondo cui “nell'esperienza europea del secondo dopoguerra, il modello costituzionale weimariano dell'organo “neutrale” rispetto all'indirizzo politico è stato esteso, dalla banca centrale, a tutte le autorità amministrative indipendenti”.

Sul processo di neutralizzazione giunto all'“epoca tecnica”, v. ancora C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, trad. it. Bologna 2012; ivi, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, il quale, ripercorrendo le diverse fasi del fenomeno, individua la ragione della diffusa fede nella “tecnica” nella convinzione di aver trovato in essa il “terreno assolutamente e definitivamente neutrale” del quale “ogni politica della potenza” può servirsi (pp. 178, 182). Nel saggio l'A. osserva infatti che “apparentemente non vi è nulla di più neutrale della tecnica. Essa serve a tutti, allo stesso modo come la radio dev'essere impiegata per notizie di ogni tipo e di ogni contenuto o come la posta compie le sue spedizioni senza riguardo al contenuto” (p. 178). Al contrario, secondo l'A., proprio la circostanza che la tecnica “serve a tutti” dimostra che la stessa “non è neutrale”, ed occorrerà attendere la fine dell'“epoca tecnica” (ritenuta

che il nostro ordinamento sia stato interessato da tale “fenomeno”¹⁷ con ritardo rispetto ad altre esperienze.

un “fatto provvisorio”) affinché possa apparire “chiaro quale tipo di politica è abbastanza forte da impadronirsi della nuova tecnica e quali sono i reali raggruppamenti amico-nemico che crescono su questo terreno” (p. 182).

Una perspicace lettura della teoria della neutralizzazione di C. Schmitt in N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari 1998, part. p. 43 ove l'A. qualifica le autorità indipendenti come provviste – in ragione dei meccanismi di nomina – di indipendenza irresponsabile, rilevando la singolarità del sistema democratico “allorché le istanze della politica riparano dietro le pretese della neutralità!”. In particolare, secondo l'A. “il sistema democratico ... avrebbe generato nel proprio seno territori insindacabili, dove la decisione politica – sotto lo schermo del tecnicismo economico o di naturalistica oggettività – si svolgerebbe con assoluto arbitrio”. Dunque, “tra la politica responsabile (art. 95 Cost.), tenuta a garantire il “buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione” (art. 97, 1° comma, Cost.), e la politicità irresponsabile delle “autorità”, la scelta è determinata soltanto dalla forza delle pretese neutralistiche, le quali, sottraendo territori alla decisione statale, espandono, o si lusingano di espandere, la politicità dei loro interessi” (p. 44). Ma v. anche ID, *Codice civile e società politica*, Roma-Bari 2004, part. p. 97, ove si evidenzia che “la disciplina del mercato è, per sua natura, interamente e radicalmente politica: essa rivela sempre una decisione sugli interessi in conflitto. Non è problema di semplice tecnica, ma di scelta politica e di giudizio storico, soddisfare l'interesse dei consumatori o delle imprese produttrici, favorire l'espansione delle industrie nazionali o dischiudere il mercato al confronto estero, controllare la quantità di beni o affidarli al senso critico dei compratori”.

Per un approccio favorevole alla tecnica, che evidenzia i benefici che possono derivare alla democrazia dal progresso della tecnica, v. L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, pp. 1 ss., secondo cui “proprio i benefici portati alla società moderna dal progresso tecnologico, in termini di garanzie di sopravvivenza e di aumento del benessere, pongono le premesse di un risveglio delle coscienze e degli interessi di ordine spirituale, di un mutamento di mentalità e di concezioni di vita che vanno in direzione opposta al dispotismo della tecnica”. E ancora, secondo l'A. “l'ideale politico della democrazia è omogeneo alla logica del mercato, quindi favorevole allo smantellamento delle strutture dirigistiche dell'economia pubblica, compensato però da nuove regole correttive di asimmetrie informative e di potere nei rapporti di scambio o di distorsioni dei rapporti di concorrenza”.

¹⁷ Con riguardo alle Autorità indipendenti come “fenomeno comune” e non come modello generale, v. F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle cosiddette autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. dir.*, 1997, pp. 639 ss.

Si pensi all'esperienza statunitense¹⁸ delle *Independent Regulatory Commissions* (I.R.C.)¹⁹ e al modello francese delle *autorités administratives indépendantes*²⁰.

Come chiarito nello schema di documento conclusivo dell'indagine conoscitiva della Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati del 2000²¹, è nella cultura liberale statunitense, collegata ad esigenze di libertà economica, messa in pericolo dall'affermarsi dei grandi gruppi industriali, che trovano origine le I.R.C., la cui funzione è appunto quella di regolazione del mercato²². Dunque, nel modello statunitense le *Independent Regulatory Commissions* nascono in un contesto di assenza di disciplina del mercato a fini di regolazione per la tutela della libertà e dell'autodeterminazione degli operatori privati.

In Francia, ove invero è stata coniata nel 1978 la stessa espressione “*autorités administratives indépendantes*”²³ in seguito utilizzata in via generale per individuare la categoria, tali organismi – la cui istituzione è resa invero problematica dalla chiara

¹⁸ Invero, la prima *federal independent agency*, la *Interstate Commerce Commission* nasce negli Stati Uniti nel 1887 nel settore dei trasporti terrestri a tutela degli utenti delle compagnie di trasporto, dei passeggeri e dei trasportatori di merci. Sul punto, v. M. D'ALBERTI, *Autorità amministrative (dir. amm.)*, cit. secondo cui la *Interstate Commerce Commission* “voluta dagli agrari e dai piccoli commercianti” a protezione contro gli abusi delle compagnie, è stata denominata “*the poor man's court*” proprio “ad indicare il suo ruolo giustizia di tutela dei diritti dei soggetti meno forti nel conflitto tra interessi che si apre attorno allo sviluppo delle strade ferrate”. V. anche ID, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna 2010, pp. 11 ss.

¹⁹ Sul punto, v. S. CASSESE, *Le Autorità indipendenti: origini storiche e problemi attuali*, cit.; v. anche M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, cit., ove l'A. sottolinea che la nozione di “regolazione” - intesa come insieme di poteri normativi, amministrativi e giustiziali, imputati alle I.R.C. cioè ad “*organi pubblici demandati ad assicurare imparzialmente, in conformità alle caratteristiche di ciascun settore, sia il rispetto della concorrenza, sia il soddisfacimento del public interest*” - nasce alla fine dell'Ottocento negli Stati Uniti nel momento in cui l'ideologia liberale si rende consapevole della necessità di “neutralizzazione” l'intervento pubblico nel mercato al fine di garantire e tutelare l'autodeterminazione dei privati. Sul modello statunitense delle I.R.C., v. P. TESAURO, *Le “Independent regulatory commissions: organi di controllo dei pubblici servizi negli Stati Uniti*, Napoli 1966; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, cit.; G. TIBERI, *Le Independent Commissions nell'ordinamento statunitense*, in *Amministrare* 2000, pp. 167 ss.

Per un'analisi comparata del modello statunitense e del modello italiano v. L. BARRA CARRACCILOLO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA. Profili comparativi con l'esperienza italiana*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino 1997.

²⁰ Sul modello francese, v. anche J. AUTIN, *Autorità amministrative indipendenti (diritto francese)*, in *Enc. giur., agg.*, IV, Roma 2006. Per ulteriore dottrina v. le successive note 25 e 27.

²¹ Lo schema di documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sulle Autorità indipendenti approvato dalla Commissione I affari costituzionali nella seduta del 4.4.2000, è pubblicato in appendice al volume di F. A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, cit. nel quale ampi contributi dottrinali sul tema, tra cui M. SAVINO, *L'indagine conoscitiva del Parlamento*, pp. 121 ss.

²² Si tratta di un processo storicamente inverso rispetto a quello che ha caratterizzato il nostro ordinamento. Come osservato da M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, cit., “*mentre negli Stati Uniti si è passati dall'assenza di disciplina del mercato alla regulation, in Europa la regolamentazione amministrativa si è per così dire ridotta a “regolazione”*. Questo fatto non è privo di influenza sulle tematizzazioni del fenomeno: che negli Stati Uniti sottolineano, da sempre, i pericoli di arbitrio connessi alla regulation, mentre in Europa ne esaltano le virtù garantistiche rispetto alle passate forme di intervento”.

²³ La locuzione è stata utilizzata per la prima volta dal legislatore francese nella l. n. 78-17 del 6.1.1978, istitutiva della *Commission nationale de l'informatique et des libertés*, l'Autorità indipendente incaricata di assicurare l'applicazione della legge in materia di tutela della privacy.

disposizione costituzionale francese secondo cui il Governo “dispone” dell’amministrazione²⁴ – sono stati qualificati quale nuovo modello di amministrazione “fondato sulla persuasione anziché sull’autoritarità, e destinato a far valere l’imparziale applicazione della legge, anziché l’attuazione degli indirizzi definiti dagli organi rappresentativi”²⁵. La categoria è stata sistematizzata dalla dottrina attraverso l’elaborazione della cd. teoria dei settori sensibili, nei quali lo Stato può intervenire soltanto in forma neutrale, allo scopo di proteggere i cittadini dalle minacce del potere pubblico e dei poteri privati²⁶.

Proprio facendo riferimento ai due modelli statunitense e francese di Autorità indipendenti – sui quali indubbiamente il legislatore italiano ha mutuato, pur con delle differenziazioni, il proprio modello di amministrazione indipendente – la dottrina suole distinguere rispettivamente tra le cd. Autorità di regolazione e le cd. Autorità di garanzia, ciascuna caratterizzata dall’accentuazione di una funzione (di regolazione – *rectius* di normazione – ovvero di garanzia) rispetto all’altra²⁷.

Si tratta invero di una classificazione priva di efficacia pratica, se solo si considera che, nel nostro ordinamento, alcune delle più importanti Autorità indipendenti (si pensi ad esempio, all’Autorità per la regolazione di energia reti e ambiente o all’Autorità per le

²⁴L’art. 20 della Costituzione francese stabilisce infatti che “*le Gouvernement dispose de l’administration*”. Proprio a fronte di tale chiara disposizione costituzionale, che configura l’amministrazione come organo servente del Governo, forti dubbi di legittimità costituzionale si sono posti sia in giurisprudenza che in dottrina francese.

Sul punto, in giurisprudenza v. le sentenze del *Conseil Constitutionnel*, dec. n. 86/217 (189/1986); n. 88/248 (171/1989), n. 2009/580 (106/2009).

In dottrina, v. P. DELVOLVÉ, *Droit public de l’économie*, Dalloz, 2021, il quale evidenzia che l’indipendenza della Autorità “*vient de ce qu’aucun organe n’exerce sur eux de pouvoir hiérarchique ou de tutelle*” (p. 172); J.L. AUTIN, *Les Autorités Administratives Indépendantes Et La Constitution*, in *La Revue Administrative*, 41, no. 244, 1988, pp. 333 ss.; G. PROTIÈRE, *Autorités administratives (ou publiques) indépendantes*, in *Dictionnaire d’administration publique*, PUG 2014, pp. 45 ss..

²⁵ M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, cit., p. 3

²⁶ M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, cit., p. 3. che individua, sulla base della dottrina francese, i cd. settori sensibili negli “*ambiti di vita sociale nei quali lo Stato potrebbe intervenire solo in forma soft e neutrale all’unico scopo di proteggere il cittadino dalle minacce tanto del potere pubblico, quanto dei “poteri privati”*” (p. 3).

Nella dottrina francese, v. C. COLLIARD, G. TMSIT (a cura di), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, 1988.

Nella dottrina italiana, con specifico riferimento alla teoria dei settori sensibili, v. R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, part. p. 133, ove l’A. definisce “sensibili” quei settori “*nei quali sono stati individuati diritti che non possono essere violati perché, una volta violati, non sarebbe esercitabile da parte dei loro titolari, alcuna forma di riparazione*”. Secondo l’A., dunque, le Autorità sarebbero deputate alla protezione dei diritti “*antitetica a quella del giudice, che non va dispiegata in via successiva, ma in via preventiva, con immediatezza e continuità, a mezzo di una ininterrotta attività di sorveglianza, con l’attribuzione ... di una considerevole ricchezza di strumenti di intervento*”.

²⁷ Sulla distinzione delle Autorità indipendenti a seconda della funzione prevalente, v. tra gli altri F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., part. p. 29. Ancor più recentemente, sempre seguendo la distinzione tra Autorità di c.d. regolazione e Autorità c.d. di garanzia, v. A. CONTIERI, M. IMMORDINO, F. ZAMMARTINO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti tra garanzia e regolazione*, Napoli 2020.

garanzie nelle comunicazioni) assommano entrambi i poteri (di normazione e di garanzia) e che anche in capo ad alcune Autorità c.d. di garanzia, come si vedrà, sono riconosciuti poteri sostanzialmente normativi.

Da ultimo, occorre osservare che a circa trenta anni dalla loro istituzione, oggi le Autorità indipendenti nazionali non operano più isolatamente ma, a seconda dei settori e del diverso grado di intensità cui è giunto il processo di integrazione europea, fanno parte di reti europee di regolatori (insieme alle Agenzie europee deputate ai diversi settori di amministrazione)²⁸, ovvero operano come articolazioni nazionali delle rispettive “consorelle”²⁹ sovranazionali, le Autorità indipendenti europee³⁰.

Anzi, sul punto, come si vedrà, si può affermare che nei settori in cui il processo di integrazione è giunto ad un alto livello di maturazione (come, ad esempio, nei settori dei mercati bancari, finanziari e assicurativi), le Autorità indipendenti nazionali hanno finito per perdere la connotazione di organismi interni, assumendo la conformazione di veri e propri “organi esecutivi” delle Autorità indipendenti europee.

²⁸ Sulle agenzie europee, in dottrina v. C. FRANCHINI, *Le fasi e i caratteri del processo evolutivo dell'organizzazione amministrativa europea*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2017, pp. 375 ss.; L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna 2015 e ivi M. SAVINO, *L'organizzazione amministrativa europea*, pp. 39 ss.; L. CAIANIELLO, *I recenti sviluppi della regolazione indipendente in Europa, alla luce del modello organizzativo emerso con l'istituzione dell'ACER: alcune riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Giustizia e del quadro amministrativo europeo dopo Lisbona*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2015, pp. 1203 ss.; E. D'ALTERIO, *Agenzie e autorità europee: la diafasia dei modelli di organizzazione amministrativa*, in Dir. amm. 2012, pp. 801 ss.; E. CHITI, *Le trasformazioni delle Agenzie europee*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2010, pp. 57 ss.; ID, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2012, pp. 29 ss.; ID, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova 2002; ID, *European Agencies' Rule-Making, Powers, Procedures and Assessment*, in *European Law Journal*, 2013, pp. 93 ss.; G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2004, pp. 1385 ss.; S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, pp. 689 ss..

²⁹ Il termine “consorelle”, che qui si intende utilizzare per far riferimento alle Autorità indipendenti europee su cui *infra*, è invero utilizzato da M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit. per indicare le varie autorità indipendenti nazionali operanti nei diversi settori.

In dottrina, su tale evoluzione in ambito europeo, v. recentemente E. CHITI, *L'evoluzione del sistema amministrativo europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, pp. 681 ss.

³⁰ Proprio in ragione di tale compenetrazione tra livello europeo e livello nazionale, si è osservato in dottrina che le Autorità indipendenti costituiscono degli “organi bifronti”, ovvero “nuclei nazionali di un governo dell'economia che tendono ad aggregarsi in nuclei europei”. V. sul punto, E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quad. n. 11, Torino 2000, pp. 129 ss..

2. Il quadro delle Autorità indipendenti.

L'emersione delle Autorità indipendenti nel nostro ordinamento, le cui ragioni si sono accennate, non è stata frutto di un disegno strategico unitario³¹, ma, per così dire, è stata occasionata da contingenze politiche legate al processo di integrazione europea. Tali contingenze hanno portato il legislatore in alcuni casi³² a modificare l'organizzazione e le competenze di organismi già esistenti, in altri casi³³ ad istituire nuovi organismi³⁴.

Tale circostanza ha determinato una eterogeneità nei caratteri e nei poteri delle diverse Autorità³⁵; eterogeneità che impone brevi cenni sulle origini e sull'evoluzione delle principali Autorità indipendenti – specificamente sotto il profilo organizzativo e

³¹ Sull'assenza di un disegno unitario nel processo di razionalizzazione dei pubblici poteri e, in particolare, nell'affermazione del modello dell'Autorità indipendente, v. C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, cit., pp. 69 ss.

³² Il riferimento è, oltre alla Banca d'Italia, alla Consob, all'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS) su cui subito *infra*; la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, istituita dal d.lgs. 27.10.2009, n. 150, e trasformata nell'Autorità nazionale anticorruzione (art. 1, l. 6.11.2012, n. 190; art. 5, co. 3, d.l. 31.8.2013, n. 101, conv. l. 30.10.2013, n. 125) cui sono state attribuite anche le funzioni della soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (istituita dall'art. 4, l. 11.2.1994, n. 109) in materia di vigilanza appalti di lavori, delle forniture e dei servizi (art. 19, d.l. 24.6.2014, n. 90, conv. l. 11.8.2014, n. 114), ora ANAC, su cui *infra*.

³³ Tra le Autorità di nuova istituzione si annoverano: l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) istituita con l. 10.10.1990, n. 287; il Garante della radiodiffusione e della editoria, trasformato dalla l. 31.7.1997, n. 249 nell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCom); la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, istituita con la l. 12.6.1990, n. 46; l'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (ARERA, già Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico), istituita con la l. 14.11.1995, n. 481; il Garante per la protezione dei dati personali, istituito con la l. 31.12.1996, n. 675; l'Autorità di regolazione dei trasporti (ART), istituita con l'art. 37, d.l. 6.12.2011, n. 201, conv. l. 22.12.2011, n. 214.

³⁴ Sul punto, v. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, Torino 2019, part. p. 13.

³⁵ Sulla eterogeneità dei caratteri delle Autorità indipendenti, v. lo schema di documento conclusivo dell'indagine conoscitiva approvato dalla Commissione I affari costituzionali nella seduta del 4.4.2000 cit., nel quale si evidenzia la necessità di elaborare una legge che preveda “una disciplina generalissima sulle Autorità”. Sul punto, tuttavia, occorre sottolineare che i tentativi di adozione di una legge quadro in materia di Autorità indipendenti non sono finora giunti a compimento (v., ad esempio, il DDL Senato n. 1336 – XV Legislatura, *Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi*”).

Del resto, anche la giurisprudenza (Corte Cass., I, 20.5.2002, n. 7341) ha riconosciuto la natura *sui generis* di ciascuna autorità, data dalla “circostanza storica che ciascuna di esse ha origine nella considerazione di un specifico interesse pubblico”.

Proprio a fronte della eterogeneità dei caratteri delle Autorità indipendenti la dottrina ha suggerito di evitare ogni “semplificazione unificante”. V. sul punto G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, cit. part. pp. 645 e 646, ove l'A. ha evidenziato come sussistano alcune “differenze che non possono essere né cancellate né ignorate ... perché ne discendono conseguenze che possono essere di grande rilievo”. Dello stesso avviso anche F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., pp. 29 ss.; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., pp. 108 ss.. Ma v. *contra* F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna 2000, part. pp. 18 ss. e 45 ss., il quale è favorevole ad una ricostruzione unitaria delle autorità sulla base del parametro fondamentale costituito dalla loro comune missione di promuovere la parità delle armi tra i soggetti del mercato.

funzionale – al fine di individuare gli eventuali tratti comuni e, dunque, un “tipo” di amministrazione indipendente, differenziato da quella tradizionale.

a) Banca d'Italia.

La Banca d'Italia³⁶, in considerazione della risalente istituzione e dell'attribuzione, sin dalle origini, di competenze in materia di governo della moneta attraverso l'assunzione

³⁶ Come noto, la Banca d'Italia è stata istituita come “nuovo istituto di emissione” dall'art. 1, l. 10.8.1893, n. 449, che, nell'ambito del riordino degli istituti di emissione, aveva autorizzato la fusione della Banca nazionale del Regno d'Italia con la Banca nazionale toscana e con la Banca toscana di credito. Nel 1926, con il R.D.L. 6.5.1926, n. 812, recante *Unificazione del servizio dell'emissione dei biglietti di banca*, è stato ad essa attribuito il potere di battere moneta, diventando così l'unico istituto autorizzato all'emissione di banconote. Nel 1936, la Banca d'Italia è stata dichiarata “istituto di diritto pubblico”, le cui quote “ai fini della tutela del pubblico credito e della continuità di indirizzo dell'Istituto di emissione” potevano appartenere esclusivamente a casse di risparmio, istituti di credito di diritto pubblico, a banche di interesse nazionale e a istituti di previdenza e di assicurazione (art. 20 R.D.L. 12.3.1936, n. 375, recante *Disposizioni per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia*, c.d. Legge bancaria del 1936 conv. modif. l. 7.3.1938, n. 141 e succ. modif. dalla l. 7.4.1938, n. 636 e 10.6.1940, n. 933). E in capo ad essa è stata confermato – questa volta quale prerogativa istituzionale – il potere di emissione di banconote. Sotto il profilo organizzativo, nel quadro della legge del 1936 (art. 22), la Banca d'Italia era costituita da un organo collegiale, il Consiglio superiore della Banca, composto dal Governatore e da quindici consiglieri (di cui dodici nominati dalle assemblee generali dei soci presso le sedi della Banca e tre designati dalla Corporazione della previdenza e del credito), in carica per tre anni e rieleggibili. In attuazione, v. l'allora vigente Statuto della Banca d'Italia approvato con R.D. 11.6.1936, n. 1067, che all'art. 5 prevedeva quali organi della Banca d'Italia: l'assemblea generale dei partecipanti; il Consiglio superiore, composto dal Governatore e da quindici consiglieri e il Comitato del Consiglio superiore, composto dal Governatore e da quattro consiglieri scelti dal Consiglio superiore stesso tra i suoi membri; il Governatore, il direttore generale e il vice direttore generale, nominati e revocati dal Consiglio Superiore.

La tutela del pubblico credito veniva perseguita dalla legge bancaria del 1936 attraverso un sistema fortemente accentrato, articolato in differenti organismi: i) il Comitato dei Ministri presieduto dal Capo del Governo e composto dai Ministri per le finanze, per i lavori pubblici, per l'agricoltura e le foreste e per le corporazioni, con funzioni di direzione (art. 12, co. 1, legge bancaria del 1936); ii) il Comitato corporativo centrale, con funzioni consultive del Comitato dei Ministri (art. 13, legge bancaria del 1936); iii) l'Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito (art. 11, legge bancaria del 1936), alle dipendenze del Comitato dei Ministri, con funzioni di “difesa del risparmio e di controllo dell'esercizio del credito”, nonché con compiti di esecuzione delle direttive impartite dal Comitato dei Ministri; iv) il governatore, organo di raccordo, essendo a capo dell'Ispettorato e partecipando al Comitato dei Ministri, anch'esso con funzioni esecutive (art. 12, co. 2 e 3, legge bancaria del 1936).

Il sistema configurato dalla legge bancaria del 1936 vedeva dunque un forte intervento dello Stato, attraverso un organo di Governo con poteri di direzione, il Comitato dei Ministri (presieduto dal Capo del Governo), che amministrava il settore bancario, anche attraverso barriere amministrative all'entrata (l'art. 28, legge bancaria del 1926, infatti, che le aziende di credito non potessero “costituirsi, né iniziare le operazioni, né istituire sedi, filiali, succursali, agenzie, dipendenze, recapiti ... nel Regno, nelle Colonie e all'estero” se non avessero “ottenuto la autorizzazione dall'Ispettorato”, che, come detto, era soggetto alle direttive del Comitato dei Ministri), nonché attraverso incisivi controlli per mezzo dell'Ispettorato sulla raccolta del risparmio a breve, medio e lungo termine (artt. 5 e 6, legge bancaria del 1936).

Dopo la caduta dell'ordinamento fascista (art. 5 d.lgs.C.P.S. 17.7.1947, n. 691, secondo cui del Consiglio superiore della Banca d'Italia “*fanno parte i soli membri la cui nomina... spetta alle assemblee generali dei soci, ed alle sedute di esse interviene un ispettore del Tesoro, designato dal Ministro per il Tesoro*”) tale disegno organizzativo è stato in parte rimeditato, da un lato, prevedendo la partecipazione (non più del Capo del Governo, ma) del Ministro del Tesoro nel Comitato dei Ministri, e, dall'altro, sopprimendo l'Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito, le cui funzioni (anche quelle di vigilanza sulle aziende di credito) sono state devolute in un primo momento al Ministro del tesoro (art. 1, d. lgs. lgt. 14.9.1944, n. 226, che ha soppresso l'Ispettorato per la difesa del risparmio e l'esercizio del credito e ne ha devoluto le funzioni al Ministro del tesoro) e, in un secondo momento, alla Banca d'Italia (art. 2, co. 1, d.lgs.C.P.S. 17.7.1947, n. 691). Inoltre, è stato istituito – sulla falsariga del Comitato dei ministri – il *Comitato interministeriale per il credito e il risparmio* (CICR: art. 1, d.lgs. C.P.S. 17.7.1947,

di decisioni che sfuggono all'indirizzo del Governo ed alle pressioni di interessi estranei, è considerata dalla dottrina un modello di Autorità indipendente “*ante litteram*”³⁷.

La Banca d'Italia dal punto di vista organizzativo³⁸, opera “con autonomia e indipendenza nel rispetto del principio di trasparenza”, non potendo “sollecitare o accettare istruzioni da altri soggetti pubblici e privati” (art. 1, co. 2, Statuto).

n. 691; attualmente composto dal Ministro dell'Economia e delle Finanze, che ne è Presidente; dal Ministro delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali; dal Ministro dello Sviluppo Economico; dal Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti e dal Ministro per le Politiche Europee), avente la funzione di esercitare “l'alta vigilanza in materia di tutela del risparmio, in materia di esercizio della funzione creditizia e in materia valutaria” (funzioni successivamente confermate in capo al Comitato interministeriale per il credito e il risparmio dall'art. 2, d.lgs. 1.9.1993, n. 385, c.d. T.U. bancario), prevedendo che nell'esercizio di tale funzione il Comitato interministeriale si avvalga della Banca d'Italia.

Negli anni Novanta, il legislatore è intervenuto in maniera organica sulla materia adottando il T.U. bancario (d.lgs. n. 385/1993) che ha lasciato formalmente inalterato il quadro delle autorità competenti nel settore del credito, ma ha rafforzato il ruolo della Banca d'Italia come autorità tecnica di vigilanza, prevedendo l'intervento del Ministro dell'economia e delle finanze solo per l'adozione di determinati atti e riservando al Comitato interministeriale un ruolo essenzialmente di carattere normativo e non più un potere generale di direzione sull'attività di vigilanza.

In particolare, il T.U. bancario attribuisce alla competenza della Banca d'Italia la vigilanza sulle banche, che consiste in obblighi in capo a queste ultime di inviare ad essa i bilanci, “segnalazioni periodiche nonché ogni altro dato e documento richiesto” (c.d. vigilanza informativa: art. 51); nell'emanazione di disposizioni di carattere generale in materia di adeguatezza patrimoniale, di contenimento del rischio, di governo societario, etc. (c.d. vigilanza regolamentare: art. 53); nella possibilità di eseguire ispezioni presso le banche (c.d. vigilanza ispettiva: art. 54).

Il T.U. bancario, inoltre, attribuisce alla competenza della Banca d'Italia la vigilanza (nelle tre forme: informativa, regolamentare e ispettiva) anche sugli intermediari finanziari (art. 108).

Sulla nascita ed evoluzione della Banca d'Italia, v. F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, cit., part. pp.144 ss.; F. CAPRIGLIONE, *Banca d'Italia*, in *Enc. dir.*, agg. I, Milano 1997; I. BORRELLO, *La Banca d'Italia*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO, *Arbitri dei mercati*, cit. p. 231 ss. Più recentemente, v. D. SICLARI, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2016, pp. 189 ss. Sulle origini privatistiche della Banca d'Italia, v. F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna 2011. Più recentemente, anche in ordine all'evoluzione del ruolo istituzionale della Banca d'Italia a fronte del processo di integrazione europea, v. I. BORRELLO, *La Banca d'Italia*, in *www.astrid.it*.

³⁷ F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, cit. p. 146; V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *For. amm.*, 1997, pp. 341 ss.

Sul punto, v. anche V. CERULLI IRELLI, *Costituzione e amministrazione. Documenti di un itinerario riformatore (1996-2002)*, Torino 2002, part. p. 358, ove qualifica la Banca d'Italia come “*antesignana del modello*”, evidenziandone le peculiarità in punto di organizzazione “*banca tra le banche, impresa anch'essa tra le altre imprese operanti nel settore*” “*amministrata anch'essa da soggetti tecnici, da banchieri, nei quali gli operatori del settore in qualche modo si riconoscono*”.

³⁸ V. sul punto il nuovo Statuto della Banca d'Italia, approvato, ai sensi dell'art. 10, co. 2 d.lgs. 10.3.1998 n. 43, con D.P.R. 15 febbraio 2016, in base al quale la Banca d'Italia risulta costituita dai seguenti organi: a) l'*Assemblea dei partecipanti*; b) il *Consiglio superiore*, composto dal Governatore e da tredici consiglieri - nominati per cinque anni (rinnovabili per non più di due volte) tra persone con “*significativa esperienza*” e “*in possesso di requisiti di onorabilità e di indipendenza*” (art. 16 Statuto) dall'Assemblea sulla base delle candidature proposte dal Consiglio superiore stesso (mediante un proprio Comitato nomine) - cui spetta la sola amministrazione generale nonché la vigilanza sull'andamento della gestione e il controllo interno della Banca; c) il *Collegio sindacale*, che esercita funzioni di controllo sull'amministrazione della Banca; d) il *Direttorio* - costituito dal Governatore, dal Direttore Generale e da tre Vice direttori generali (nominati dal Consiglio superiore) - il mandato dei cui membri è di sei anni (rinnovabile per una sola volta), con competenza ad assumere i provvedimenti aventi rilevanza esterna relativi all'esercizio delle funzioni pubbliche attribuite alla Banca o al Governatore per il perseguimento delle finalità istituzionali; e) il *Governatore*, nominato con DPR, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il parere del Consiglio superiore, il quale rappresenta la Banca d'Italia, cui spettano le competenze e i poteri derivanti dal processo di integrazione europeo (su cui subito *infra*). La Banca d'Italia è poi dotata di un proprio ruolo del personale.

Dal punto di vista funzionale, spettano alla competenza della Banca d'Italia: i) la funzione monetaria; ii) la funzione di vigilanza (informativa, regolamentare e ispettiva) sulle banche e sugli intermediari finanziari³⁹.

Nell'esercizio della funzione di vigilanza, la Banca d'Italia è dotata del potere normativo (oggi, invero, come si vedrà *infra*, attuativo della regolazione europea fissata dall'Autorità europea indipendente competente), che si esplica nell'emanazione delle cd. istruzioni di vigilanza (art. 4, T.U. bancario), debitamente rese pubbliche⁴⁰, le cui norme pur presentandosi "più come consigli o indicazioni per una buona gestione che come fonte di obblighi giuridici"⁴¹, sono tuttavia vincolanti; nonché del potere sanzionatorio⁴², a corredo dell'effettiva applicazione della normativa in materia di vigilanza bancaria e finanziaria.

A seguito dell'evolversi del processo di integrazione europea, tali funzioni (monetaria e di vigilanza) sono in parte devolute e in parte condivise con istituzioni e organismi operanti a livello europeo.

Quanto alla funzione monetaria, occorre infatti osservare che a fronte della partecipazione dell'Italia alla cooperazione rafforzata in materia di unione economica e monetaria⁴³, la politica monetaria si svolge ormai a livello europeo nell'ambito del Sistema europeo delle Banche centrali (c.d. SEBC), accentrato nella Banca centrale

³⁹ La competenza in materia tutela della concorrenza nei confronti delle aziende e degli istituti di credito, originariamente attribuita alla Banca d'Italia, deve ritenersi oggi attribuita all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Ed infatti, la disposizione legislativa che prevedeva una speciale competenza della Banca d'Italia in materia di tutela della concorrenza nel settore bancario (art. 20, co. 2, l. 10.10.1990, n. 287, ai sensi del quale "nei confronti delle aziende ed istituti di credito l'applicazione degli articoli 2, 3, 4 e 6 spetta alla competente autorità di vigilanza") è stata abrogata dall'art. 19, co. 11, l. n. 262/2005 cit.

⁴⁰ Le cd. istruzioni di vigilanza sono infatti pubblicate sul sito internet della Banca d'Italia e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

⁴¹ B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in www.osservatoriosullefonti.it.

⁴² V. ad esempio l'art. 133 T.U. bancario sull'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie per la violazione delle disposizioni in materia di partecipazioni; l'art. 144, in materia di sanzioni per violazione delle norme del T.U. bancario e delle "disposizioni generali o particolari" delle autorità creditizie; etc.

La disciplina del procedimento sanzionatorio è contenuta nel provvedimento della Banca d'Italia del 18.12.2012, da ultimo modificato in data 13.8.2020, pubblicato sul sito istituzionale, recante "Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa".

⁴³ Come noto, infatti, l'unione economica e monetaria – il cui ultimo stadio è rappresentato proprio dall'adozione della moneta unica – è oggetto di una cooperazione rafforzata tra gli Stati aderenti, espressione di quella che viene comunemente definita "Europa a più velocità". Ed infatti, non tutti gli Stati appartenenti all'Unione europea hanno adottato l'Euro quale moneta unica (si pensi alla Danimarca e, nel periodo di adesione all'Unione, al Regno Unito).

Sul meccanismo della cooperazione rafforzata in dottrina v. A. MIGLIO, *Differentiated integration and the principle of loyalty*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, pp. 475 ss.; E. PISTOIA, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione Europea*, Bari 2018; G. ROSSILLO, *Cooperazione rafforzata e Unione economica e monetaria: modelli di flessibilità a confronto*, in *Riv. dir. int.*, 2014, pp. 325 ss.; O. FERACI, *L'attuazione della cooperazione rafforzata nell'Unione Europea: un primo bilancio critico*, in *Riv. dir. int.*, 2013, pp. 955 ss.; A. CANNONE, *Cooperazioni rafforzate. Contributo allo studio dell'integrazione differenziata*, Bari 2005;

europea, BCE (istituzione dell'Unione ai sensi dell'art. 13 T.U.E.)⁴⁴, cui fanno parte le Banche centrali nazionali.

Il sistema, come noto, è articolato in un livello decisionale (accentrato) in capo alla BCE (con la partecipazione invero dei Governatori delle Banche centrali, i quali fanno parte del relativo Consiglio direttivo), e in un livello esecutivo (decentrato) in capo alle Banche centrali nazionali, entrambi fortemente integrati: le decisioni della BCE – cui, come detto, contribuiscono i Governatori delle Banche centrali nazionali – sono anche frutto dello scambio di dati e informazioni tra i due livelli⁴⁵.

A fronte dello spostamento della materia della politica monetaria in ambito europeo – almeno per quanto attiene ai Paesi che, come l'Italia, fanno parte dell'Eurozona – appare conseguentemente evidente come la relativa funzione sia ormai esercitata dalla BCE (seppure con la partecipazione dei Governatori delle Banche centrali) e che, sotto tale profilo, la Banca d'Italia costituisca oggi un “ente federato di un ente federale europeo”⁴⁶, ovvero della BCE, pur partecipando a livello nazionale del medesimo carattere dell'indipendenza.

Sembrerebbe restare invece in capo alla Banca d'Italia la funzione di vigilanza bancaria e creditizia⁴⁷ (che esula invero dalla funzione di Banca centrale nazionale) e che nel nostro ordinamento viene esercitata unitamente alle altre autorità creditizie (il Ministero dell'Economia e delle Finanze e il Comitato interministeriale per il credito e il

⁴⁴ In particolare, l'art. 282 T.F.U.E. prevede che “la Banca centrale europea e le banche centrali nazionali costituiscono il Sistema europeo di banche centrali”, diretto dagli organi decisionali della Banca Centrale Europea, il cui obiettivo è il mantenimento della stabilità dei prezzi; che la Banca centrale europea e le Banche centrali nazionali dell'Eurosistema “conducono la politica monetaria dell'Unione” e che spetta esclusivamente alla Banca Centrale Europea “autorizzare l'emissione dell'euro”. Nell'esercizio delle proprie funzioni, la Banca Centrale Europea è dotata del carattere dell'indipendenza (art. 282, co. 3, secondo periodo, TFUE), che deve essere rispettato da “istituzioni, organi e organismi dell'Unione” nonché dai “Governi degli Stati membri”.

In dottrina, sul c.d. SEBC e sulla natura e le funzioni della BCE, v. G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma-Bari 2012, pp. 56 ss; v. anche M. SAVINO, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione europea*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, cit., part. p. 59.

⁴⁵ I. BORRELLO, *La Banca d'Italia*, cit. p. 235.

⁴⁶ F. MERUSI, *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in F.A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, cit. pp. 19 ss.

Del resto, a tale conclusione si giunge anche attraverso la piana lettura dell'art. 19, co., l. 28.12.2005, n. 262, recante *Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, ai sensi del quale “la Banca d'Italia è parte integrante del Sistema europeo di banche centrali ed agisce secondo gli indirizzi e le istruzioni della Banca centrale europea”.

⁴⁷ Artt. 4 e 5, T.U. bancario.

In dottrina, v. F. MERUSI, *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, cit., part. p. 22 ove si evidenzia che la previsione in capo alla Banca d'Italia di entrambe le funzioni rende la stessa “come una sorta di Giano bifronte, per una parte ente-organo comunitario (per la funzione monetaria) e per l'altra parte ente dell'ordinamento italiano”.

risparmio)⁴⁸; nonché la vigilanza sugli intermediari finanziari⁴⁹. Anche per l'esercizio di tale attività di vigilanza alla Banca d'Italia è riconosciuto il carattere dell'indipendenza⁵⁰.

Ma anche in materia di vigilanza bancaria e finanziaria il processo di integrazione europea ha fortemente inciso sulle attribuzioni della Banca d'Italia, essendo la stessa ormai condivisa con le Autorità europee operanti nel settore.

Ed infatti, a seguito della grave crisi finanziaria del 2008⁵¹, che ha evidenziato “una serie di lacune nella vigilanza finanziaria, sia in casi specifici sia in relazione al sistema finanziario nel suo complesso”, non essendo stati in grado “i modelli di vigilanza nazionali ... di stare al passo con la globalizzazione finanziaria e la realtà integrata e interconnessa dei mercati finanziari europei”⁵², il sistema di vigilanza⁵³ (invero, non solo quello bancario, ma anche quello finanziario, come si vedrà) ha subito una incisiva trasformazione.

Da un lato, nel 2010, con un pacchetto di regolamenti, al fine di “assicurare la vigilanza del sistema finanziario dell'Unione”⁵⁴ è stato infatti creato il Sistema europeo di vigilanza

⁴⁸ Sul punto v. F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, cit., p. 146, secondo cui nell'esercizio della funzione di vigilanza bancaria, la Banca d'Italia si attiene alle direttive e agli indirizzi del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio e ne esegue i regolamenti con provvedimenti normativi meramente esecutivi; ciò che, secondo l'A., non consente di qualificare la Banca d'Italia, almeno nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, quale Autorità indipendente.

⁴⁹ Art. 5, co. 2, d.lgs. 24.2.1998, n. 58, T.U.F., che attribuisce alla Banca d'Italia la vigilanza del settore finanziario “per quanto riguarda il contenimento del rischio, la stabilità patrimoniale e la sana e prudente gestione degli intermediari”.

⁵⁰ Il riferimento è all'art. 19, co. 4, l. n. 262/2005 cit., ai sensi del quale “la Banca d'Italia, nell'esercizio delle proprie funzioni e con particolare riferimento a quelle di vigilanza, opera nel rispetto del principio di trasparenza, naturale complemento dell'indipendenza dell'autorità di vigilanza. Trasmette al Parlamento e al Governo, entro il 30 giugno di ciascun anno, una relazione sull'attività svolta nell'anno precedente”. Il carattere dell'indipendenza è più in generale previsto all'art. 19, co. 3 cit., ai sensi del quale “le disposizioni normative nazionali, di rango primario e secondario, assicurano alla Banca d'Italia ed ai componenti dei suoi organi l'indipendenza richiesta dalla normativa comunitaria per il migliore esercizio dei poteri attribuiti nonché per l'assolvimento dei compiti e dei doveri spettanti”.

Sul punto, in dottrina v. G. DELLA CANANEA, *Una riforma “perversa”: l'autonomia della Banca d'Italia e la legge n. 262 del 2005*, in *Dir. ec.*, 2007, pp. 205 ss., nonché I. BORRELLO, *La Banca d'Italia*, cit., p. 240, ove l'A. sottolinea che il collegamento che la legge traccia tra l'indipendenza della Banca d'Italia quale parte del SEBC e l'indipendenza che deve essere assicurata nell'esercizio delle funzioni di vigilanza bancaria e creditizia “si ispira a un disegno complessivo di assimilazione delle funzioni della Banca a quelle delle Autorità amministrative indipendenti e poggia sull'estensione dei principi di trasparenza e comunicazione, strumenti qualificanti dell'indipendenza, a tutte le funzioni della Banca”.

⁵¹ Appare chiara, in tal senso, la risoluzione del Parlamento europeo del 6.7.2011 sulle misure e le iniziative da adottare a seguito della crisi finanziaria, economica e sociale.

⁵² Considerando n. 1, Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio in data 24.11.2010, n. CE/1093/2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea).

⁵³ Sui poteri di vigilanza esercitati dalla BCE, v. M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in M. A. SANDULLI, L. VANDELLI (a cura di), *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione. Atti del 20° Congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo: Roma, 27 febbraio-1 marzo 2014*, Napoli 2014, pp. 97 ss.

⁵⁴ Art. 1, co. 2, Reg. (CE) 24.11.2010, n. 1092/2010, del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla vigilanza macroprudenziale del sistema finanziario nell'Unione europea e che istituisce il Comitato europeo per il rischio sistemico.

finanziaria (SEVIF), costituito da tre autorità di vigilanza europee: l'Autorità bancaria europea (ABE: Regolamento CE n. 1093/2010), con una serie di competenze (in materia di contratti di credito ai consumatori, di vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica e degli enti creditizi, etc.); l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA: Regolamento CE n. 1095/2010) e l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (EIOPA: Regolamento CE n. 1094/2010); nonché dal Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS), comitato congiunto delle autorità europee di vigilanza e nazionali, presieduto dal Presidente della BCE.

A dette Autorità europee sono attribuiti – salvi eccezionali casi in cui adottano “decisioni individuali”⁵⁵ – compiti di *regulation* e di coordinamento delle Autorità nazionali⁵⁶, restando invece in capo a queste ultime l'esercizio della vigilanza diretta sugli operatori dei mercati vigilati.

Dall'altro, nel 2013, accanto al SEVIF, in ambito europeo e in particolare nell'Eurozona, opera un'altra istituzione, la cd. Unione bancaria⁵⁷, fondata sul cd. meccanismo di vigilanza unico (MVU)⁵⁸, mediante il quale la BCE e le Banche centrali nazionali esercitano la vigilanza congiunta sulle banche, e sul cd. meccanismo di risoluzione unico⁵⁹, attraverso il quale si provvede alla risoluzione delle crisi bancarie dei Paesi aderenti al meccanismo stesso⁶⁰.

Dunque, è evidente che nel settore della politica monetaria, vi è stato un vero e proprio trasferimento delle competenze originariamente spettanti in via esclusiva alla Banca d'Italia in favore della BCE (tanto da spingere a qualificare la Banca d'Italia come organo europeo, come si è detto); mentre nel settore della vigilanza, vi è un esercizio condiviso

⁵⁵ Ad esempio, con riferimento alla vigilanza sulle banche, è attribuito all'ABE il potere di adottare atti in sostituzione delle Autorità nazionali in caso di violazione del diritto dell'Unione, in situazioni di emergenza e per risolvere controversie fra Autorità competenti in situazioni transfrontaliere (rispettivamente ai sensi degli artt. 17, 18 e 19 del Regolamento UE n. 1093/2010).

⁵⁶ Sulla regolazione del mercato bancario e finanziario europeo ad opera sia del diritto derivato dell'Unione sia degli standard tecnici vincolati (cd. *binding technical standards*) elaborati dalle Autorità indipendenti europee, v. G. GASPARRI, *I nuovi assetti istituzionali della vigilanza europea sul mercato finanziario e sul sistema bancario*, in *Quaderni giuridici Consob*, 2017.

⁵⁷ L'Unione bancaria è stata istituita con il Reg. (CE) 15/10/2013, n. 1024/2013 del Consiglio, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi.

Sull'Unione bancaria in dottrina, v. S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.* 2014, pp. 79 ss.

⁵⁸ V. sul punto il Regolamento BCE n. 468/2014 in data 16.4.2014, che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate, cd. *Regolamento quadro sull'MVU*.

⁵⁹ Reg. (CE) 15/07/2014, n. 806/2014, del Parlamento europeo e del Consiglio, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione delle crisi degli enti creditizi e di talune imprese di investimento.

⁶⁰ Sull'unione bancaria, v. M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino 2018.

(o meglio, coordinato) delle funzioni tra Autorità europee (cui spetta soltanto la competenza regolamentare) e Autorità nazionali (cui spettano i compiti di vigilanza effettiva sul mercato finanziario).

b) La Commissione nazionale per le società e la borsa – Consob

La Consob è l'Autorità indipendente preposta al settore finanziario⁶¹.

⁶¹ Antecedentemente alla istituzione della Consob, secondo l'impostazione della l. 20.3.1914, n. 272, *Approvazione dell'ordinamento delle Borse di commercio, dell'esercizio della mediazione e delle tasse sui contratti di Borsa*, la vigilanza sul sistema del mercato finanziario era affidato, seguendo un modello verticistico con forte accentramento nello Stato, al Governo, alle Camere di commercio, alle deputazioni di borsa e ai sindacati dei mediatori.

La Consob è stata istituita nel 1974 con l'art. 1, l. 7.6.1974, n. 216 (di conversione in legge del d.l. 8.4.1974, n. 216) come organo statale con due funzioni: il controllo della trasparenza delle società quotate e dell'informazione fornita al pubblico e la vigilanza sul corretto funzionamento delle borse valori.

Nella struttura della legge istitutiva, la nomina dei componenti della Commissione avviene con D.P.R., su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio stesso (art. 1, co. 1, secondo periodo, l. n. 216/1974); il finanziamento della Commissione avviene attraverso fondi stanziati dal bilancio dello Stato, seppur gestiti con autonomia (art. 1, co. 1, terzo periodo, l. cit.); è riconosciuta autonomia organizzativa, ma i relativi regolamenti devono essere approvati con D.P.R., su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio stesso (art. 1, co. 1, sesto periodo); è prevista la trasmissione di una relazione annuale al Ministro dell'Economia e delle Finanze ed altri specifici obblighi informativi (art. 1, co. 1, ottavo periodo, l. cit.). Inoltre, alcune delle deliberazioni della Consob sono assoggettate all'adozione del decreto di esecutività dell'autorità ministeriale (art. 15, D.P.R. n. 138/1975 cit., ora, come detto, abrogato; ma medesima previsione è contenuta nell'art. 1, co. 3, secondo periodo, l. n. 216/1974).

Tale dipendenza è stata interpretata dalla dottrina come “il vero “punto debole” della normativa del 1974”: v. sul punto, A. MASSERA, “Autonomia” e “indipendenza” nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano 1988, pp. 449 ss., part. p. 471.

Dal punto di vista organizzativo, la vera svolta nella posizione istituzionale della Consob è da rinvenire nella l. 4.6.1985, n. 281 che – anche sotto la spinta europea (la l. n. 281/1985 è stata infatti adottata in attuazione delle direttive CEE 79/279, 80/390 e 82/121 in materia di mercato dei valori mobiliari e disposizioni per la tutela del risparmio) – ha attribuito espressamente ad essa “personalità giuridica di diritto pubblico e piena autonomia” (art. 1), istituendo un apposito ruolo del personale dipendente della Commissione (art. 2), nonché una serie di ulteriori competenze e poteri (art. 5) nonché coinvolgendo le commissioni parlamentari competenti nel procedimento di nomina dell'organo di vertice, attraverso l'espressione del parere, seppur non vincolante.

La dottrina ha rinvenuto proprio in tale intervento legislativo la trasformazione della Consob da organo del Governo ad Autorità indipendente. Sul punto, v. F. POLITI, *Regolamenti delle autorità indipendenti*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma 2001, part. p. 7; A. MASSERA, “Autonomia” e “indipendenza” nell'amministrazione dello Stato, cit., part. p. 472, ove l'A. sottolinea che “la ridefinizione della collocazione istituzionale della Consob è ... valsa a ridisegnare i tratti di una più evidente “distanza” della Commissione dal Governo” nonché di un “rafforzamento della “indipendenza” della Consob”. Sulla natura giuridica della Consob, v. anche M.S. GIANNINI, *Consob*, in G. M. FLICK (a cura di), *Consob. L'istituzione e la legge penale*, Milano 1987, pp. 53 ss. cit. part. p. 55 e 56, ove l'A. qualifica la Consob come “ente pubblico reggente di settore”, che “attua la legge e attua la propria normativa, senza interventi di altri soggetti”, non obbedendo “ad ordini o a direttive governative o parlamentari”, dotato di ampi poteri normativi, adottando atti definiti dall'A. come “regolamenti di autonomia” (p. 59).

Dunque, a seguito dell'intervento del legislatore del 1985, la Consob ha acquisito una certa indipendenza dal Governo, tale da non consentire più di parlare con riferimento ad essa di “organo statale” come organo soggetto all'Esecutivo.

Oggi, la Consob è organo collegiale, costituito da un Presidente e da quattro membri scelti tra persone di “specifica e comprovata competenza ed esperienza e di indiscussa moralità e indipendenza”. Essi - nominati con D.P.R. su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio stesso, nonché previo parere delle Commissioni parlamentari competenti per materia, le quali possono procedere all'audizione dei soggetti designati (art. 1, co. 3, d.l. n. 95/1974, conv. l. 95/1974, così come sostituito dalla l. 4.6.1985, n. 281) - durano in carica cinque anni e possono essere confermati una

Ad essa spettano compiti di vigilanza in materia di trasparenza e correttezza dei comportamenti degli operatori (art. 5, co. 3, T.U.F.)⁶².

Nell'esercizio di tale complessa ed articolata funzione di vigilanza, la Consob esercita una serie di poteri (regolamentari; autorizzatori; informativi e di indagine; di ispezione; nonché poteri sanzionatori particolarmente incisivi)⁶³.

sola volta; durante la carica, non possono esercitare alcuna attività professionale “né essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati, né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura”. Per lo svolgimento delle loro funzioni, al Presidente e ai membri della Consob spetta un'indennità, determinata con DPCM, su proposta del Ministero dell'Economia e delle Finanze. In capo alla Consob è riconosciuta autonomia finanziaria (l'art. 40 l. 23.12.1994, n. 724 ha previsto l'autofinanziamento della Consob mediante contributi dei soggetti vigilati. Da ultimo, per la contribuzione dovuta per l'esercizio 2020, v. del. Consob 20.12.2019, n. 21211) nonché autonomia di organizzazione. È previsto che la Consob presenti una relazione annuale circa la propria attività al Ministero dell'Economia e delle Finanze, il quale, a sua volta, riferisce in Parlamento.

Nel corso degli anni, anche a fronte della incompletezza della disciplina contenuta nella l. n. 216/1974 (volta al solo controllo delle società quotate in borsa e dei fondi mobiliari), tale da non consentire alla Consob di operare un controllo su tutte le operazioni rilevanti sul mercato, il legislatore ha ampliato le competenze della Commissione dapprima alle negoziazioni dei titoli non ammessi alla quotazione ufficiale nelle borse valori (l. 23.2.1977, n. 49) e, successivamente, ai fondi comuni di investimento mobiliare (l. 23.3.1983, n. 77).

Successivi interventi legislativi hanno esteso le competenze della Consob anche in materia di intermediazioni mobiliari (l. 2.1.1991, n. 1), di cd. insider trading (l. 17.5.1991, n. 157), di offerte pubbliche di vendita, sottoscrizione, acquisto e scambio di titoli (l. 18.2.1992, n. 149).

Nell'ambito di tale articolato quadro normativo, il legislatore – anche questa volta in attuazione del diritto europeo (v. sul punto la delega contenuta negli artt. 8 e 21 della l. 6.2.1996, n. 62) – è intervenuto nel 1998 dettando una disciplina organica della materia con il d.l.gs. 24.2.1998, n. 58, cd. T.U.F.

In dottrina, sulla Consob v. F. PIGA, A.M. SEGNI, *Società e borsa (Commissione nazionale per le)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano 1990, pp. 1130 ss.; F. CAPRIGLIONE, G. MONTEDORO, *Società e borsa (Commissione nazionale per le)*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano 2002, p. 1022. V. anche G. M. FLICK (a cura di), *Consob. L'istituzione e la legge penale*, cit. e ivi M.S. GIANNINI, *Consob*, pp. 53 ss.; P. MARCHETTI, *La Consob e gli ordinamenti speciali*, in *Amministrare*, 1987, pp. 5 ss.; E. CARDI, *La Consob come istituzione. Note sulla soggettività giuridica della Consob*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano 1988, pp. 265 ss.; E. CARDI, P. VALENTINO, *L'istituzione Consob. Funzioni e struttura*, Milano 1993; S. CASSESE, *La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa - Consob e i poteri indipendenti*, in *Riv. soc.*, 1994, pp. 412 ss.; R. RORDORF, *La Consob come autorità indipendente nella tutela del risparmio*, in *Foro it.*, 2000, pp. 145 ss.; L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova 1992.

Sulla nascita della Consob come strumento di controllo pubblicistico sulle operazioni di borsa e sulle società quotate a fini di tutela del risparmio del pubblico come risposta al dibattito in materia negli anni Sessanta, v. A. MASSERA, *“Autonomia” e “indipendenza” nell'amministrazione dello Stato*, cit., ove l'A. evidenzia che ciò che ha caratterizzato la l. n. 216/1974 cit. è stato lo “svincolo dell'organismo preposto al controllo delle strutture della vigilanza bancaria tradizionalmente facenti capo alla Banca d'Italia e [il] suo ancoraggio ... nell'area più propriamente governativa, precisamente del Ministero del tesoro” pur con requisiti di “autonomia” che si imponevano in relazione alla competenze assegnate” (p. 470). V. anche S. CASSESE, *Dalla Sec alla Consob, ed oltre*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, pp. 903 ss. ove l'A. sottolinea che “all'origine della prima norma sulla Consob, quella del 1974, non c'è una crisi, ma l'insufficienza della disciplina delle società quotate in borsa e lo sviluppo della finanza non bancaria, con la conseguente asimmetria regolatoria tra disciplina del credito e (assenza di) disciplina dell'intermediazione finanziaria non bancaria”; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., part. pp. 7 ss.

⁶² Competenza ben distinta da quella attribuita sempre in materia di vigilanza sugli intermediari finanziari alla Banca d'Italia dallo stesso T.U.F. che, come visto, investe ai sensi dell'art. 5, co. 2, il contenimento del rischio, la stabilità patrimoniale e la sana e prudente gestione degli intermediari.

⁶³ Le disposizioni attributive dei poteri sono l'art. 6, co. 2, T.U.F. per il potere regolamentari; per i poteri autorizzatori v. l'art. 19 T.U.F. per l'esercizio dei servizi e delle attività di investimento da parte delle società di investimento mobiliare; v. art. 6 bis T.U.F. per i poteri informativi e di indagine e l'art. 10 T.U.F. per quelli di ispezione; infine, il Capo III del T.U.F. è dedicato ai poteri sanzionatori (particolarmente incisivi).

A seguito del processo di integrazione europea, che ha portato alla creazione del mercato finanziario europeo, le competenze della Consob, quale autorità indipendente nazionale, sono integrate e variamente modulate con quelle attribuite, a livello europeo - nell'ambito del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF) di cui s'è detto - all'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA), che elabora proposte normative e di regolazione delegata, emana raccomandazioni e pareri, esercita poteri di indirizzo, di intervento d'urgenza, di coordinamento e di sostituzione delle autorità nazionali competenti nel controllo dei soggetti da esse vigilati (art. 8, Reg. CE n. 1095/2010 cit.).

Si può quindi affermare che la Consob, in quanto parte della rete europea delle Autorità indipendenti preposte alla vigilanza finanziaria, costituisce – se non un “ente federato”⁶⁴ come nel caso della Banca d'Italia in ordine alla politica monetaria (non essendo presente, nel quadro istituzionale dell'Unione, un'apposita istituzione specializzata deputata al settore finanziario, a differenza di quanto accade nel settore bancario, ove abbiamo visto operare la BCE, di cui la Banca d'Italia costituisce un organo decentrato) – l'articolazione nazionale di un sistema in cui l'esercizio della funzione di vigilanza è regolato in ambito europeo (dall'Autorità indipendente europea) ed è esercitato (per meglio dire, eseguito) a livello interno dalle Autorità nazionali.

Si tratta, in altre parole, di un sistema interconnesso, in cui le Amministrazioni europee sono cresciute insieme con quelle nazionali, per formare una rete di informazione, azione e controllo⁶⁵; un sistema in cui accanto al principio di separazione – a fronte del quale le funzioni amministrative spettano agli organi europei oppure a quelli degli Stati membri che le assolvono ciascuno separatamente, secondo le forme dell'amministrazione diretta o indiretta (decentralizzata) – opera il principio di cooperazione, in base al quale gli “organi comunitari e quelli degli Stati membri entrano fra loro in un rapporto più stretto”, divenendo “organismi codipendenti”⁶⁶.

⁶⁴ Seguendo la terminologia di F. MERUSI, *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in F.A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, cit. p. 19 ss.

⁶⁵ V. sul punto, E. SCHMIDT-ARMANN, B. SCHONDORF-HAUBOLD (a cura di), *Der Europäische Verwaltungsverbund: formen und verfahren der Verwaltungszusammenarbeit in Der Eu*, Mohr Siebeck Verlag, Tübinga 2005. Sul tema, v. anche W. WOLGFANG, *Der Europäische Verwaltungsverbund*, Dunker & Humblot, Berlin 2010; W. KAHL, *Der europäische verwaltungsverbund: strukturen – typen – phänomene*, in *Der Staat*, 2011, vol. 50, pp. 353 ss..

⁶⁶ V. ancora E. SCHMIDT-ARMANN, *Forme di cooperazione amministrativa europea*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 473 ss.

c) L'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni - IVASS

L'IVASS è l'Autorità indipendente nazionale preposta alla vigilanza del settore assicurativo⁶⁷, che persegue la sana e prudente gestione delle imprese di assicurazione oltre che la stabilità del sistema e dei mercati finanziari, nonché, unitamente alla Consob (ciascuna secondo le rispettive competenze), la trasparenza e correttezza nei confronti della clientela.

Anche con riferimento a tale Autorità, come rilevato con riferimento alla Banca d'Italia e alla Consob, si è verificato un processo di progressivo spostamento delle competenze a livello europeo, a fronte delle inefficienze del sistema di vigilanza rivelatesi a seguito della crisi finanziaria del 2008.

Dunque, anche l'IVASS opera oggi a livello nazionale, attuando le decisioni assunte a livello europeo dall'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (EIOPA) istituita, come visto, con Regolamento CE n. 1094/2010, nell'ambito del Sistema europeo di vigilanza finanziaria di cui si è detto.

⁶⁷ L'IVASS, istituito con l'art. 13 d.l. 6.7.2012, n. 95, conv. modif. l. 7.8.2012 n. 135 mediante la soppressione dell'ISVAP (istituito con l. 12.8.1982, n. 576), è dotato di personalità giuridica di diritto pubblico e di autonomia, organizzativa, finanziaria (sulla base di un sistema di contribuzione a carico delle imprese soggette a vigilanza, la cui entità è determinata annualmente dall'Autorità) e contabile, oltre che di trasparenza e di economicità.

L'IVASS e i componenti dei suoi organi operano con piena autonomia e indipendenza e non sono sottoposti alle direttive di altri soggetti pubblici o privati, trasmettendo annualmente la relazione sulla propria attività al Parlamento e al Governo.

Dal punto di vista organizzativo, l'IVASS è costituita: da un Presidente, la cui carica è rivestita dal Direttore Generale della Banca d'Italia, che ha la legale rappresentanza dell'ente e presiede il Consiglio; dal Consiglio, composto dal Presidente e da due consiglieri scelti tra persone di indiscussa moralità ed indipendenza oltre che di elevata qualificazione professionale in campo assicurativo, nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa delibera del Consiglio dei Ministri, ad iniziativa del Presidente del Consiglio, su proposta del Governatore della Banca d'Italia e di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, i quali restano in carica per sei anni e possono essere rinnovati per un ulteriore mandato; il direttorio della Banca d'Italia, integrato nella sua composizione dai due membri del Consiglio dell'IVASS, cui spetta l'attività di indirizzo e direzione strategica dell'IVASS.

Con D.P.R. 12.12.2012 è stato approvato lo Statuto dell'IVASS.

d) *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato - AGCM*

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato – in considerazione dei caratteri organizzativi e in ragione della neutralità delle funzioni e dei poteri esercitati – è considerata il “modello più puro di autorità indipendente”⁶⁸.

L'AGCM⁶⁹ è stata istituita sotto la forte spinta del diritto europeo, il quale aveva maturato “un'esperienza pluridecennale ... in materia di concorrenza”⁷⁰. Invero, il diritto

⁶⁸ M. CLARICH, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato come autorità pubblica indipendente*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI, (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino 2010, pp. 239 ss.

⁶⁹ L'AGCM è stata istituita, come noto, dall'art. 10, l. 10.10.1990, n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*.

L'Autorità – che opera “in piena autonomia e con indipendenza di giudizio di valutazione” (art. 10, co. 2, l. n. 287/1990 cit.) – è dotata di autonomia organizzativa e finanziaria (ai costi della propria attività l'Autorità provvede mediante autofinanziamento, cioè mediante la corresponsione di contributi da parte delle società di capitali con ricavi superiori a 50 milioni di Euro: art. 7 *ter*, l. n. 287/1990; da ultimo, per il contributo dovuto per l'anno 2020, v. Deliberazione AGCM 10.3.2020) nonché di proprio personale (art. 10, co. 6, art. 11 l. 287/1990 cit.).

L'organo di vertice è un organo collegiale costituito da un presidente (scelto tra persone di notoria indipendenza che abbiano ricoperto incarichi istituzionali di grande responsabilità e rilievo) e da due membri - il numero dei componenti dell'organo di vertice dell'AGCM, originariamente fissato in cinque componenti, è stato successivamente ridotto a tre, compreso il Presidente, dall'art. 23, d.l. 6.12.2011, n. 201, conv. l. 22.12.2011, n. 214 - (scelti tra persone di notoria indipendenza, da individuarsi tra magistrati delle giurisdizioni superiori, professori universitari ordinari di materie economiche o giuridiche, e personalità provenienti da settori economici dotate di alta e riconosciuta professionalità), i quali – nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti delle Camere (sulla base di candidature, o meglio “manifestazioni di interesse” inviate dai candidati in possesso dei requisiti di cui all'art. 10, co. 2, l. n. 287/1990), – durano in carica per sette anni (senza possibilità di conferma). In capo ai membri dell'Autorità è previsto uno speciale regime di incompatibilità (art. 10, co. 3, l. n. 287/1990) al fine di garantire l'esercizio imparziale delle loro funzioni. L'Autorità presenta al Presidente del Consiglio dei Ministri una relazione annuale, trasmessa poi al Parlamento (art. 23, l. n. 287/1990).

In dottrina, sull'AGCM v.; G. AMORELLI, *L'amministrazione con funzioni regolatorie: le autorità di disciplina della concorrenza sul piano interno e comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991 pp. 944 ss.; M. CLARICH, I. MARRONE, *Concorrenza (Autorità garante della concorrenza e del mercato)*, in *Enc. giur.*, VII, Roma 1995; M. DE BENEDETTO, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato. Organizzazione, poteri, funzioni*, Bologna 2000; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova 2001; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli 2008; M. CIRCI, *Concorrenza (Autorità garante della concorrenza e del mercato)*, in *Enc. giur.*, VII, Roma 2008; G. BRUZZONE, A. SAIJA, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 275 ss.; C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI, (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino 2010, pp. 239 ss.. Più recentemente, v. M. MIDIRI, *Tutela della concorrenza, autorità garanti, scelte della politica*, in *Pol. dir.*, 2020, pp. 173 ss.

⁷⁰ F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, cit. p. 151; v. anche M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, part. p. 79.

Ed infatti, il primo regolamento europeo in materia risale agli anni Sessanta. Si tratta del Reg. CEE 6.2.1962, n. 17, *Primo regolamento del Consiglio d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato*, che fissa le regole da seguire da parte della Commissione europea per l'applicazione uniforme nel mercato comune degli articoli 85 e 86 TCEE (rispettivamente sulle intese restrittive e sugli aiuti di Stato). In particolare, il regolamento n. 17/1962 attribuiva alla competenza esclusiva della Commissione l'applicazione delle regole di concorrenza (art. 9 *reg. cit.*), prevedendo che la stessa operasse un “collegamento stretto e costante con le autorità competenti degli Stati membri, le quali sono autorizzate a formulare osservazioni sulle procedure avviate dalla Commissione”.

Detto regolamento del 1962 è stato successivamente sostituito dal Reg. (CE) 16/12/2002, n. 1/2003, *Regolamento del Consiglio concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, al fine di introdurre disposizioni adeguate “alle sfide di un mercato integrato e di un futuro allargamento della Comunità” (Considerando n. 1, *reg. 1/2003 cit.*), il quale ha operato un ampio decentramento delle competenze in materia di applicazione del diritto *antitrust*, prevedendo, accanto alla

europeo aveva già predisposto un'articolata disciplina per la tutela della concorrenza, ritenuta fondamentale per la creazione del mercato unico, il cui fondamento è costituito dalle regole di concorrenza contenute titolo VII, Capo I del TFUE⁷¹.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è dunque l'Autorità nazionale competente a garantire l'effettiva concorrenza dei mercati, vigilando sulla corretta applicazione del diritto – europeo e nazionale – in materia⁷². Tale compito spetta parallelamente alla Commissione europea e alle Autorità nazionali (nel nostro ordinamento, l'AGCM, appunto), oltre che ai giudici nazionali⁷³, ai sensi del Reg. CE n. 1/2003 cit⁷⁴.

competenza della Commissione, anche quella delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri nonché delle autorità giurisdizionali nazionali.

⁷¹ Si tratta delle seguenti disposizioni del Trattato, contenenti regole per le imprese private: art. 101 TFUE (ex art. 81 TCE) sul divieto di intese restrittive; art. 102 TFUE (ex art. 82 TCE) sul divieto di abuso di posizione dominante; art. 103 TFUE (ex art. 83 TCE), che indica la procedura per l'adozione del diritto derivato in materia; art. 104 TFUE (ex art. 84 TCE), che reca una disposizione transitoria in attesa dell'adozione dei regolamenti e delle direttive; art. 105 TFUE (ex art. 85 TUE) che attribuisce la vigilanza sull'effettiva applicazione degli artt. 101 e 102 cit. alla Commissione europea; art. 106 TFUE (ex art. 86 TCE) sulla sottoposizione alle regole di concorrenza delle imprese pubbliche titolari di diritti esclusivi e speciali; delle norme sugli aiuti di Stato (artt. 107-109 TFUE); delle disposizioni fiscali (artt. 110-113 TFUE); e infine le norme sul ravvicinamento delle legislazioni (artt. 114-118 TFUE).

Sul contenuto della disciplina europea in materia della concorrenza, v. G. STROZZI, *Diritto dell'unione europea*, Torino 2010, part. pp. 293 ss. V. anche G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit. e M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit..

⁷² V. sul punto l'art. 1, co. 2., l. n. 287/1990 ai sensi del quale "l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ... applica anche parallelamente in relazione a uno stesso caso gli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e gli articoli 2 e 3 della presente legge in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante.

All'Autorità garante della concorrenza e del mercato sono state successivamente attribuite ulteriori competenze - oltre, come visto, alla competenza in materia di tutela della concorrenza nel settore bancario a seguito dell'abrogazione, ad opera dell'art. 19, co. 11, l. n. 262/2005 dell'art. 20, co. 2, l. 287/1990 che attribuiva espressamente detta competenza alla Banca d'Italia - nell'esercizio delle quali l'AGCM esercita i poteri ad essa attribuiti dalla l. n. 287/1990 in quanto compatibili (art. 6, co. 6, l. 215/2004). Si tratta di funzioni in materia di conflitti di interesse dei titolari di cariche di Governo (art. 6, l. 20.7.2004, n. 215; Delibera AGCM 16.11.2004, *Criteri di accertamento e procedure istruttorie relativi all'applicazione della L. 20 luglio 2004, n. 215*); in materia di pratiche commerciali scorrette, ingannevoli e aggressive (V. art. 7, d.lgs. 25.1.1992, n. 74, abrogato dall'art. 146 Cod. consumo. Per l'attribuzione di tale competenza v. il vigente art. 27 Cod. consumo, che disciplina i poteri dell'Autorità per la repressione delle pratiche commerciali scorrette), la cui disciplina è ora contenuta negli artt. 19 ss. d.lgs. 6.8.2005, n. 206, Cod. consumo; in materia di pubblicità ingannevole (art. 8, d.lgs. 2.8.2007, n. 145; delibera AGCM 15.11.2007, *Procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita*).

⁷³ Ed infatti, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia gli artt. 101 e 102 TFUE producono effetti diretti: dunque, i singoli - che ritengono le proprie situazioni soggettive lese da tali infrazioni - possono invocarne la violazione in giudizio (c.d. *private enforcement*). Sul punto, v. tra le altre, Corte giust., 10.7.1980, C-37/79, *Marty/Lauder*, secondo cui poiché "per loro natura, i divieti sanciti dagli artt. 85, n. 1 e 86 [artt. 101 e 102 TFUE] sono atti a produrre direttamente effetti nei rapporti fra i singoli, detti articoli attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare".

⁷⁴ Per garantire il conseguimento degli obiettivi della politica di concorrenza è essenziale un'applicazione rigorosa ed efficace delle regole di concorrenza dell'UE. La Commissione è il principale organismo responsabile di garantire la corretta applicazione di tali norme e dispone di ampi poteri di controllo e di attuazione. Inoltre, dal 2004, nell'ambito delle norme antitrust (artt. 101 e 102 TFUE), le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri hanno assunto funzioni esecutive in materia. Il regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio ha conferito alle autorità e ai tribunali nazionali garanti della concorrenza un importante ruolo esecutivo, che è stato ulteriormente rafforzato dalla recente Direttiva (UE)

Tale intreccio di competenze ha imposto una intensa cooperazione tra le varie Autorità garanti nazionali e la Commissione europea nell'ambito della cd. rete europea della concorrenza (cd. *European Competition Network – ECN*)⁷⁵, che costituisce un “foro di discussione e di cooperazione in materia di applicazione e di vigilanza sul rispetto della politica comunitaria della concorrenza” attraverso il quale “instaurare e preservare una cultura comune in materia di concorrenza in Europa”⁷⁶.

Nell'esercizio delle proprie funzioni l'AGCM – priva, come noto, dei poteri normativi – è dotata di poteri di indagine, di adozione di misure cautelari, sanzionatori, inibitori e ripristinatori e, infine, di poteri consultivi⁷⁷.

È inoltre attribuito all'AGCM il potere di segnalazione al Parlamento e al Governo (art. 21, l.n. 287/1990) dei “casi di particolare rilevanza” caratterizzati da “distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato” derivanti da “norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale” non giustificate da “esigenze di interesse generale”, esprimendo, ove ritenuto opportuno, parere in ordine alla iniziative ritenute necessarie per rimuovere o prevenire le distorsioni (art. 21, co. 3, l. n. 287/1990)⁷⁸.

2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11.12.2018 (recepita con d.lgs. 8.11.2021, n.185) che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno. In questo contesto di applicazione decentrata, è fondamentale un coordinamento efficace tra le autorità nazionali ed europee preposte all'applicazione della normativa in materia di concorrenza. Pertanto, la rete europea della concorrenza, composta dalle autorità nazionali garanti della concorrenza e dalla Commissione, funge da piattaforma per lo scambio di informazioni volte a migliorare il coordinamento nell'applicazione delle norme sulla concorrenza.

E recentemente, nell'ottica di un rafforzamento della cooperazione investigativa tra l'AGCM e le altre autorità nazionali garanti della concorrenza il d.lgs. n. 185/2021 (di recepimento della direttiva n. 2019/1 cit.) ha inserito nella l. n. 287/1990 un capo II bis nel titolo II, dedicato appunto alla assistenza investigativa nell'ambito della rete europea della concorrenza.

⁷⁵ V. sul punto la comunicazione della Commissione europea in data 27/04/2004, n. 2004/C101/03, sulla cooperazione nell'ambito della rete europea delle autorità garanti della concorrenza, che disciplina analiticamente i criteri di ripartizione del lavoro, i meccanismi di cooperazione, le ipotesi di sospensione e chiusura del procedimento, la collaborazione nelle indagini, e così via.

Nella prospettiva di un progressivo consolidamento dei poteri istruttori e decisorii di cui sono dotate le autorità nazionali di concorrenza e del rafforzamento degli strumenti di assistenza reciproca nell'ambito della cd. rete europea della concorrenza si pone la recente direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in data 11.12.2018, n. 2019/1/UE cit., recepita nel nostro ordinamento con d.lgs. 8.11.2021, n. 185.

⁷⁶ Comunicazione della Commissione n. 2004/C101/03 cit.

⁷⁷ I poteri di indagine sono attribuiti all'AGCM dall'art. 12, l. n. 287/1990 e dall'art. 27, co. 2. Cod. consumo; quelli cautelari dagli artt. 14 bis e 17, l. cit., dall'art. 27, co. 3 e 3 bis, Cod. consumo e dall'art. 8, co. 3, d.lgs. n. 145/2007; i poteri sanzionatori sono attribuiti dall'art. 15 l.n. 287/1990, dall'art. 6, co. 4, 9, 12 Cod. consumo e dall'art. 8, co. 4, 9, 12, d.lgs. n. 145/2007; quelli inibitori e ripristinatori dall'art. 18 l. n. 287/1990, dall'art. 27, co. 2 e 8, Cod. consumo e dall'art. 8, co. 2, 8, d.lgs. n. 145/2007; infine i poteri consultivi sulle iniziative legislative o regolamentari e, in generale, sui “problemi riguardanti la concorrenza” sono previsti dall'art. 22, l.n. 287/1990).

⁷⁸ Sul potere di segnalazione, v. in dottrina F. MUNARI, *Poteri di segnalazione, legge per la concorrenza, dialogo fra autorità garante e istituzioni*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit. pp. 295 ss.; M. CLARICH, *L'attività di segnalazione e consultiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: un presidio contro le degenerazioni del processo politico-parlamentare?*, in *Dir. amm.*, 1997, pp. 85 ss.

Al fine di garantire una effettiva tutela della concorrenza, è poi riconosciuta in capo all'AGCM una speciale legittimazione ad agire in giudizio “contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato” (art. 21 bis, l.n. 287/1990)⁷⁹.

e) La Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali.

La Commissione è l'Autorità indipendente preposta a valutare l'idoneità delle misure volte a temperare l'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona costituzionalmente garantiti⁸⁰.

⁷⁹ In dottrina, sulla speciale legittimazione a ricorrere *ex lege*, v. M.C. ROMANO, *Crisi della distinzione tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 293 ss.; M. MACCHIA (a cura di), *Quando lo Stato fa causa allo Stato*, Napoli, 2019 e ivi A. MOLITERNI, *La legittimazione ad agire dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, pp. 35 ss.; M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell'autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, 2018, pp. 83 ss.; P. LAZZARA, *Legittimazione straordinaria ed enforcement pubblico dell'autorità garante della concorrenza e del mercato. Dai compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, in *Concorrenza e mercato*, 2018, pp. 65 ss.; B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 291 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 341 ss.; A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 423 ss.

Ancor più recentemente, v. P. LAZZARA, *La legittimazione straordinaria tra amministrazione e giurisdizione: profili sostanziali e processuali*, in *Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Torino 2021, vol. II, pp. 649 ss.; M. CLARICH, *Il “public enforcement” del diritto antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/1990*, in *Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Torino 2021, vol. I, pp. 26 ss.

⁸⁰ La Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali è stata istituita con la l. 12.6.1990, n. 146, con il compito di “valutare l'idoneità delle misure volte ad assicurare il temperamento dell'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati” (diritto alla vita, alla salute, alla libertà e alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione e alla libertà di comunicazione) (art. 12, co. 1, l. 146/1990).

La Commissione è un organo collegiale composto da cinque membri – originariamente nove, ridotti dal legislatore (art. 23, d.l. 6.12.2011, n. 201, conv. l. 22.12.2011, n. 214) a cinque in un'ottica di contenimento della spesa complessiva per il funzionamento delle Autorità indipendenti - scelti, su designazione dei Presidenti delle Camere, tra esperti in materia di diritto costituzionale, di diritto del lavoro e di relazioni industriali, e nominati con decreto del Presidente della Repubblica (art. 12, co. 2, l. n. 146/1990). La durata del mandato è pari a sei anni, rinnovabile per una sola volta. Non possono far parte della Commissione i parlamentari e coloro che rivestano altre cariche pubbliche elettive ovvero in partiti politici (art. 12, co. 2). Per l'esercizio delle proprie funzioni, la Commissione si avvale di proprio personale.

La Commissione ha autonomia organizzativa e di gestione delle spese (a carico del bilancio dello Stato). È inoltre previsto che la Commissione riferisca ai Presidenti delle Camere “sugli aspetti di propria competenza dei conflitti nazionali e locali relativi a servizi pubblici essenziali” (art. 13, lett. m), l.n. 146/1990).

Nell'esercizio delle funzioni ad essa attribuite, la Commissione esercita poteri – invero rafforzati dal decisivo intervento del legislatore operato con la l. 11.4.2000, n. 83, che ha interamente sostituito l'art. 13 l.n. 146/1990 dettando disciplina dei poteri della Commissione – regolamentari (potere di adottare, in caso di mancato accordo fra le parti interessate, la “provvisoria regolamentazione delle prestazioni indispensabili, delle procedure di raffreddamento e di conciliazione e delle altre misure di

È evidente la differenza rispetto alle altre Autorità indipendenti.

Ed infatti, alla Commissione è attribuito il compito di mediare tra diritti costituzionalmente garantiti: da un lato, il diritto allo sciopero, e, dall'altro, i diritti alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione.

Proprio in ragione di tale compito, parte della dottrina ha individuato nel sistema costituzionale la "giustificazione più profonda" della Commissione⁸¹.

Sotto altro profilo, è stato osservato che, in considerazione dei poteri ad essa attribuiti, la Commissione è sicuramente riconducibile alla categoria delle Autorità indipendenti, sostanziandosi la propria attività "nel riequilibrio, nella pari opportunità nell'esercizio di tutti i diritti coinvolti dal diritto di sciopero e, in definitiva, nella *par condicio* tra i soggetti coinvolti"⁸².

contemperamento"; di promuovere l'adozione da parte delle associazioni di categoria o degli organismi di rappresentanza di codici di autoregolamentazione e di adottare la "provvisoria regolamentazione" quando manchino o siano ritenuti inadeguati i codici di autoregolamentazione adottati); consultivi (art. 13, lett. b), l. n. 146/1990, ai sensi del quale la Commissione "*esprime il proprio giudizio sulle questioni interpretative o applicative dei contenuti degli accordi o codici di autoregolamentazione ... per la parte di propria competenza su richiesta congiunta delle parti o di propria iniziativa*"); paragiurisdizionali (art. 13, lett. b), l.n. 146/1990: "*su richiesta congiunta delle parti interessate, la Commissione può inoltre emanare un lodo sul merito della controversia*"); informativi (art. 13, lett. c), l.n. 246/1990), sanzionatori indiretti (l'art. 13, lett. i), l.n. 146/1990, ai sensi del quale la Commissione "*valuta ... il comportamento delle parti e se rileva eventuali inadempienze o violazioni degli obblighi ... delibera le sanzioni*" e "*prescrive al datore di lavoro di applicare le sanzioni disciplinari*"), di dissuasione (art. 13, lett. d), e), h)), nonché di mediazione (art. 14, l. n. 146/1990, che, in caso di dissenso tra le organizzazioni sindacali e i lavoratori sulla individuazione nonché circa la modalità di effettuazione delle prestazioni indispensabili, attribuisce alla Commissione il potere di indire una consultazione tra i lavoratori, formulando la propria proposta).

Qualora sussista il fondato pericolo che dall'interruzione della prestazione dei servizi pubblici essenziali possa derivare un pregiudizio grave e imminente ai diritti della persona costituzionalmente tutelati, alla Commissione è altresì attribuito il potere di sollecitare l'adozione di misure extra ordinem, la cui competenza spetta alle autorità nazionali (Presidente del Consiglio dei Ministri o un Ministro delegato) o locali (prefetto) (art. 8, l.n. 146/1990).

⁸¹ A. D'ATENA, *Costituzione ed autorità indipendenti: il caso della commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in ID., *Lezioni tematiche di diritto costituzionale*, Roma 1998, p. 96.

In dottrina, v. anche S. CASSESE, *La Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali: una prima valutazione*, in Riv. giur. lav., 1991, pp. 405 ss.; M. D'ATENA, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in Enc. dir., agg., III, Milano 1999, pp. 949 ss.

⁸² F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, cit., pp. 162, 163. L'A. sul punto sottolinea che "*se il compito delle autorità indipendenti è quello di dettare o ristabilire le regole del gioco della concorrenza, garantendo la parità di armi, certamente la Commissione in parola può annoverarsi fra esse*" (p. 163).

Tuttavia, nel senso dell'impossibilità di ricondurre la Commissione nell'ambito delle Autorità indipendenti, v. M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, cit., part. p. 6 ove l'A. specifica che l'istituzione della Commissione ha una "*ragion d'essere che sembra diversa da quella delle altre autorità*" non rispondendo "*alla finalità prima di protezione di interessi diffusi o collettivi nei confronti di poteri imprenditoriali o burocratici forti ... tipica*" delle Autorità indipendenti.

f) Le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità: ARERA e AGCom

Al fine di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, nonché l'accessibilità e la qualità dei servizi, promuovendo la tutela degli interessi degli utenti e dei consumatori, il legislatore, con l. 14.11.1995, n. 481⁸³, ha dettato norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità e ha proceduto all'istituzione delle Autorità di regolazione per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico e per le telecomunicazioni⁸⁴.

La creazione di un tale sistema di regolazione, affidato ad apposite Autorità indipendenti, “si è resa necessaria in vista della privatizzazione di imprese di pubblica utilità”. Ed infatti, il processo di privatizzazione – in assenza di Autorità di settore preposte al controllo dei costi, dei prezzi e della qualità dei servizi – avrebbe potuto determinare “semplicemente il passaggio da un monopolio pubblico a un monopolio privato”⁸⁵.

Dette Autorità, dunque, sono deputate alla promozione della concorrenza nei settori dei servizi di pubblica utilità, garantendo la qualità e l'accessibilità dei servizi, nonché alla tutela dei consumatori e degli utenti⁸⁶, dotate di poteri normativi, di ispezione e di

⁸³ La l. n. 481/1995 detta i principi generali cui devono attenersi le normative relative a ciascuna Autorità, preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza, che attengono ai caratteri delle Autorità (autonomia e indipendenza di giudizio e di valutazione: art. 2, co. 5; nonché autonomia organizzativa e contabile: art. 2, co. 27), all'organizzazione, prevedendo particolari requisiti e imponendo regimi di incompatibilità in capo ai componenti (art. 2, co. 7 e 8), che si estende anche ai due anni successivi alla cessazione dall'incarico e la cui violazione dà luogo all'irrogazione di sanzioni pecuniarie, (art. 2, co. 9), nonché alle funzioni (art. 2, co. 12) e ai poteri (art. 2, co. 20).

⁸⁴ Invero, la l. n. 481/1995 istituisce la sola Autorità per l'energia elettrica e il gas (art. 3), rinviando ad un successivo provvedimento legislativo l'istituzione in concreto dell'Autorità per le telecomunicazioni (l. n. 249/1997 su cui *infra*).

Per un commento sulla l. n. 481/1995 e l'istituzione delle Autorità per i servizi di pubblica utilità, v. G. NAPOLITANO, *L'autorità e i servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, pp. 5 ss..

⁸⁵ G. NAPOLITANO, *L'autorità e i servizi pubblici*, cit.; nello stesso senso, v. anche M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit. part. p. 19 ove l'A. sottolinea che “la liberalizzazione dei monopoli pubblici, accompagnata alla previsione di un nuovo sistema di regolazione, deve ... precedere i processi di privatizzazione. Altrimenti si rischia di passare a situazioni di monopoli privati incontrollati”.

V. sul punto, art. 1-bis. d.l. 31.5.1994, n. 332, conv. l. 30.7.1994, n. 474, ai sensi del quale “le dismissioni delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici nelle società ... sono subordinate alla creazione di organismi indipendenti per la regolarizzazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico”.

⁸⁶ La competenza delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità in materia di tutela dei consumatori e degli utenti ha comportato delle sovrapposizioni con le competenze spettanti all'AGCM (artt. 27 e 66 Cod. consumo).

E così, nel settore della fornitura di energia elettrica ai clienti finali, in particolare per quanto attiene alle modalità di conclusione e di esecuzione del contratto di utenza, si intrecciano sia profili di regolazione da parte dell'Autorità di settore, anche con riguardo alla tutela degli utenti (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in data 13.7.2009 n. 2009/72/CE relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, recepita dal d.lgs. 1.6.2011, n. 93 e abrogata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 5.6.2019, n. 2019/944/UE) sia profili di tutela del consumatore (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in data 11.5.2005, n. 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, recepita dal d.lgs. 2.8.2007, n. 146 di modifica del Cod. consumo; direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in data 25.10.2011 n. 2011/83/UE, sui diritti dei

vigilanza, di controllo, sanzionatori, contenziosi, nonché di poteri di c.d. eterointegrazione dei contratti per effetto dei proprio atti di regolazione⁸⁷.

consumatori, recepita dal d.lgs. 21.3.2014, n. 21 di modifica del Cod. consumo), attribuita nel nostro ordinamento alla competenza dell'AGCM.

Sulla sovrapposizione di funzioni delle Autorità in materia di energia elettrica, si è recentemente pronunciata la Corte di giustizia, con l'ordinanza 14.5.2019, C-406/17, C-408/17 e C-417/17, *Acea energia s.p.a. e a.*, che, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale sollevato in un giudizio nazionale vertente su pratiche commerciali scorrette consistenti nella stipulazione di contratti di fornitura non richiesti dai consumatori o di contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali - nel quale si era posto il problema se la disciplina applicabile fosse quella contenuta nella direttiva 2009/72/CE relativa a norme comuni per il mercato interno di energia elettrica, ovvero quella contenuta nelle direttive a tutela dei consumatori (n. 2005/29/CE e n. 2011/83/UE), con conseguente individuazione della competenza a conoscere di dette pratiche commerciali in capo all'Autorità di regolazione del settore ovvero all'Autorità garante della concorrenza e del mercato - ha chiarito che in applicazione del principio della prevalenza delle norme a tutela dei consumatori contenuto nelle direttive citate, *"l'autorità di settore non è competente a sanzionare siffatte condotte"*.

Sul punto, merita di essere osservato che l'art. 59, direttiva 5.6.2019, n. 2019/944/UE cit. (non ancora recepita nel nostro ordinamento), che ha abrogato la direttiva 2009/72/CE, recante norme comuni per il mercato interno di energia elettrica, individua i compiti dell'autorità di regolazione, tra cui, al 1° co., lett o), vi è quello di *"vigilare sul grado e sull'efficacia di apertura del mercato e della concorrenza a livello dei mercati all'ingrosso e al dettaglio ... nonché le eventuali distorsioni o restrizioni della concorrenza, fornendo in particolare ogni informazione pertinente, e deferendo alle pertinenti autorità nazionali garanti della concorrenza tutti i casi pertinenti"*. Dunque, per effetto di detta direttiva, sarà attribuita esclusivamente all'AGCM la competenza a conoscere di condotte degli operatori del settore elettrico in violazione del principio di libera concorrenza.

Anche nel settore delle telecomunicazioni, si pongono problemi di sovrapposizione tra le funzioni spettanti all'AGCom a tutela degli utenti (direttiva 7.3.2002, n. 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, Direttiva quadro, ora abrogata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11.12.2018, n. 2018/1972/UE che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche) e quelle attribuite alla competenza dell'AGCM a tutela dei consumatori (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in data 11.5.2005, n. 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, recepita dal d.lgs. 2.8.2007, n. 146 di modifica del Cod. consumo; direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in data 25.10.2011 n. 2011/83/UE, sui diritti dei consumatori, recepita dal d.lgs. 21.3.2014, n. 21 di modifica del Cod. consumo).

Anche in tale settore è intervenuta la Corte di Giustizia che con sentenza 13.9.2018, C-54/17 e C-55/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale disposto in un giudizio relativo a provvedimenti dell'AGCM relativi a pratiche commerciali sleali, ha chiarito che *"l'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29 dev'essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale in virtù della quale una condotta che costituisce una fornitura non richiesta, ai sensi dell'allegato I, punto 29, della direttiva 2005/29, come quelle di cui trattasi nei procedimenti principali, deve essere valutata alla luce delle disposizioni di tale direttiva, con la conseguenza che, secondo tale normativa, l'autorità nazionale di regolamentazione, ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro) ... non è competente a sanzionare una siffatta condotta"*.

Su tali aspetti e sul principio di prevalenza della disciplina della concorrenza, v. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna 2000, pp. 11 ss.

⁸⁷ Come si vedrà nel II capitolo, la giurisprudenza inoltre riconosce in capo ad ARERA il cd. potere di eterointegrazione del contratto: le clausole contrattuali previste dagli atti di regolazione dell'Autorità (come quelle contenute nel cd. Codice di condotta commerciale cit.) integrano ex art. 1339 cod. civ. il contenuto dei contratti di utenza, in tal modo incidendo fortemente sull'autonomia contrattuale privata. Sul punto, v. tra le altre Corte cass., VI, 31.10.2014, n. 23184: *"Le deliberazioni adottate dall'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas (A.E.E.G.) ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. h), della legge 14 novembre 1995, n. 481, possono integrare, ex art. 1339 cod. civ., il contenuto dei rapporti di utenza individuali (in relazione alle modalità di esecuzione della prestazione di entrambi i contraenti), perché la citata disposizione codicistica, nel menzionare le "clausole" imposte dalla legge, non si riferisce soltanto a quelle oggetto di diretta previsione legislativa, ma anche a quelle individuate da una fonte normativa da essa autorizzata"*; Tar

Per quanto attiene ad ARERA⁸⁸, il ricorso al modello dell'Autorità indipendente nel settore dell'energia elettrica e del gas rappresenta l'emblema di quello che si è denominato il passaggio dallo "Stato gestore" allo "Stato regolatore".

Lombardia, Milano, II, 14.5.2014, n. 1258: *"deve affermarsi l'esistenza di un potere per l'Autorità per l'energia elettrica e il gas di eterointegrazione dei contratti, ai sensi dell'art. 1339 cc.."*. Per AGCom si v., tra le altre, Cons. St., VI, 25.10.2019, n. 7296, secondo cui *"l'Autorità di settore che è una Autorità di regolazione e, quindi, [è] titolare del compito di porre regole di condotta ulteriori nel rispetto delle prescrizioni legali. Si tratta di regole che entrano, con funzione di eterointegrazione, nel singolo contratto, il quale dovrà uniformarsi ad un parametro normativo ampio, rappresentato dalle regole normative e amministrative di condotta"*; nello stesso senso, v. anche Cons. St., VI, n. 1368/2020: *"la Sezione (cfr. Cons. St., VI, 24 maggio 2016 n. 2182, ma su tali poteri, sia pur con le cautele del caso, era intervenuta Cass., III, 27 luglio 2011 n. 16401) ha chiarito come tutte tali norme abbiano attribuito all'Autorità poteri ampi di eterointegrazione, suppletiva e cogente, dei contratti per il perseguimento di specifici obiettivi individuati. Tal potere, in quanto attribuito da una norma imperativa, diventa esso stesso, insieme a tale norma, parametro di validità del contratto. Il contenuto dei contratti viene così integrato, secondo lo schema dell'art. 1374 c.c., dall'esercizio di tal potere da parte dell'Autorità o, se del caso (per i contratti contenenti clausole difformi da quanto statuito dall'Autorità stessa), queste ultime sono nulle, ai sensi dell'art. 1418, I c., c.c."*.

⁸⁸ L'Autorità – oggi ARERA – dal punto di vista organizzativo è costituito da un organo di vertice, di carattere collegiale, costituito da cinque membri, compreso il Presidente (per l'attuale composizione dell'organo di vertice di ARERA, v. art.1, co. 528, l. 27.12.2017, n. 205; originariamente, la l. n. 481/1995 prevedeva che il vertice dell'Autorità fosse costituito dal Presidente e da due membri, a cui successivamente il legislatore ha aggiunto ulteriori due membri: art. 1, co. 15, l. 23.8.2004, n. 239), scelti fra persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore e nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro dello sviluppo economico d'intesa con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (art. 1, co. 528, l. n. 205/2017 cit.). Le designazioni effettuate dal Governo sono previamente sottoposte al parere delle competenti Commissioni parlamentari a maggioranza dei due terzi dei componenti, in assenza del quale non si può "in nessun caso" procedere alle nomine. Ciascuna Autorità ha autonomia organizzativa, contabile e finanziaria (per la determinazione dell'entità del contributo dovuto dagli operatori del settore per il funzionamento dell'Autorità, v. da ult. la deliberazione in data. 6.10.2020, n. 385/2020/A).

Dal punto di vista funzionale, all'Autorità, originariamente competente alla regolazione dei soli settori dell'energia elettrica e del gas, sono state successivamente attribuite ulteriori competenze: in materia di servizi idrici (art. 21, co. 19, d.l. 6.12.2011, n. 201, conv. l. 22.12.2011, n. 214); in materia di teleriscaldamento e teleraffrescamento (d. lgs. 4.7.2014 n. 102); e, recentemente, in materia di regolazione del ciclo dei rifiuti (art. 1, co. 527, l. 27.12.2017, n. 205).

Per l'esercizio delle proprie funzioni di regolazione e controllo dei settori di propria competenza, l'Autorità è dotata di una serie di poteri di regolazione in senso stretto (a titolo esemplificativo, si v. l'art. 2, co. 12, lett. h), l. n. 481/1995 cit., secondo cui l'Autorità "emana le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione"), che si estendono anche alla predisposizione delle condizioni contrattuali fornite dagli operatori (v. ad esempio, delibera ARERA n. 366/2018/R/com, cd. Codice di condotta commerciale); di vigilanza (v., ad esempio, l'art. 2, co. 12, lett. c), l. n. 481/1995 cit., ai sensi del quale l'Autorità "controlla che le condizioni e le modalità di accesso per i soggetti esercenti i servizi, comunque stabilite, siano attuate nel rispetto dei principi della concorrenza e della trasparenza, anche in riferimento alle singole voci di costo, anche al fine di prevedere l'obbligo di prestare il servizio in condizioni di eguaglianza, in modo che tutte le ragionevoli esigenze degli utenti siano soddisfatte, ivi comprese quelle degli anziani e dei disabili, garantendo altresì il rispetto: dell'ambiente, la sicurezza degli impianti e la salute degli addetti"; e lett. g), in base al quale ARERA "controlla lo svolgimento dei servizi con poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili, determinando altresì i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell'utente ove il medesimo soggetto non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio ..., nel contratto di programma ovvero ai sensi della lettera"); sanzionatori (v. art. 2, co. 20, lett. c), l. n. 481/1995 cit.: "irroga, salvo che il fatto costituisca reato, in caso di inosservanza dei propri provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio, alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione

Come noto, infatti, i mercati elettrico e del gas sono stati caratterizzati fino agli anni Novanta da un forte intervento diretto dello Stato, attraverso propri enti pubblici economici, preposti all'importazione, produzione e distribuzione di energia e gas (poi trasformati in società per azioni). Sotto la spinta del processo di integrazione europea finalizzato alla creazione del mercato unico interno e dunque alla progressiva liberalizzazione del settore⁸⁹, si è assistito ad un ritirarsi dello Stato, che, abbandonato il ruolo di imprenditore, al fine di creare un mercato concorrenziale ha assunto la veste di regolatore. È in questo quadro, dunque, che si innesta l'istituzione dell'Autorità.

L'evolversi del processo di integrazione europea ha portato anche a forme di cooperazione con organismi europei operanti nei settori interessati dall'intervento di ARERA. Dal 2009, infatti, l'Autorità, nell'esercizio delle sue funzioni di Autorità nazionale di regolazione, è coadiuvata dall'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione fra i regolatori nazionali di energia (cd. ACER)⁹⁰, con funzioni di coordinamento e consultive delle Autorità nazionali di regolamentazioni e della Commissione, potendo adottare l'Agenzia, solo in via eccezionale, decisioni individuali⁹¹.

dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri, sanzioni amministrative pecuniarie"); nonché poteri paragiurisdizionali (art. 2, co. 20, lett. e) e co. 24, lett. b), l. n. 481/1995 cit.).

⁸⁹ Per le direttive in materia di liberalizzazione del settore elettrico v. nota n. 3.

⁹⁰ L'ACER è stata istituita dal Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 13.7.2009, n. 713/2009/CE, competente a favorire una più intensa cooperazione tra le autorità di regolazione nazionali al fine di contribuire all'efficace funzionamento dei mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale, orientando – in modo non vincolante – la regolazione interna nazionale. Detto regolamento è stato recentemente abrogato dal Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 5.6.2019, n. 2019/942/UE, al fine di pervenire ad un maggiore coordinamento delle azioni nazionali di regolamentazione, dettando specifiche disposizioni quanto ai compiti e alle funzioni esercitabili dall'ACER.

In dottrina, v. L. CAIANIELLO, *I recenti sviluppi della regolazione indipendente in Europa, alla luce del modello organizzativo emerso con l'istituzione dell'ACER: alcune riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Giustizia e del quadro amministrativo europeo dopo Lisbona*, cit.

⁹¹ V. art. 6, co. 10, Reg. n. 2019/942/UE cit. ai sensi del quale l'ACER è competente ad adottare decisioni individuali "se le competenti autorità di regolazione non sono riuscite a raggiungere un accordo" o "sulla base di una richiesta congiunta delle competenti autorità di regolazione".

L'AGCom⁹² è l'Autorità indipendente preposta al settore delle comunicazioni elettroniche, istituita – sopprimendo il Garante per la radiodiffusione e l'editoria⁹³ – a seguito del processo di privatizzazione e liberalizzazione del settore⁹⁴.

⁹² L'AGCom è stata istituita dalla l. 31.7.1997, n. 249, sulla base dello schema di cui alla l. n. 481/1995 cit. (dal quale tuttavia in parte si distacca, soprattutto per quanto attiene all'articolazione organizzativa), per dare avvio alla politica di liberalizzazione e conseguente regolazione del settore delle telecomunicazioni.

L'AGCom – cui è riconosciuta “piena autonomia” e “indipendenza di giudizio e di valutazione” – ha una struttura composita, a differenza del modello delineato dalla l. n. 481 cit.. L'organo di vertice dell'Autorità è costituito dal Presidente e da due Commissioni (per le infrastrutture e le reti e per i servizi e i prodotti) ciascuna costituita dal Presidente e da due commissari, e, infine, dal Consiglio (costituito dal Presidente e da tutti i commissari).

Il meccanismo di nomina è differente per il Presidente e per i Commissari. Il primo, infatti, è nominato con D.P.R. su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri d'intesa con il Ministro delle comunicazioni, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari. I secondi sono eletti dalle Camere (ciascuna ne elegge due) e sono poi nominati con DPR.

All'AGCom è riconosciuta (art. 1, co. 8, l. 249/1997) autonomia organizzativa, contabile e finanziaria (basata su un sistema di finanziamento misto, in parte a carico del bilancio dello Stato e in parte a carico degli operatori del settore, cd. diritti amministrativi, su cui v. infra).

A differenza delle altre Autorità indipendenti, l'AGCom è dotata di proprie articolazioni territoriali, i Comitati regionali per le comunicazioni (cd. Corecom), i quali sono “funzionalmente organi dell'Autorità”, istituiti con leggi regionali (art. 1, co. 13, l. 249/1997).

In dottrina, sull'AGCom v. E. FRENI, *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. giur.*, IV, Roma 1999; E. CHELI, G. D'AMATO, *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. dir.*, agg., IV, Milano 2000, pp. 99 ss.; R. CAIAZZO, *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., pp. 307, ss.

⁹³ Come noto, l'AGCom ha sostituito il Garante per la radiodiffusione e l'editoria – soppresso proprio con la l. n. 249/1997 – organismo istituito con l. 6.8.1990, n. 223 (art. 6), assorbendo le funzioni del Garante dell'attuazione della legge sull'editoria, organo di garanzia istituito dall'art. 8, l. 5.8.1981, n. 416 “*al fine di consentire la continuità dell'azione di vigilanza del Parlamento*” sull'attuazione della legge sull'editoria (art. 6, co. 11, l. 223/1990). Il Garante per la radiodiffusione e l'editoria era un organo monocratico nominato con Decreto del Presidente della Repubblica, su proposta dei Presidenti delle Camere d'intesa tra loro, tra soggetti dotati di particolari competenze professionali (giudici della Corte costituzionale ovvero Presidenti di sezione della Corte di cassazione, professori universitari ordinari nelle discipline giuridiche, aziendali o economiche, esperti di riconosciuta competenza nel settore delle comunicazioni di massa) (art. 6, co. 2, l. 223/1990) che durava in carica cinque anni e, durante il mandato (non rinnovabile) non poteva esercitare alcuna attività professionale incompatibile con lo svolgimento dell'incarico (art. 6, co. 3, l. 223/1990). Il Garante si avvaleva di un ufficio, composto di personale delle amministrazioni pubbliche posto fuori ruolo (art. 6, co. 6, l. 223/1990) e le spese di funzionamento dello stesso erano a carico del bilancio dello Stato (art. 6, co. 7, l. 223/1990). Le norme circa l'organizzazione interna dell'ufficio del Garante, nonché sulla gestione delle spese erano approvate con Decreto del Presidente della Repubblica “previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro del tesoro e su parere conforme del Garante” stesso (art. 6, co. 8, l. 223/1990). Il Garante era inoltre tenuto a predisporre una relazione annuale sull'attività svolta, trasmessa dal Presidente del Consiglio dei Ministri al Parlamento (art. 6, co. 13, l. 223/1990). Nell'esercizio delle funzioni ad esso attribuite dalla legge istitutiva (tra cui anche la tenuta dei registri nazionali delle imprese radiotelevisive e della stampa), il Garante esercitava poteri di indagine (art. 6, co. 10, lett. b), l. 223/1990 sull'esame di bilanci) e ispettivi (art. 6, co. 10, lett. c)), di vigilanza (art. 6, co. 10, lett. e)), con riguardo alla rilevazione e pubblicazione degli indici di ascolto), sanzionatori (art. 31, l. 223/1990), nonché poteri consultivi del Governo (art. 8, co. 15, l. 223/1990). Poteri di regolazione erano poi attribuiti al Garante in materia di propaganda elettorale. La l. 10.12.1993, n. 515 infatti attribuiva al Garante il compito di definire le regole alle quali gli editori di quotidiani e periodici e i titolari di concessioni e di autorizzazioni radiotelevisive dovevano attenersi “*per assicurare l'attuazione del principio di parità nelle concrete modalità di utilizzazione degli spazi di propaganda*” nonché le regole atte ad assicurare la parità di trattamento, indicando anche “*i criteri di determinazione ed i limiti massimi delle tariffe per l'accesso agli spazi di propaganda elettorale*” (art. 1, co. 3).

Sulla liberalizzazione del settore audiovisivo, v. la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in data 3.10.1989, n. 89/552/CEE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative,

L'AGCom è quindi innanzitutto autorità di regolazione del settore delle telecomunicazioni⁹⁵; quale successore del Garante dell'editoria e della radiodiffusione, è autorità di garanzia nel settore radiotelevisivo e dell'editoria; infine, quale autorità incorporante le funzioni dell'Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale, è preposta alla regolazione anche di tale ultimo settore⁹⁶.

Anche per l'AGCom – nell'ambito del processo di integrazione europea – si è verificato il progressivo inserimento all'interno di una rete europea di regolatori, quale Autorità nazionale di regolazione, per ciascun settore di intervento⁹⁷.

regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi, cd. direttiva sui servizi media audiovisivi, recepita nel nostro ordinamento dalla l. 6.8.1990, n. 223; la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in data 11.12.2007, n. 2007/65/CE; la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in data 10.3.2010 n. 2010/13/UE.

⁹⁴ In particolare, il processo di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni ha visto l'intervento di una serie di direttive: la direttiva del Consiglio 28.6.1990, n. 90/387/CEE sull'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni; la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7.3.2002, n. 2002/21/CE, direttiva quadro che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica; la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 7.3.2002, n. 2002/20/CE, cd. direttiva autorizzazioni relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica; la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 7.3.2002, n. 2002/19/CE, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime; la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 7.3.2002, n. 2002/22/CE, cd. direttiva servizio universale relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica. Dette direttive sono state recepite nel nostro ordinamento dal d.lgs. 1.8.2003, n. 259, *Codice delle comunicazioni elettroniche*. Le direttive del 2002 sono state successivamente modificate nel 2009 con le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio in data 25.11.2009, n. 2009/136/CE e n. 2009/140/CE. Recentemente, è intervenuta la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in data 11.12.2018, n. 2018/1972/UE, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche, che avrebbe dovuto essere recepita nel nostro ordinamento entro il 21.12.2020.

⁹⁵ L'organica disciplina della materia delle comunicazioni elettroniche, anche in ordine all'accesso alla rete, è ora contenuta nel *Codice delle comunicazioni elettroniche* (d.lgs. n. 259/2003 cit.).

⁹⁶ V. art. 21, co. 13, 14 d.l. 201/2011 cit., e relativo All. A.

Sulla liberalizzazione del settore postale, v. direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in data 15.12.1997, n. 97/67/CE, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 22.7.1999, n. 261.

⁹⁷ Con specifico riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche, al fine di garantire un'applicazione coerente del quadro normativo europeo e di assicurare lo sviluppo di prassi normative omogenee, la Commissione europea nel 2002 (decisione in data 29.7.2002, n. 2002/627/CE) aveva originariamente istituito il Gruppo dei regolatori europei (cd. ERG), con il compito di consigliare e coadiuvare la Commissione a sviluppare il mercato interno e, più in generale, a favorire un confronto tra le ANR e la Commissione. Il Gruppo dei regolatori europei è stato successivamente soppresso e sostituito dall'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (cd. BEREC), configurato – come il precedente Gruppo – come un comitato dei regolatori, ma dotato di un proprio ufficio, con personalità giuridica, che è una vera e propria agenzia europea, istituito (non dalla Commissione, ma) con Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio in data 25.11.2009, n. 1211/2009/CE, al fine di intensificare la cooperazione e il coordinamento tra le Autorità nazionali di regolazione, al quale successivamente (con Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio in data 11.12.2018, n. 2018/1971/UE), sono stati attribuiti nuovi compiti come la formulazione di orientamenti in vari ambiti, la redazione di relazioni su aspetti tecnici, la compilazione di registri, elenchi e banche dati e l'emissione di pareri su procedure relative al mercato interno per progetti di misure nazionali di regolamentazione del mercato.

Con riguardo al settore audiovisivo, l'AGCom fa parte del cd. European Regulators Group for Audiovisual Media Services – ERGA, istituito con direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 10.3.2010, n. 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari

g) Il Garante per la protezione dei dati personali

Il Garante per la protezione dei dati personali⁹⁸, cui sono riconosciute “piena autonomia” e “indipendenza di giudizio e di valutazione”, è l’Autorità indipendente preposta alla promozione e alla tutela del diritto alla “riservatezza” a fronte del trattamento dei dati personali.

La disciplina in ordine all’organizzazione, alla competenza e ai poteri del Garante dei dati personali, contenuta nel d.lgs. 30.6.2003, n. 196, cd. Codice in materia di protezione dei dati personali, è stata recentemente modificata (d.lgs. 10.8.2018, n. 101) per adeguare la normativa italiana alle disposizioni del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 27.4.2016 n. 2016/679/UE. Detto Regolamento europeo ha inciso in maniera penetrante sui poteri, sui compiti nonché sul carattere dell’indipendenza del Garante quale Autorità nazionale di controllo (art. 2 *bis*, d.lgs. n. 196/2003).

Ed infatti, sebbene già la legge istitutiva sancisse, come detto, la “piena autonomia” e “indipendenza di giudizio e di valutazione” del Garante, per effetto del recente Regolamento europeo n. 2016/679/UE cit. detto carattere risulta ancor più rafforzato. L’art. 52 Reg. cit. infatti espressamente prevede che le autorità nazionali di controllo agiscono “in piena indipendenza nell’adempimento dei propri poteri”, “non subiscono pressioni esterne, né dirette, né indirette” e “non sollecitano né accettano istruzioni da alcuno”⁹⁹.

e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi, recentemente modificata con la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in data 14.11.2018 n. 2018/1808/UE. All’ERGA sono attribuite funzioni consultive della Commissione, nonché compiti di collaborazione con le autorità nazionali di regolamentazione.

Con riferimento al settore postale, l’AGCom è parte del cd. *European Regulators Group for Postal Services* – ERGP, istituito dalla Commissione europea con decisione in data 10.8.2010, quale “organo di riflessione, dibattito e consulenza per la Commissione nel settore dei servizi postali” con il compito di “facilitare la consultazione, il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali di regolamentazione indipendenti degli Stati membri e tra queste autorità e la Commissione, al fine di consolidare il mercato interno dei servizi postali” e di garantire l’applicazione della direttiva 97/67/CE cit.

⁹⁸ Il Garante è stato istituito con l. 31.12.1996, n. 675. Nello schema della legge istitutiva, il Garante era un organo collegiale costituito da quattro membri, eletti – tra persone di sicura indipendenza, dotate di specifiche competenze tecniche nel settore – dalle Camere con voto limitato. I membri dell’organo di vertice del Garante eleggevano al loro interno un Presidente, e duravano in carica quattro anni (con possibilità di rinnovo del mandato per una sola volta), durante i quali erano sottoposti ad un particolare regime di incompatibilità (art. 30, l. n. 675/1996).

I compiti affidati al Garante erano individuati all’art. 31, l. n. 675/1996; si trattava, tra l’altro, della tenuta del registro generale dei trattamenti, della segnalazione delle modifiche necessarie ai titolari o ai responsabili dei dati personali, della ricezione delle segnalazioni e dei reclami da parte degli interessati e delle relative associazioni, nell’adozione di provvedimenti; nella vigilanza sui casi di cessazione dei trattamenti, e così via.

⁹⁹ Sull’indipendenza delle autorità di controllo nel regolamento europeo del 2016 cit., e sulle differenti tecniche scelte dagli ordinamenti nazionali, v. A. PATRONI GRIFFI, *L’indipendenza del Garante*, in www.federalismi.it.

Il Regolamento cit., inoltre, detta le condizioni generali per la nomina dei membri delle Autorità di controllo, prevedendo che essi siano nominati “attraverso una procedura trasparente”, dal Parlamento, dal Governo, dal Capo dello Stato, oppure “da un organismo indipendente incaricato della nomina a norma del diritto dello Stato membro” (art. 53)¹⁰⁰.

I compiti e i poteri del Garante sono previsti in parte dal d.lgs. 196/2003 e in parte Regolamento 2016/679/UE¹⁰¹.

Nell'esercizio di tali funzioni, il Garante è dotato di poteri di regolazione¹⁰², di poteri di indagine e di controllo¹⁰³; di poteri correttivi autoritativi (adozione di avvertimenti, ingiunzioni, divieti e limitazioni ai trattamenti, nonché irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie¹⁰⁴), nonché di poteri autorizzativi e consultivi¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Per effetto di tali modifiche imposte dal diritto europeo, dal punto di vista organizzativo, il Garante è oggi costituito da un organo di vertice, il Collegio, composto da quattro componenti eletti dalle Camere con voto limitato tra coloro che – dotati di indipendenza e di specifica competenza tecnica – presentano la propria candidatura nell'ambito di una procedura di selezione, di cui deve essere garantita la pubblicità. I componenti del Collegio – i quali eleggono poi al loro interno un Presidente ed un Vice presidente – durano in carica sette anni e durante il loro mandato (non rinnovabile) sono sottoposti ad un regime di incompatibilità, che si estende ai due anni successivi alla cessazione dell'incarico (art. 153, d.lgs. n. 196/2003).

Alle dipendenze del Collegio è posto poi l'Ufficio del Garante (art. 155), a capo del quale è preposto un segretario generale nominato tra persone di elevata e comprovata qualificazione professionale, costituito da personale appartenente al ruolo organico del Garante.

Al Garante è riconosciuta autonomia organizzativa, di funzionamento, decisionale, contabile, ma non autonomia finanziaria. Ed infatti le spese del Garante sono poste a carico di un fondo stanziato nel bilancio dello Stato; tuttavia, è prevista la possibilità per il Garante di esigere dal titolare del trattamento il versamento di diritti di segreteria in relazione a particolari procedimenti (art. 156, d.lgs. n. 196/2003).

È prevista la presentazione di una relazione annuale al Parlamento e al Governo (art. 154, co. 1, lett. e), d.lgs. n. 196/2003).

¹⁰¹ In particolare, il Garante controlla che i trattamenti dei dati personali siano effettuati nel rispetto della disciplina applicabile; conosce dei reclami (alternativi all'accesso alla giurisdizione) presentati da coloro che ritengono di essere stati lesi da violazioni della normativa in materia di protezione di dati personali sulla base di modalità specifiche per la trattazione individuate con proprio Regolamento; promuove l'adozione di regole deontologiche; denuncia i fatti configurabili come reati perseguibili d'ufficio, qualora ne venga a conoscenza nell'esercizio a causa delle proprie funzioni; assicura la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali degli individui (art. 154, d.lgs. n. 196/2003).

Altre competenze vengono attribuite al Garante dall'art. 57, Regolamento 2016/679/UE. Si tratta di compiti: di promozione della consapevolezza e della comprensione dei rischi e delle garanzie relative al trattamento dei dati personali; di consulenza del Parlamento, del Governo e di altri organismi e istituzioni in ordine a misure legislative e amministrative in materia di protezione di dati personali; di consulenza degli interessati al trattamento in merito all'esercizio dei propri diritti, e così via.

¹⁰² Nell'esercizio dei poteri di regolazione, il Garante può adottare, ai sensi dell'art. 154 bis, d.lgs. n. 196/2003, linee guida e regole deontologiche, sulla base di un procedimento disciplinato dall'art. 2 quater, d.lgs. n. 196/2003

¹⁰³ V. art. 58, co. 1, Reg. 2016/679/UE; artt. 157, 158 d.lgs. n. 196/2003

¹⁰⁴ V. art. 58, co. 2, Reg. 2016/679/UE

¹⁰⁵ V. art. 58, co. 3, Reg. 2016/679/UE.

Per il procedimento da seguire nell'esercizio dei poteri che incidono sulle posizioni dei terzi, v. la recente delibera adottata dal Garante in data 4.4.2019, n. 98, Regolamento n. 1/2019, recante *Procedure interne aventi rilevanza esterna, finalizzate allo svolgimento dei compiti e all'esercizio dei poteri demandati al Garante per la protezione dei dati personali, nonché all'adozione dei provvedimenti correttivi e sanzionatori*.

Al Garante sono poi attribuiti poteri contenziosi, di decisione dei reclami innanzi ad esso proposti. Avverso la decisione del reclamo è proponibile ricorso giurisdizionale¹⁰⁶.

Alla luce delle caratteristiche organizzative del Garante, che ne garantiscono l'indipendenza dal Governo (rafforzata dal diritto europeo), nonché in considerazione dei poteri ad esso attribuiti al fine di tutelare i diritti e le libertà fondamentali con riguardo al trattamento dei dati personali, si può senz'altro ricondurre il Garante nel modello dell'Amministrazione indipendente.

Come visto per le altre Autorità indipendenti, per effetto del processo di integrazione europea, anche il Garante opera in modo coordinato nell'ambito di una rete europea. E così il Garante fa parte del Comitato europeo per la protezione dei dati (istituito dall'art. 68 Reg. 2016/679/UE), un organismo dell'Unione dotato di personalità giuridica, composto dalle Autorità nazionali deputate alla tutela della privacy e dal Garante europeo della protezione dei dati¹⁰⁷, che “opera con indipendenza” (art. 69 Reg. cit.), anche rispetto alla Commissione, svolgendo compiti di monitoraggio sull'attuazione del Reg. n. 2016/679/UE, di consulenza alla Commissione in merito alle questioni relative alla protezione dei dati personali, di adozione di atti si c.d. *soft law* (linee guida, raccomandazioni, *best practices*) anche nei confronti delle Autorità nazionali¹⁰⁸.

¹⁰⁶ V. artt. 77 e 78, Reg. 2016/679/UE e artt. 140 bis e ss. d.lgs. 196/2003

¹⁰⁷ Il Garante europeo della protezione dei dati personali (istituito dall'art. 41, Reg. (CE) 18.12.2000, n. 45/2001, abrogato Reg. (CE) 23.10.2018, n. 2018/1725/UE) quale un'autorità di controllo indipendente con il “il compito di garantire il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, segnatamente del diritto alla protezione dei dati, in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organi dell'Unione. Il Garante europeo è nominato dal Parlamento europeo e dal Consiglio di comune accordo in base a un elenco, predisposto dalla Commissione dopo un invito pubblico a presentare candidature, composto da “*personalità che offrano ogni garanzia di indipendenza e che possiedano una conoscenza specialistica in materia di protezione dei dati nonché esperienza e competenze per l'esercizio delle funzioni di Garante europeo della protezione dei dati*” (art. 53 Reg. 2018/1725/UE). Il Garante europeo è “*equiparato a un giudice della Corte di giustizia per quanto riguarda la retribuzione, le indennità, il trattamento di quiescenza e ogni altro compenso sostitutivo*” (art. 54, Reg. 2018/1725/UE), e “*agisce in piena indipendenza nell'adempimento dei propri compiti e nell'esercizio dei propri poteri*”, nell'adempimento dei quali “*non subisce pressioni esterne, né dirette né indirette, e non sollecita né accetta istruzioni da alcuno*”.

Si tratta, anche in questo caso, di una autorità indipendente europea, deputata a garantire l'applicazione del regolamento 2018/1725/UE sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione. Il Garante europeo, nell'assolvimento dei propri compiti, è dotato di poteri di indagine, di diffida e ammonimento, ordinatori, inibitori, sanzionatori, sospensivi (art. 58 Reg. n. 2018/1725/UE).

¹⁰⁸ Al fine di garantire l'uniforme applicazione del Regolamento n. 2016/679 cit. su tutto il territorio dell'Unione è stato previsto il c.d. meccanismo di coerenza (artt. 64 ss.), attraverso il quale le autorità nazionali di controllo cooperano tra loro e, se del caso, con la Commissione. Qualora una questione sia di applicazione generale o che produca effetti in più di uno Stato membro, le Autorità di controllo possono devolvere la questione al Comitato al fine di ottenere un parere (art. 64, par. 2, Reg. 2016/679/UE), che ha natura vincolante.

h) L'Autorità nazionale anticorruzione - ANAC.

L'Autorità nazionale anticorruzione - ANAC¹⁰⁹ è l'Amministrazione indipendente preposta allo svolgimento di attività di prevenzione della corruzione nelle

¹⁰⁹ L'ANAC è stata istituita a seguito della trasformazione della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT), creata nel 2009 (art. 13, d.lgs. 27.10.2009, n. 150) con la funzione di indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio indipendente delle funzioni di misurazione e valutazione della performance organizzativa e individuale dei dirigenti delle pubbliche amministrazioni. A tali attribuzioni si affiancava il compito di garantire la trasparenza delle pubbliche amministrazioni, e cioè l'accessibilità dei dati inerenti al loro funzionamento e quello di determinare gli standard dei servizi pubblici.

Successivamente, la l. 6.11.2012, n. 190, c.d. legge anticorruzione, in attuazione di Convenzioni internazionali in materia di lotta alla corruzione (Conv. ONU 2003, art. 6, co. 3, ratif. con autorizzazione l. 3.8.2009 n. 116; Conv. Cons. Europa, 1999, art. 20, ratif. con autorizzazione l. 28.6.2012, n. 110), ha individuato la CIVIT quale autorità nazionale competente a coordinare l'attività di contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione.

Da qui, l'attribuzione di una diversa denominazione (ANAC appunto: art. 5, d.l. 31.8.2013, n. 101, conv. l. 30.10.2013, n. 125), e la ridefinizione delle funzioni (art. 19, d.l. 24.6.2014, n. 90, conv. l. 11.8.2014, n. 114), con l'obiettivo principale di concentrare la missione istituzionale dell'Autorità sui compiti relativi alla garanzia della trasparenza e alla prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni.

In tale direzione, il d.l. n. 90/2014 ha trasferito in primo luogo all'ANAC tutti i compiti e le funzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP, istituita dall'art. 4, l. 11.2.1994, n. 109) con funzioni di vigilanza sugli appalti di lavori, delle forniture e dei servizi, con contestuale soppressione dell'AVCP. Le funzioni in materia di contratti pubblici sono state successivamente ridefinite dal d.lgs. n. 50/2016, c.d. Codice dei contratti pubblici (art. 213).

All'ANAC sono state invece sottratte le attribuzioni originarie in materia di misurazione e valutazione della performance, assegnate al Dipartimento della funzione pubblica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (art. 19, co. 9, d.l. cit. e relativo regolamento attuativo, D.P.R. 9.5.2016).

All'esito di tale riordino, la missione istituzionale dell'ANAC è individuata nella prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche (e soggetti equiparati) anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, e comunque in ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici, con interventi in sede consultiva e di regolazione.

L'ANAC è un organo collegiale (il Consiglio) composto dal presidente e da quattro componenti scelti tra esperti di elevata professionalità “di notoria indipendenza e comprovata esperienza in materia di contrasto alla corruzione”, i quali durano in carica sei anni e non possono essere confermati. Il presidente e i componenti sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei Ministri, previo parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti. Il presidente è nominato su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, di concerto con il Ministro della giustizia e il Ministro dell'interno; i componenti sono nominati su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione. L'ANAC trasmette al Governo la relazione annuale sulla propria attività (art. 13, l. 27.10.2009, n. 150 e succ. modif.).

È previsto che l'ANAC disciplini con propri regolamenti “la propria organizzazione, il proprio funzionamento e l'ordinamento giuridico ed economico del proprio personale secondo i principi contenuti nella legge 14 novembre 1995, n. 481” (art. 52 quater, l. 24.4.2017, n. 50, conv. l. 21.6.2017, n. 96 e succ. modif.). Sul punto, v. il Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'ANAC (approvato con delibera n. 1125 in data 4.12.2019 e succ. modif.) e il Regolamento sull'ordinamento giuridico ed economico del personale (approvato in data 9.1.2019 e succ. modif.).

L'ANAC è dotata di autonomia contabile e finanziaria (Regolamento sulla gestione finanziaria, amministrativa e contabile, approvato con delibera n. 11 in data 1.4.2010). Essa provvede alle spese del proprio funzionamento, in parte mediante appositi fondi stanziati nel bilancio dello Stato, e in parte mediante ricorso al mercato di competenza (stazioni appaltanti, operatori economici e organismi di attestazione), nonché attraverso l'utilizzo delle somme derivanti dal pagamento delle sanzioni irrogate (art. 19, co. 6, d.l. n. 90/2014 cit.). V. sul punto, l'art. 1, co. 65, l. 23.12.2005, n. 266 e la Delibera n. 1174 del 19.12.2018, di determinazione del contributo per l'anno 2019. Per l'anno 2020, invece, il contributo è stato sospeso: l'art. 65 del d.l. 19.5.2020, n. 34, conv. l. n. 77/2020, c.d. Decreto Rilancio, ha previsto che le

amministrazioni pubbliche (e soggetti equiparati), anche nel settore dei contratti pubblici, nonché di promozione e di attuazione della trasparenza.

Per l'assolvimento dei propri compiti, all'ANAC sono attribuiti una serie di poteri, da esercitare nei tre differenti settori ove essa opera (prevenzione della corruzione¹¹⁰, trasparenza amministrativa¹¹¹, contratti pubblici¹¹²).

stazioni appaltanti e gli operatori economici sono esonerati dal versamento dei contributi da versare all'Autorità nazionale anticorruzione per tutte le procedure di gara avviate dalla data di entrata in vigore della norma (19.5.2020) e fino al 31.12.2020.

In dottrina, sull'ANAC in dottrina v. R. CANTONE, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e l'Anac come autorità di regolazione*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, atti del 61° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso da Provincia di Lecco, Consiglio di Stato, Varenna-Villa Monastero, 17-18-19 settembre 2015, pp. 121 ss.; ivi anche M.G. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, pp. 345 ss.; R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino 2015; E. D'ALTERIO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 436 ss.; ID, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, pp. 757 ss.; M. PIGNATTI, *Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Dig. discipl. pubbl.*, 2017; R. CANTONE, E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2017; F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello stato di diritto: il caso dell'ANAC*, in *www.federalismi.it*, 2016; M.C. ROMANO, *Il ruolo e le competenze dell'ANAC sui contratti pubblici*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli 2017, pp. 769 ss.; I. A. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino 2018; E. OLIVITO, *In bilico tra gubernaculum e iurisdictio. Osservazioni costituzionalmente orientate sull'Autorità Nazionale Anticorruzione e sui suoi poteri regolatori*, in *www.costituzionalismo.it*, 2019; G. PIPERATA, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino 2019, pp. 29 ss.

Con specifico riferimento alle competenze dell'ANAC in materia di contratti pubblici, v. M.C. ROMANO, *Il ruolo e le competenze dell'ANAC sui contratti pubblici*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit.; E. D'ALTERIO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit.

¹¹⁰ Nel settore del contrasto alla corruzione (l. 6.11.2012, n. 190) l'Anac, tra l'altro, adotta il piano nazionale anticorruzione (art. 1, co. 2, lett. b); analizza le cause e i fattori della corruzione, individuando gli interventi che ne possono favorire la prevenzione e il contrasto (art. 1, co. 2, lett. c); esercita funzioni consultive, mediante l'espressione di pareri (art. 1, co. 2, lett. d), e e); vigila (anche comminando sanzioni) sulla predisposizione dei piani anticorruzione da parte delle singole amministrazioni e sul loro rispetto. Nell'esercizio di tali funzioni, l'ANAC esercita "poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni, e ordina l'adozione di atti o provvedimenti ... ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti" (art. 1, co. 3, l. n. 190/2012).

¹¹¹ Nel settore della trasparenza, l'ANAC esercita funzioni di controllo circa l'esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente (art. 45, d.lgs. 14.3.2013, n. 33), esercitando poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle amministrazioni pubbliche e ordinando di procedere, entro un termine (non superiore a trenta giorni), alla pubblicazione di dati, documenti e informazioni ai sensi del presente decreto, all'adozione di atti o provvedimenti richiesti ovvero alla rimozione di comportamenti o atti contrastanti. In tale settore, l'ANAC, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata, può emanare linee guida per la definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico (art. 5 bis, d.lgs. n. 33/2013).

¹¹² Nel settore dei contratti pubblici, all'ANAC sono affidate funzione di regolazione, vigilanza e controllo, agendo "anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione" (art. 213, d.lgs. n. 50/2016). In particolare, l'Anac, tra l'altro, svolge compiti di vigilanza sui contratti pubblici, anche per garantire "l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici" ed evitare il verificarsi di pregiudizi per il pubblico erario (art. 213, co. 3, lett. a) e b), d.lgs. n. 50/2016), nonché sui sistemi di qualificazione degli esecutori dei contratti, anche comminando sanzioni (art. 213, co. 3, lett. f), d.lgs. 50/2016); di adozione di atti a carattere generale (linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile: art. 213, co. 2, d.lgs. n. 50/2016; atti che, nei casi più rilevanti, vengono trasmessi

Differentemente dalle altre Autorità esaminate – le quali trovano tutte la giustificazione della loro istituzione nel diritto europeo – l’affidamento di compiti di prevenzione della corruzione, soprattutto nel settore dei contratti pubblici, e di attuazione della trasparenza amministrativa non trova un aggancio (neppure implicito) nel diritto europeo.

A riprova di ciò, si consideri che negli altri Stati membri le funzioni di prevenzione della corruzione e di attuazione della trasparenza sono generalmente esercitate o da organi governativi (come in Germania, ove tali funzioni sono attribuite al Ministero degli Interni, al Ministero federale per lo sviluppo della cooperazione economica, all’Ufficio criminale federale e al Dipartimento investigativo interno) oppure da organi giurisdizionali (come nel Regno Unito, ove dette funzioni sono esercitate da ufficio specializzato integrato nel sistema giudiziario britannico, il *Serious Fraud Office*, e in Spagna, ove competente in materia di contrasto alla corruzione è un organo giurisdizionale denominato *Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada*).

Soltanto in Francia è possibile rinvenire un’autorità indipendente (l’Alta autorità per la trasparenza della vita pubblica, *Haute Autorité pour la transparence de la vie publique* - HATVP), istituita dalla legge sulla trasparenza della vita pubblica in data 11.10.2013 (Loi n. 2013-907 du 11 octobre 2013, *relative à la transparence de la vie publique*), il cui compito è di promuovere la probità e la correttezza dei dipendenti pubblici.

La scelta di istituire un’autorità indipendente in tali settori è dunque frutto di una libera scelta del legislatore nazionale (non senza contraddizioni, non essendo del tutto comprensibile l’accostamento – nell’ordinamento italiano – delle funzioni di prevenzione della corruzione con il settore dei contratti pubblici).

A fronte di ciò, in assenza di un fondamento di matrice europea, si pongono quindi forti perplessità in ordine alla compatibilità con il nostro sistema costituzionale

alle Camere dopo l’adozione), nonché di atti normativi veri e propri (art. 211, co. 1 quater, che rinvia ad un regolamento dell’ANAC l’individuazione dei casi e delle tipologie di provvedimenti gravemente viziati, tali da indurre l’Autorità ad agire in giudizio ovvero a diffidare la stazione appaltante alla rimozione del vizio); di segnalazione al Governo e al Parlamento di “fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore” (art. 213, co. 3, lett. c), d.lgs. n. 50/2016); gestisce il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza. (art. 213, co. 4, d.lgs. 50/2016). Nell’esercizio di tali funzioni, l’ANAC è dotata di poteri ispettivi (art. 213, co. 5), nonché di poteri sanzionatori (art. 213, co. 13, d.lgs. n. 50/2016).

Analogamente all’AGCM, anche in capo all’ANAC il legislatore ha riconosciuto una legittimazione straordinaria a ricorrere innanzi al giudice amministrativo per l’impugnativa di atti amministrativi in contrasto con la normativa in materia di procedure ad evidenza pubblica (art. 211, co. 1 *bis* e co. 1 *ter*, d.lgs. n. 50/2016).

dell'istituzione di un'autorità, dotata di incisivi poteri, indipendente dall'autorità politica¹¹³.

3. I tratti comuni: l'indipendenza dal potere politico e dai soggetti regolati.

Alla luce della breve analisi che si è offerta delle principali Autorità indipendenti, occorre a questo punto tentare di individuarne i tratti comuni al fine di evidenziare e analizzare gli elementi caratteristici di questo particolare modello di amministrazione.

Innanzitutto, come visto, i membri degli organi di vertice vengono nominati (non dal Governo, ad eccezione della Consob, ma) dai Presidenti delle Camere (per le Autorità istituite nel 1990: AGCM, Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero, Garante per la radiodiffusione e l'editoria) ovvero, sulla base di un complesso meccanismo, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro competente (ovvero su proposta del Consiglio dei Ministri d'intesa con il Ministro competente), ma previo parere obbligatorio delle Commissioni parlamentari competenti a maggioranze qualificate (ARERA e Presidente dell'AGCom), o, infine, sono eletti dalle Camere (commissari AGCom e Garante della protezione dei dati personali ma, in quest'ultimo caso, nell'ambito di una procedura pubblica di selezione imposta dal diritto europeo).

Generalmente, l'organo di vertice delle Autorità indipendenti è costituito da un organo collegiale, composto da membri dotati di alta professionalità tecnica, il cui mandato è di lunga durata (dai cinque ai sette anni), slegata dalla durata delle cariche politiche¹¹⁴, e in capo ai quali è previsto un particolare regime di incompatibilità (divieto di esercitare attività professionale nello stesso ambito di intervento dell'Autorità), a volte esteso anche a periodi successivi alla cessazione dell'incarico.

¹¹³ Sulle criticità dell'istituzione di un'autorità indipendente, dotata di incisivi poteri, in assenza di un sicuro aggancio nel diritto europeo v. V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, Torino 2019, p. 26 ove l'A. evidenzia che l'assenza di un diretto riscontro nel diritto europeo e il sistema di incisivi poteri attribuiti all'ANAC "*pone problemi circa la compatibilità di questo «governo di settore» (almeno nella sua estensione, ben al di là dei meri compiti di prevenzione della corruzione) con il nostro sistema politico costituzionale*"; L. DE LUCIA, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Pol. dir.*, 2019, pp. 3 ss., part. pp. 23 ss..

¹¹⁴ In dottrina, v. A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit. p. 57, ove l'A. sottolinea che "*le autorità, non essendo dipendenti dal Governo né dal Parlamento ed essendo a termine, non sono soggette a cicli politici governativi con eventuali alternanze di politiche derivanti dai cicli elettorali. Hanno propri cicli sfasati*".

Tutte le Autorità sono dotate di autonomia organizzativa, la maggior parte anche di autonomia finanziaria, nonché di un proprio ruolo del personale.

Il campo d'azione delle Autorità - cui sono attribuiti incisivi poteri normativi (ma non per tutte), di vigilanza e controllo, sanzionatori, contenziosi - è rappresentato da settori particolarmente sensibili, rilevanti nella vita economica e sociale dello Stato, a volte presidiati da diritti di rango costituzionale.

Alla luce di tali elementi, è dunque evidente che i tratti caratterizzanti questo particolare tipo di amministrazione siano l'indipendenza¹¹⁵ verso il potere esecutivo e verso i soggetti operanti nei settori regolati¹¹⁶.

E su tali elementi caratterizzanti appare ora opportuna un'analisi approfondita, anche al fine di evidenziare le stridenti contraddizioni che gli stessi pongono con il modello tradizionale di amministrazione così come delineato nella Costituzione, nonché al fine di sottolineare come sia stato proprio il concetto europeo di indipendenza (nell'accezione che si dirà) ad aver influenzato il legislatore nazionale nel conformare il modello delle Autorità indipendenti, oggi ricomprese nell'ambito di più ampie organizzazione europee di regolatori (nelle varie forme che si esamineranno).

¹¹⁵ Invero, la dottrina si è a lungo impegnata nel ricercare un significato al concetto di indipendenza, che considerata in sé – senza l'indicazione della specifica missione cui l'istituzione (alla quale l'indipendenza è riconosciuta) è deputata – sarebbe solo un “guscio vuoto” (M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, cit. p. 2). E così, si è intesa l'indipendenza come qualcosa di più dell'autonomia: A. MASSERA, “Autonomia” e “indipendenza” nell'amministrazione dello Stato, cit.; C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, cit., part. pp. 74 ss., ove l'A. evidenzia che il principio di indipendenza delle Autorità, soprattutto dal punto di vista funzionale, “si dimostra diverso da quello di autonomia, perché si pone ad un livello di astrazione superiore”.

Sui diversi concetti di autonomia, v. M.S. GIANNINI, *Autonomia. (Saggio sui concetti di autonomia)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pp. 851 ss.; ID, *Autonomia (teoria generale e diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, pp. 356 ss..

¹¹⁶ Secondo parte della dottrina, i tratti caratteristici propri delle Autorità indipendenti dovrebbero essere individuati nella tutela di interessi pubblici o diffusi cui l'Autorità è deputata a fronte di poteri imprenditoriali forti, nell'autonomia dal Governo e dai soggetti tutelati e nelle funzioni attribuite. V. sul punto, M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, cit. part. p. 3.

4. Le Autorità indipendenti e il potere politico. L'indipendenza funzionale: elementi strutturali (i meccanismi di nomina, i requisiti, la durata del mandato e il divieto di rinnovo).

Indipendenza delle Autorità è anzitutto indipendenza funzionale, intesa come non soggezione all'indirizzo politico governativo, e cioè ai poteri di direzione e di controllo del Governo, ma soltanto alla legge¹¹⁷.

In altri termini, le Autorità indipendenti, ciascuna preposta ad un settore di amministrazione particolarmente sensibile, nel rispetto della legge determinano la propria linea di azione senza soggiacere ad alcuna influenza esterna, specialmente governativa.

¹¹⁷ Sul punto, v. V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., part. p. 24, ove l'A. sottolinea che *"alle autorità di governo (alla "politica") non spetta nei confronti di codeste Autorità e delle funzioni da esse esercitate, alcun potere di indirizzo né alcun potere di controllo"* potendo affermarsi che *"esse sono soggette solo alla legge, la quale ovviamente può istituirle, sopprimerle, modificarne le attribuzioni, stabilirne i budget, ecc. (ciò che non è poco), ma resta fermo il dato che esse sfuggono al circuito della responsabilità del Governo (nei confronti del Parlamento e verso la collettività) che può soltanto proporre al Parlamento modifiche legislative a proposito"*. V. anche A. MASSERA, *"Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato*, cit. p. 471, che qualifica l'indipendenza come *"distacco dall'area del c.d. potere esecutivo"*; F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, cit., che individua nella *"separazione dal Governo"* e nella *"garanzia di un diritto fondamentale"* le tracce unificanti delle Autorità indipendenti; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, cit. part. p. 120, ove l'A. osserva che alle Autorità indipendenti *"è consentito vivere in una posizione di sostanziale separazione dallo Stato, al riparo da influenze interne ed esterne, in particolare dall'indirizzo politico-governativo"*; M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit. pp. 11 ss.

Proprio in ragione della qualificazione dell'indipendenza come sottrazione dall'indirizzo politico di Governo, parte della dottrina ritiene la natura *"semi-indipendente"* dal potere politico di alcune Autorità. Sul punto, v. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, cit. part. p. 660, ove qualifica l'AGCom semi-indipendente dal Parlamento in quanto *"il Parlamento, da cui essa deriva, le conferisce diversi ambiti di regolamentazione, ma questo stesso rapporto di derivazione, in assenza di una riserva di potere regolamentare, la espone ... al rischio di correzioni (legislative) di fonte parlamentare"*; nonché l'Autorità per l'elettricità e il gas che qualifica semi-indipendente dal Governo (oltre che per il meccanismo di nomina), in ragione della circostanza che l'Autorità anche se *"non può ricevere direttive per i suoi singoli atti"* deve comunque *"tener conto nella sua attività degli indirizzi del Governo"*. Su tale ultimo profilo, v. però *contra* F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità Indipendenti*, Bologna 2011 ove gli A. sottolineano che pur essendo vero che l'indirizzo governativo diventa più pervasivo, tuttavia, l'Autorità per l'energia è coinvolta nella determinazione di obiettivi generali di politica energetica.

Che la legge possa sopprimere Autorità indipendenti esistenti, prevedendone, nell'ambito di una riforma istituzionale, la incorporazione in altre Autorità, dando così luogo all'istituzione di Autorità multisettoriali è stato del resto ritenuto conforme al diritto europeo (e tale da non intaccare l'indipendenza) dalla Corte di Giustizia (v. Corte Giust., 19.10.2016, C.424/15, *Ormaetxea Garai e Lorenzo Almendros*, secondo cui *"la direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica ... dev'essere interpretata nel senso che essa non osta, in linea di principio, a una normativa nazionale che prevede la fusione di un' autorità nazionale di regolamentazione ai sensi della direttiva 2002/21 ... con altre autorità di regolamentazione nazionali, come quelle della concorrenza, del settore postale e del settore dell'energia, al fine di creare un organismo di regolamentazione multisettoriale al quale sono attribuite, in particolare, le funzioni conferite alle autorità nazionali di regolamentazione ai sensi di detta direttiva, come modificata, purché, nell'esercizio di tali funzioni, detto organismo soddisfi i requisiti di competenza, d'indipendenza, d'imparzialità e di trasparenza previste da quest'ultima e le decisioni da esso adottate possano essere oggetto di ricorsi effettivi presso un organo indipendente dalle parti coinvolte, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare"*).

Si potrebbe dire che le Autorità indipendenti sono “impermeabili”, refrattarie all’indirizzo politico di governo¹¹⁸.

L’indipendenza funzionale delle Autorità dal potere esecutivo, come visto, viene garantita da una serie di elementi strutturali, che consentono alle stesse di vedersi garantito un certo distacco dall’Autorità politica (dal potere esecutivo)¹¹⁹.

Si tratta, anzitutto, dei meccanismi di nomina¹²⁰ che, anche quando vedono la partecipazione del Governo (come nel caso della nomina dei membri di ARERA o del Presidente dell’AGCom), sottopongono la stessa a dei limiti, mediante il necessario previo parere delle commissioni parlamentari competenti espresso a maggioranza qualificata (e dunque, mediante l’intervento anche delle opposizioni)¹²¹.

¹¹⁸ A fronte di tali argomentazioni, dubbi in ordine all’effettiva indipendenza funzionale di ARERA sembrerebbero nutrirsi a fronte dell’art. 1, co. 11, l. n. 239/2004, ai sensi del quale il Governo “*indica all’Autorità ... nell’ambito del Documento di programmazione economico-finanziaria, il quadro di esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità dei settori dell’energia elettrica e del gas che corrispondono agli interessi generali del Paese*”, potendo definire “*sentite le Commissioni parlamentari competenti, indirizzi di politica generale del settore per l’esercizio delle funzioni attribuite all’Autorità per l’energia elettrica e il gas ai sensi della legislazione vigente*”.

Sul punto, tuttavia, occorre sottolineare che l’indicazione di un quadro di esigenze di sviluppo, nonché la definizione di indirizzi di politica generale di settore da parte del Governo non possano in alcun modo vincolare le Autorità nazionali, non assumendo detti indirizzi – in ragione della posizione istituzionale delle Autorità nell’ambito dell’organizzazione dei pubblici poteri – carattere obbligatorio.

Da altro punto di vista, v. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., part. p. 66., il quale, ha invece ritenuto compatibile la soggezione delle Autorità agli indirizzi di politica generale di settore, anche facendo riferimento al modello europeo di Autorità indipendente, sostenendo sul punto che “*le autorità di regolazione [devono] comunque tenere conto degli indirizzi politici generali espressi dagli organi politici nazionali e/o dell’Unione: ... quindi non possono essere radicalmente auto-referenziali come auspicato dalle dottrine di orientamento più schiettamente liberista*”, fermo restando comunque il divieto di istruzioni puntuali.

Da tale ricostruzione, tuttavia, sembrerebbe venir meno quello che si è individuato con il carattere proprio, intimo si potrebbe dire, delle Autorità indipendenti, e cioè la sottrazione all’indirizzo politico di governo. Seguendo tale impostazione, le Autorità indipendenti non si differenzerebbero dal modello tradizionale di amministrazione, se non per gli altri requisiti tecnici richiesti in capo ai componenti.

¹¹⁹ Secondo parte della dottrina, la ricostruzione del concetto di indipendenza sulla base degli indici rivelatori (meccanismi di nomina, requisiti dei membri, etc.) ne metterebbe in risalto le tre principali componenti: la “*separatezza dal potere esecutivo*”, la “*terzietà*” nei confronti degli interessi coinvolti nei settori cui le Autorità sono proposte e la “*tecnicità*” connotante le Autorità. V. sul punto S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa 1996, part. p. 12, ove l’A. sottolinea l’esigenza di qualificare il concetto di indipendenza in termini relazionali “*cioè di identificare da che cosa il soggetto indipendente dipende*” (cioè la legge) al fine di individuare la funzione delle Autorità indipendenti.

¹²⁰ In dottrina, sui meccanismi di nomina dei vertici delle Autorità indipendenti, v. tra gli altri M. D’ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, cit.; F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, cit.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, cit., part. pp. 4 ss., la quale individua i diversi tipi di Autorità a seconda delle modalità prescelte per la nomina (Autorità di nomina parlamentare, governativa, ad investitura congiunta, ad investitura giurisdizionale); E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit. part. pp. 107 ss..

¹²¹ Gli atti di nomina dei vertici delle Autorità indipendenti sono impugnabili innanzi al giudice amministrativo, trattandosi di atti di c.d. alta amministrazione e non di atti c.d. politici.

Sul punto, in giurisprudenza sulla nomina dei membri del Collegio dell’Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale - istituita nel 2011 come soggetto giuridicamente distinto e funzionalmente indipendente rispetto agli operatori del settore postale, che “*opera sulla base di principi di autonomia organizzativa, tecnico-operativa, gestionale, di trasparenza e di economicità*”, nonché “con

Invero, si possono individuare quattro diversi meccanismi di nomina che si sono avvicendati nel corso del tempo adattandosi alla mutata realtà politico-istituzionale al fine di garantire nomine *bipartisan* degli organi di vertice delle Autorità e dunque consentire a queste ultime di essere indipendenti (non solo dal Governo, ma in generale) dall'autorità politica¹²².

Invero, il primo meccanismo di nomina, che riguarda le Autorità indipendenti di più antica istituzione (Consob, IVASS) è caratterizzato da un forte intervento del Governo,

indipendenza di valutazione e di giudizio" (art. 1, co. 2, d.lgs. 31.3.2011, n. 58, di modifica dell'art. 2, d.lgs. 22.7.1999, n. 261) – che avviene con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, previo parere favorevole delle competenti Commissioni parlamentari, v. Tar Lazio, I, 5.3.2012, n. 2223, secondo cui *"la nomina a componente di un'Agenzia indipendente preposta alla tutela degli interessi dei cittadini-utenti, va pianamente ricondotta all'attività amministrativa del Governo per essere ricompresa [...] tra gli atti di alta amministrazione"*.

V. anche Tar Lazio, I, 30.12.2014, n. 13293 sulla nomina dell'organo di vertice dell'AGCM, ove si specifica che l'atto di nomina *"non si palesa come espressione di un'attività libera "nei fini" ma come una attività di "alta amministrazione", come tale sottoposta alla disciplina generale degli atti amministrativi, dato che non è la configurazione "soggettiva" di colui (o di coloro come nel caso di specie) che adotta(no) l'atto a rilevare per qualificare la natura del medesimo ma la consistenza "oggettiva" e funzionale dell'atto stesso"*.

Tuttavia, in senso contrario, v. recentemente Tar Lazio, I, 16.7.2020, n. 8162 che ha qualificato come *"atto politico"* il provvedimento di nomina del Presidente dell'AGCM. In proposito il Tar, superando l'impostazione seguita nella citata sentenza n. 13293/2014, ha affermato che *"il potere di nomina è esercitato da organi di vertice delle istituzioni democratiche che sono chiamati a esprimere una "scelta politica" in ragione della posizione di massima imparzialità rivestita nel sistema. Tale posizione di imparzialità non può che riverberarsi anche nel contenuto dell'atto di nomina, in quanto la determinazione assunta congiuntamente dai Presidenti delle due Camere risponde, quanto alle finalità perseguite, esclusivamente al rispetto dei principi di matrice costituzionale, e in primo luogo a quello della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), per la cui tutela vengono istituite autorità indipendenti quali l'Autorità garante della concorrenza e del mercato"*. In tal senso, quindi, secondo il Tar l'atto di nomina sarebbe *"libero nei fini"*, in quanto rispondente a superiori esigenze di carattere generale e adottato con lo scopo di tutelare gli interessi della collettività, in ragione della natura degli organi costituzionali da cui promana e a cui è riconosciuto il compito di compiere la relativa scelta", con la conseguenza che *"a fronte di una determinazione di portata simile, impossibile da sussumere nel novero degli "atti amministrativi", non sussistono situazioni giuridicamente tutelabili innanzi a questo giudice, neppure avuto riguardo alla eventualità che sia stato previsto l'invio dei curricula da parte degli aspiranti nella fase antecedente alla nomina. Tale circostanza, infatti, rimane circoscritta nell'ambito della trasparenza e di una ipotetica accountability dell'operato degli organi parlamentari, come tale non implicante conseguenze sotto il profilo della validità (e, prima ancora, della scrutinabilità in giudizio) dei relativi atti"*.

In generale, in dottrina, sugli atti di alta amministrazione v. V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti di "alta amministrazione"*, in *Dir. pubbl.*, 2009, pp. 101 ss.; P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, pp. 224 ss.

¹²² Tale ricostruzione non vale per la Banca d'Italia, per la quale, come visto, la nomina dei membri del Direttorio è effettuata dall'Assemblea e la nomina del Governatore avviene sostanzialmente mediante designazione del Consiglio superiore assistita da particolari garanzie, pur essendo successivamente approvata con Decreto del Presidente della Repubblica su proposta del presidente del Consiglio di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentito il Consiglio dei Ministri. Come osservato da F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, cit., p. 171 *"si tratta ... di una nomina che proviene dall'interno dell'istituto"*.

In dottrina, v. M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, cit.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, cit.; D. SANTORO, *Il ruolo delle commissioni parlamentari nell'ambito delle procedure di nomina degli organi di vertice di enti pubblici e autorità amministrative indipendenti*, in *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, Camera dei deputati, Roma 2013, part. par. 8 ss.

esercitato mediante la proposta circa i soggetti da nominare, con la previsione di un limitato intervento parlamentare nelle forme del parere non vincolante delle commissioni permanenti competenti per materia, secondo quanto previsto dalla l. 24.1.1978, n. 14 (relativa alla partecipazione delle commissioni parlamentari ai procedimenti di nomina dei vertici degli enti pubblici).

Tale meccanismo di nomina riflette il clima istituzionale degli anni Ottanta, caratterizzato dalla forte centralità del Governo e non garantisce l'indipendenza degli organi di vertice, così nominati, dal potere esecutivo¹²³.

Il secondo meccanismo di nomina, che riguarda le Autorità indipendenti istituite nel 1990 (AGCM¹²⁴, Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero, Garante per l'editoria e la radiodiffusione), è caratterizzato dall'intesa dei Presidenti delle Camere¹²⁵, e quindi dall'intervento parlamentare (o meglio, dall'intervento di soggetti tradizionalmente in posizione *super partes*).

La nomina affidata ai Presidenti delle Camere aveva quale obiettivo quello di distaccare i nominati dall'indirizzo politico di maggioranza. Ed infatti, sul punto, occorre sottolineare che in quel periodo era in uso una convenzione – *conventio ad escludendum* per cui il Partito comunista non poteva aspirare ad incarichi di Governo in ragione dell'appartenenza dell'Italia all'area di influenza americana/occidentale – sulla base della quale uno dei due Presidenti delle Camere era eletto tra esponenti della minoranza.

Dunque, affidare la nomina degli organi di vertice delle Autorità indipendenti all'intesa tra i Presidenti delle Camere significava coinvolgere direttamente la minoranza parlamentare e, quindi, assicurare agli stessi il massimo grado di indipendenza dal potere esecutivo all'epoca possibile, garantendo in tal modo una investitura ultramaggioritaria.

Il terzo meccanismo di nomina – che riguarda i membri di ARERA e il Presidente dell'AGCom e che vede la partecipazione del Governo, tuttavia sottoposta al parere

¹²³ Nonostante ciò, l'indipendenza della Consob non appare oggi discutibile, in considerazione delle funzioni e dei poteri che nel tempo sono stati ad essa attribuiti, nonché in ragione del diritto europeo e dell'innesto della stessa, come ampiamente visto, nell'ambito della rete europea dei regolatori del settore. Medesime considerazioni valgono per l'IVASS.

¹²⁴ In giurisprudenza, sulla procedura di nomina dell'organo di vertice dell'AGCM, v. Tar Lazio, n. 13293/2014 cit., che, su ricorso di un aspirante alla nomina, ha affermato che “la procedura di nomina in questione non è assimilabile ad una procedura (para)concorsuale, con un bando pubblico, un termine per presentare domande e una specificazione di requisiti da parte di candidati da selezionare, ma come una procedura legata a nomina di carattere fiduciario, non libera “nel fine” per quanto sopra precisato ma libera nelle modalità di individuazione dei soggetti ritenuti più idonei”, con conseguente carenza di legittimazione a ricorrere in capo al ricorrente che “alla pari di chiunque altro si ritenesse dotato dei requisiti generici di cui all'art. 10, comma 2, l. n. 287/90 ... non ha assunto alcuna posizione qualificata e protetta riferita al “bene della vita” oggetto della designazione, in quanto i requisiti suddetti si riferivano ad una platea indifferenziata di soggetti”.

¹²⁵ Sul punto, v. C. PINELLI, *Atti congiunti dei Presidenti delle due Camere*, cit., part. pp. 211 ss.

obbligatorio e vincolante delle commissioni parlamentari competenti espresso a maggioranza qualificata – trova la propria ragione nel superamento della convenzione costituzionale di cui si è detto, per cui entrambi i Presidenti delle Camere diventano espressione delle forze di maggioranza, e coincide con il passaggio nel 1993 ad un sistema elettorale maggioritario.

Invero, la sottoposizione della proposta governativa di nomina dei membri degli organi di vertice delle Autorità indipendenti al parere vincolante delle Commissioni parlamentari a maggioranza qualificata si è resa necessaria al fine di ristabilire l'equilibrio tra maggioranza e opposizione nel meccanismo di nomina delle Autorità indipendenti. In altri termini, non essendo più uno dei due Presidenti delle Camere espressione della minoranza parlamentare, si è trovato nell'espressione del parere a maggioranza qualificata delle commissioni parlamentari competenti il giusto mezzo per garantire il coinvolgimento delle minoranze parlamentari nella designazione dei vertici delle Autorità¹²⁶.

Atteso l'ampio coinvolgimento di forze di maggioranza e di minoranza nella nomina, si può senz'altro ritenere che gli organi di vertice così designati siano effettivamente indipendenti dal potere esecutivo e, più in generale, dal potere politico¹²⁷.

Invero, possiamo oggi individuare un'ulteriore modalità di nomina – relativa all'organo di vertice del Garante per la protezione dei dati personali – affidata all'elezione del Parlamento¹²⁸, ma sottoposta (sulla base del diritto europeo) al previo esperimento di una procedura di selezione tra soggetti particolarmente qualificati, di cui deve essere garantita la pubblicità¹²⁹.

¹²⁶ Sul punto, v. in dottrina M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, cit. part. p. 7 ove l'A. osserva che *“a seguito dell'avvento di un sistema elettorale, sia pure parzialmente, maggioritario, si rendono necessarie garanzie più solide”*, al fine di *“dar voce sufficiente alle opposizioni in ordine alla nomina degli organi di vertice delle autorità indipendenti”*.

¹²⁷ V. anche M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, part. p. 5 ove l'A. osserva che *“la necessità, comunemente accettata, di restituire al Governo il ruolo e la responsabilità che gli spettano, assicurando al contempo la tutela dell'opposizione parlamentare, fa sì che solo la designazione comune da parte di Governo e Parlamento (nel suo complesso) sia oggi in grado di garantire all'autorità quella legittimazione unitaria/neutrale, che è indispensabile per esercitare ampi poteri normativi e provvedimenti”*.

¹²⁸ Tuttavia, occorre osservare che già i commissari dell'AGCom venivano eletti dal Parlamento con voto limitato, dunque garantendo anche all'opposizione di incidere nella nomina.

¹²⁹ Sul punto, si è detto infatti che l'art. 53, Regolamento europeo n. 2016/679/UE prevede che i membri delle Autorità di controllo deputate alla tutela della privacy siano nominati *“attraverso una procedura trasparente”* tra soggetti in possesso di *“qualifiche, ...esperienza e ... competenze, in particolare nel settore della protezione dei dati personali, richieste per l'esercizio delle sue funzioni e dei suoi poteri”*.

Invero, anche nel settore del trasporto ferroviario, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 21.11.2012, n. 2012/34/UE, prevede all'art. 55, par. 3, che *“ciascuno Stato membro ... i membri del comitato esecutivo siano nominati, sulla base di regole chiare e trasparenti che garantiscano la loro indipendenza, dalla compagine governativa o dal consiglio dei ministri nazionali o da ogni altra autorità pubblica che non esercita direttamente diritti di proprietà su imprese regolamentate”*.

Sul punto, l'esperimento di una procedura pubblica di selezione, che consente di nominare i soggetti in possesso dei requisiti necessari richiesti per ricoprire l'incarico, fa venir meno ogni componente di politicità insita nella nomina degli organi di vertice delle Autorità. Tale meccanismo, dunque, garantirebbe una maggiore indipendenza dal potere politico in generale.

Altro meccanismo in grado di garantire l'indipendenza dei soggetti nominati dal potere politico è quello che recentemente il Governo, nell'ottica di una razionalizzazione dei meccanismi di nomina degli organi di vertice delle Autorità indipendenti, ha individuato nel recente disegno di legge in materia di concorrenza 2021¹³⁰.

In particolare, l'art. 32 d.d.l. – senza intervenire sui singoli meccanismi di nomina – prevede che, “al fine di rafforzare la trasparenza e l'imparzialità nelle procedure di nomina dei presidenti e dei componenti delle autorità amministrative indipendenti”, i soggetti competenti alla nomina (ad eccezione, però, delle Camere e dei relativi Presidenti) istituiscano una Commissione tecnica per la selezione delle candidature, composta di cinque membri di indiscussa indipendenza, moralità ed elevata qualificazione professionale, competente a curare l'istruttoria sulle candidature (da presentare successivamente alla pubblicazione di apposito avviso pubblico da parte del soggetto competente alla nomina), all'esito della quale la Commissione provvede a redigere “una lista di almeno quattro candidati per ciascun membro da nominare”.

Si tratta perciò di un meccanismo che prevede l'intervento di un soggetto terzo – diverso da quello competente alla nomina – in una fase preliminare, e cioè quella della valutazione e della selezione delle candidature, in modo da vincolare la discrezionalità

Infine, sul punto si osserva che, anche per la nomina dei membri delle Autorità nazionali garanti della concorrenza e delle Autorità nazionali di regolazione nel settore dell'energia elettrica, le recenti direttive hanno imposto l'esperimento di una procedura trasparente. V. per le Autorità nazionali garanti della concorrenza la direttiva n. 2019/1/UE, che all'art. 4, par. 4, dispone che “*gli Stati membri provvedono affinché i membri dell'organo decisionale delle autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza siano selezionati, assunti o nominati in base a procedure chiare e trasparenti, stabilite in anticipo nel diritto nazionale*”. Per le Autorità nazionali di regolazione del settore dell'energia elettrica, v. art. 57, par. 5, lett. e), dirett. n. 2019/944/UE, ai sensi del quale per tutelare l'indipendenza delle Autorità, gli Stati membri provvedono affinché “*i membri del comitato dell'autorità di regolazione o, in assenza di un comitato, il personale direttivo superiore dell'autorità di regolazione siano nominati sulla base di criteri oggettivi, trasparenti e pubblicati, tramite una procedura indipendente e imparziale che garantisca che i candidati siano in possesso delle competenze e dell'esperienza necessarie per la posizione pertinente in seno all'autorità di regolazione*”.

Si può dunque sostenere che l'esperimento di una procedura trasparente per la nomina dei membri degli organi di vertice delle Autorità indipendenti sia oggi la modalità prescelta in ambito europeo, che con ogni probabilità sarà estesa in ambito nazionale anche ad altri settori regolati da Autorità indipendenti.

¹³⁰ Il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2021 – emanato ai sensi dell'art. 47, l. 23.7.2009, n. 99 – è stato approvato dal Consiglio dei Ministri in data 4.11.2021 ed è stato successivamente trasmesso all'esame del Senato della Repubblica (A.S. 2469). Il d.d.l. prevede, per quanto interessa, una Sezione IX sulle “*nomine nelle Autorità indipendenti*”.

nella nomina alle concrete risultanze dell'attività istruttoria sulle candidature. Un meccanismo quindi senz'altro ottimale per garantire l'imparzialità delle nomine, ma di portata limitata, attesa l'inapplicabilità ai procedimenti di nomina di spettanza delle Camere e dei relativi Presidenti (e quindi inapplicabile, ad esempio, alla nomina dei vertici di AGCM, del Collegio – ma non del Presidente – dell'AGCom)¹³¹.

È evidente, dunque, la centralità dei meccanismi di nomina dei vertici ai fini della garanzia della effettiva indipendenza delle Autorità.

Coinvolgere le varie forze politiche di maggioranza e di minoranza, attraverso i vari espedienti che si sono avvicendati nel tempo, consente di escludere che i soggetti nominati siano espressione di questa o di quella forza politica, rendendo le nomine sotto tale profilo imparziali e i soggetti nominati avulsi dal potere politico e garantendone al contempo l'indipendenza, elemento caratterizzante questo particolare modello di amministrazione.

Alla luce delle varie “stagioni” dei meccanismi di nomina brevemente descritti, si può ritenere che il passaggio da un meccanismo all'altro sia stato condotto alla ricerca di una sempre maggiore indipendenza delle Autorità indipendenti rispetto sia al potere esecutivo, sia al potere politico in generale.

A presidio dell'indipendenza degli organi di vertice delle Autorità, accanto ai meccanismi di nomina, figurano la lunga durata del mandato (dai cinque ai sette anni) che non coincide con la durata delle cariche politiche di coloro che provvedono alla nomina, e in alcuni casi l'impossibilità di rinnovo, facendo così venir meno ogni possibilità di attribuire all'incarico un carattere fiduciario. Garantiscono altresì l'indipendenza dei nominati anche i requisiti di professionalità e di elevata tecnica previsti per poter aspirare all'incarico¹³².

¹³¹ Sul punto v. chiaramente A. MOLITERNI, *La nuova disciplina sulle nomine nelle autorità indipendenti*, in *Munus*, 2021 che, proprio in ragione del limitato ambito di applicazione delle nuove disposizioni sui meccanismi di nomina degli organi di vertice delle Autorità indipendenti, dal quale restano fuori le nomine di spettanza parlamentare (sia delle Camere che dei relativi Presidenti) auspica che “il senso di responsabilità istituzionale mostrato dal governo nell'acconsentire alla (non usuale) auto-limitazione delle proprie prerogative politiche con riguardo ai procedimenti di nomina che vedono un più netto protagonismo del Presidente del Consiglio o di singoli ministri possa contraddistinguere anche l'atteggiamento del Parlamento e dei Presidenti delle Camere, quantomeno nell'assicurare che le procedure di nomina di loro spettanza si adeguino il più possibile ai principi e ai criteri ricavabili dalla norma in esame”; e ciò “nella consapevolezza che le procedure di nomina, pur essendo importanti, non possono da sole alimentare e sostenere quella «cultura dell'indipendenza» che ha fatto sin qui fatica ad affermarsi nel nostro sistema istituzionale, ma del cui rafforzamento trarrebbero sicuro giovamento i molti interessi pubblici e i tanti diritti di libertà (non solo economici) affidati dall'ordinamento alla cura e alla protezione delle autorità indipendenti”.

¹³² E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., part. pp. 107 ss.. In particolare, l'A. sottolinea che “le varie norme sull'indipendenza strutturale poss[on]o essere ricondotte a tre finalità più specifiche: quelle sulle nomine ... mirano appunto a garantire che i nominati abbiano una competenza

4.1. L'indipendenza delle Autorità e la revoca dei membri degli organi di vertice.

Tra le garanzie poste a tutela dell'indipendenza delle autorità figura anche la disciplina della revoca¹³³, e cioè la possibilità di procedere *ex post*, e con efficacia non retroattiva, alla revisione del provvedimento di nomina.

Nel nostro ordinamento la revoca è prevista, sulla scorta del diritto dell'Unione europea, per il Governatore della Banca d'Italia (la cui nomina è, come visto, a tempo indeterminato), ai sensi della l. n. 262 del 2005. Essa avviene con il medesimo procedimento previsto per la nomina, ma solo nei limitati casi ammessi dallo Statuto del Sistema europeo delle banche centrali. Anche la legge istitutiva della Consob disciplina il potere di revoca dei componenti da parte del Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio, che può essere attivato unicamente in caso di impossibilità di funzionamento o di continuata inattività dell'organo.

Norme specifiche in materia di revoca sono contenute nelle direttive europee nei settori delle comunicazioni elettroniche e dell'energia e del gas¹³⁴, che prevedono disposizioni dettagliate in proposito, ponendo come obiettivo una più compiuta disciplina della revoca dei vertici delle autorità nazionali di regolamentazione, specificando che essa può essere disposta solo se i componenti non rispondono più ai requisiti prescritti dalle stesse

tecnica e un'autorevolezza adeguate, considerate ovviamente presupposti non solo dell'efficacia della loro azione ma anche della loro capacità di resistere a pressioni indebite di terzi; quelle sulla durata e sui limiti alla rinnovabilità e alla revocabilità dell'incarico sono volte ad evitare che condizionamenti di qualsiasi tipo possano intervenire nel corso del mandato; e infine quelle sull'autonomia finanziaria e organizzativa attengono ... alla garanzia della disponibilità da parte delle Autorità delle risorse funzionali allo svolgimento delle loro funzioni" (p. 108).

¹³³ In dottrina, sulla revoca v. R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano 1956; R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Roma, 1972; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo tra annullamento e revoca: gli interessi sopravvenuti al provvedimento*, Napoli 1990; P. SALVATORE, *Revoca degli atti. III) revoca degli atti amministrativi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, vol. XXVII, pp. 4 ss.; E. FERRARI, *Revoca*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, pp. 335 ss.; M. IMMORDINO, *La revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino 1999; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo: l'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano 2013; A. LUPO, *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Milano 2013.

¹³⁴ Invero, disposizioni specifiche sono contenute sia nelle direttive c.d. di terza generazione (direttiva 2009/140/CE per le comunicazioni elettroniche, direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE, per l'energia elettrica e il gas), sia nelle più recenti direttive del 2019 (art. 57, par. 5, direttiva UE 2019/944 per l'energia elettrica e direttiva UE 2018/1972 per le comunicazioni elettroniche, e in particolare considerando n. 37 ove si osserva che "è stato necessario stabilire preventivamente norme riguardanti i motivi che conducono a sollevare dall'incarico il responsabile dell'autorità nazionale di regolamentazione in modo da dissipare ogni dubbio circa la neutralità di tale ente e la sua impermeabilità ai fattori esterni" e l'art. 7 ove si stabilisce che gli Stati membri garantiscono i membri dell'organo di vertice dell'Autorità indipendente "possano essere sollevati dall'incarico nel corso del mandato solo se non rispettano più le condizioni prescritte per l'esercizio delle loro funzioni fissate nell'ordinamento nazionale prima della loro nomina" attraverso una decisione motivata "soggetta a sindacato giurisdizionale sugli elementi di fatto e di diritto").

direttive oppure in seguito alla commissione di gravi irregolarità rilevanti ai sensi delle leggi nazionali.

E, ancor più recentemente, nel settore della tutela della concorrenza il legislatore (d.lgs. n. 185/2021 cit., adottato in recepimento della direttiva europea n. 2019/1 cit.) ha espressamente previsto che i membri dell'AGCM non possano essere rimossi o destituiti “per motivi connessi al corretto svolgimento dei loro compiti o al corretto esercizio dei poteri”, ma soltanto in caso di applicazione della pena accessoria della interdizione dai pubblici uffici con sentenza passata in giudicato.

Si tratta perciò di casi di revoca connessi a situazioni patologiche inerenti al mandato di un componente o al funzionamento complessivo dell'organo di vertice, e non di una revoca intesa nel senso tradizionale, come rinnovata valutazione degli interessi pubblici sottostanti al provvedimento di nomina, o anche sulla base di circostanze sopravvenute che rendono inopportuna la permanenza nell'incarico dei nominati (art. 21 *quinquies*, l.n. 241/1990).

È evidente, infatti, che lo strumento tradizionale della revoca non possa essere utilizzato per colpire i provvedimenti di nomina dei membri degli organi di vertice delle Autorità, sia perché l'esercizio di tale potere ne minerebbe l'indipendenza, sia perché, come osservato in dottrina, la revoca nei termini indicati presuppone o un rapporto di sovraordinazione o un rapporto fiduciario tra nominante e nominato: figure entrambe contrastanti con il modello dell'autorità indipendente¹³⁵.

Uno spazio di operatività, pertanto, residua solo per la revoca che la dottrina qualifica come “sanzionatoria”¹³⁶, ossia nelle ipotesi di oggettivo riscontro di comportamenti del tutto inadeguati, consistenti tradizionalmente in una prolungata inerzia o in reiterate violazioni di legge da parte dei membri revocati.

¹³⁵ Chiaro sul punto G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino 2001, part. p. 200 ove l'A. evidenzia peraltro che “se i titolari degli organi fossero sottoposti a valutazioni di opportunità tali da incidere sulla loro permanenza nella carica e dunque fossero responsabili nei confronti dei nominanti ... la indipendenza sarebbe una semplice etichetta”.

¹³⁶ V. ancora G. MORBIDELLI, op. ult. cit., p. 201, secondo cui tale specie di revoca “non nasce da diverse valutazioni d'interesse pubblico, o dalla non corrispondenza tra l'attività del nominato e gli interessi pubblici così come apprezzati dal nominante, ma da oggettivi riscontri di comportamenti del tutto inadeguati, consistenti in una prolungata inerzia o in reiterate violazioni di legge”.

5. I corollari dell'indipendenza funzionale delle Autorità: l'autonomia organizzativa, contabile e finanziaria.

Dunque, elemento strutturale caratterizzante questo particolare modello di amministrazione è l'indipendenza, presidiata da una serie di accorgimenti di carattere organizzativo (dai meccanismi di nomina alla durata del mandato fino ai limiti alla possibilità di revocare i provvedimenti di nomina).

Tali accorgimenti, tuttavia, non sono da soli sufficienti a garantire una effettiva “separatezza” e indipendenza funzionale delle Autorità dal Governo e, in generale, dalla politica; a tal fine, dunque, sono necessari ulteriori requisiti organizzativi che costituiscono dei corollari necessari dell'indipendenza delle Autorità: l'autonomia organizzativa¹³⁷, contabile e (in alcuni casi) finanziaria.

Detti requisiti organizzativi non caratterizzano il modello di amministrazione indipendente, in quanto anche altre amministrazioni che operano nell'ambito dell'organizzazione dello Stato ne sono provviste¹³⁸. Si pensi, ad esempio, alle aziende autonome dello Stato (o amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo), che, pur essendo deputate allo svolgimento di attività di tipo operativo-produttivo (dunque svolgendo funzioni del tutto estranee a quelle imputate alle Autorità indipendenti), sono

¹³⁷ V. M.S. GIANNINI, *Autonomia (teoria generale e diritto pubblico)*, cit. pp. 356 ss.. Seguendo la nota impostazione di *Giannini* (che pur riteneva che l'unico significato giuridico di “autonomia” fosse riferibile alle sole “autonomia normativa” intesa come “potere di darsi proprie leggi” e “autonomia istituzionale”), l’“autonomia organizzativa” consiste in “un rapporto giuridico di organizzazione corrente tra due figure soggettive”, “una figura organizzativa in cui rapporti organizzatori fra figure soggettive di un medesimo genere vengono disciplinati, in deroga alla regola, in modo da attribuire ad una delle figure soggettive poteri più ampi di quelli che sono attribuiti alle figure congeneri”. Secondo l’A., infatti, perché possa parlarsi di autonomia organizzativa è necessario che esista un “rapporto normale” e cioè “un rapporto giuridico organizzativo che, per disposto di legge, costituisce la regola dei rapporti di quel tipo e tra quelle determinate figure soggettive” e che “per ragioni particolari” tale rapporto normale sia derogato dalle norme “attribuendo una posizione di maggior indipendenza” rispetto alle figure congeneri (p. 362).

Nei rapporti tra enti, l’A. attribuisce alla nozione di “autonomia organizzativa” una valenza ancora più intensa, definendo la stessa come capacità dell’ente di derogare alla “formula organizzativa generale dei pubblici poteri” e cioè la soggezione all’indirizzo politico-amministrativo che “spetta allo Stato, che attraverso i propri organi centrali lo impone agli enti minori” (p. 364).

V. anche ID., *Autonomia. (Saggio sui concetti di autonomia)*, cit., pp. 851 ss.

¹³⁸ Sul punto, C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, part. pp. 74 ss. ove l’A. evidenzia che il principio di indipendenza “si pone ad un livello di astrazione superiore rispetto al principio di autonomia”. Ed infatti, secondo l’A., il principio di autonomia può trovare attuazione “soltanto tra soggetti posti in posizione di equiordinazione” e dunque presuppone “l’esistenza di un rapporto, non importa se effettivo o anche solo virtuale, tra soggetti differenti, rapporto che, in qualche misura, si vuole delimitare”. Il principio di indipendenza, invece, è utilizzato “in tutte quelle ipotesi nelle quali sia necessario evitare che si possano sviluppare relazioni tali da incidere sull’esercizio della funzione di un soggetto, in qualche modo condizionandola”. Da tali differenze, l’A. fa discendere la conseguenza (del tutto condivisibile) della necessità dell’autonomia per l’affermazione dell’indipendenza: “l’autonomia, nelle sue diverse espressioni, diventa un elemento necessario ai fini dell’affermazione dell’indipendenza: questa non può dirsi realizzata se non in presenza della prima, la quale deve essere considerata come strumentale” (p. 75).

contraddistinte appunto dall'autonomia organizzativa, contabile e in alcuni casi finanziaria¹³⁹.

Nel caso delle Amministrazioni indipendenti, tuttavia, la riconosciuta ed effettiva autonomia organizzativa (che si realizza mediante l'adozione di regolamenti di auto-organizzazione), contabile (mediante l'adozione di bilanci separati da quello dello Stato, tuttavia sottoposti al controllo della Corte dei conti) e (in alcuni casi) finanziaria (mediante l'utilizzo di risorse proprie) costituiscono presidi della effettiva indipendenza funzionale dal potere politico.

Particolare menzione per le possibili implicazioni in punto di indipendenza funzionale merita l'autonomia finanziaria, che, come detto, non caratterizza tutte le Autorità indipendenti¹⁴⁰.

È stato sottolineato in dottrina come la dotazione (anche) di risorse proprie consentirebbe alle Autorità di vedersi garantita una maggiore indipendenza dal potere politico, essendo il tema del finanziamento centrale al fine di evitare ogni forma di indebito condizionamento sull'attività delle Autorità¹⁴¹.

¹³⁹ Il modello dell'azienda autonoma dello Stato – che, come noto, non è caratterizzato dall'indipendenza, essendo sottoposte le aziende autonome al potere di indirizzo e controllo del Governo – è invero, come noto, in via di superamento, essendo state la maggior parte delle aziende trasformate in s.p.a. (d.l. n. 386/1991, conv. l. n. 35/1992). Sono tuttora esistenti l'Amministrazione autonoma degli archivi notarili (l. 16.2.1913, n. 89), l'Amministrazione del fondo edifici di culto (l. 20.5.1985, n. 222).

¹⁴⁰ Sono caratterizzate dal sistema di finanziamento misto AGCM e AGCom; dal sistema dell'autofinanziamento ARERA e IVASS, i cui costi sono totalmente a carico degli operatori del settore regolato. Al contrario, sono a carico del bilancio dello Stato i costi relativi al funzionamento del Garante della protezione dei dati personali e della Commissione per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali.

E recentemente il legislatore è intervenuto a rafforzare l'autonomia finanziaria dell'AGCM con il d.lgs.n. 185/2021 cit., di recepimento della direttiva n. 2019/1 cit., al fine di consentire all'Autorità di utilizzare le proprie dotazioni finanziarie in modo da poter utilizzare le risorse in funzione delle esigenze e delle priorità individuate dall'Autorità stessa.

¹⁴¹ Sul punto, v. il Documento conclusivo della I Commissione permanente della Camera dei deputati approvato nella seduta del 16.2.2012 a conclusione dell'indagine conoscitiva deliberata nella seduta del 2.2.2010, part. p. 7, ove si sottolinea che “non esiste indipendenza che non sia anche indipendenza finanziaria e, quindi, se si vuole salvaguardare il sistema delle autorità indipendenti, occorre incrementare anche la qualità della loro indipendenza finanziaria, possibilmente mescolando i sistemi di finanziamento delle autorità e non garantendoli soltanto attraverso un unico sistema, perché ciò potrebbe diventare un modo per controllare il funzionamento e la quota di indipendenza delle autorità”.

In dottrina, v. M. DE BENEDETTO, *Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, pp. 173 ss.; v. M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., part. p. 23 e 24; sull'autofinanziamento delle Autorità, v. G. NAPOLITANO, *La legge finanziaria del 2006 e la pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.* 2006, pp. 243 ss., ove l'A. individua la genesi del meccanismo dell'autofinanziamento previsto in generale dalla l. 266/2005 nell'obiettivo di “ridurre la spesa pubblica, trasferendo sui privati i costi della regolazione”, ma al contempo le disposizioni sull'autofinanziamento “rafforzano l'autonomia finanziaria delle autorità, che sono poste, almeno parzialmente, al riparo dalle decisioni politiche di finanza pubblica e delle relative decisioni politiche”. Recentemente, anche su tali aspetti, v. S. FOÀ, *La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo*, in *www.federalismi.it*, 2020.

In altri termini, il riconoscimento in capo alle Autorità dell'indipendenza senza che sia loro riconosciuta la possibilità di avvalersi (anche) di proprie e autonome risorse finanziarie si risolverebbe in una mera affermazione di principio. Ed infatti, qualora le risorse finanziarie (come in alcuni casi accade) provengano dai soli stanziamenti a carico del bilancio dello Stato, potrebbe essere pregiudicata la garanzia dell'adeguata capacità finanziaria¹⁴², necessaria affinché le Autorità possano esercitare con indipendenza le proprie funzioni.

In sostanza, quindi, il meccanismo di finanziamento misto appare garantire maggiormente l'indipendenza delle Autorità tanto dal potere politico quanto dai poteri economici (gli operatori economici, spesso grandi società, soggetti a controllo o regolazione)¹⁴³.

¹⁴² Del resto, a conforto di detta tesi, si v. Corte giust., 28.7.2016, C-240/15, *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, che ritiene compatibile con il diritto europeo la sottoposizione dell'Autorità alle disposizioni nazionali sul contenimento e la razionalizzazione delle spese delle pubbliche amministrazioni (il diritto europeo *"non [osta] a una normativa nazionale che assoggetta un'autorità nazionale di regolamentazione ... a disposizioni nazionali applicabili in materia di finanza pubblica e, in particolare, a disposizioni sul contenimento e la razionalizzazione delle spese delle amministrazioni pubbliche"*).

La ricostruzione che si è fornita in ordine alla necessità di un sistema di finanziamento che non si basi sulle sole risorse statali, tuttavia, parrebbe essere non adattarsi alle Autorità a competenza c.d. trasversale (ma non per AGCM che, come detto, gode di un sistema misto di contribuzione), le quali non possono avvalersi di contributi ulteriori rispetto a quelli statali. Sul punto, tuttavia, occorre sottolineare che recentemente il legislatore (seppur in un'ottica di razionalizzazione delle spese) ha istituito una sorta di fondo perequativo (art. 2, co. 241, l. 23.12.2009, n. 191, Legge finanziaria 2010), imponendo alle Autorità di regolazione di settore di trasferire parte delle loro risorse (degli avanzi di amministrazione) alle altre Autorità. Tale meccanismo perequativo consentirebbe dunque anche alle Autorità non preposte alla regolazione di settore di avvantaggiarsi, seppur indirettamente, di forme di contribuzione estranee agli stanziamenti statali.

¹⁴³ L'imposizione di contributi dovuti dagli operatori del settore per il finanziamento delle Autorità indipendenti ha dato luogo in ambito nazionale a numerosi contenziosi.

Sull'entità del finanziamento con contributi a carico degli operatori del settore, è emblematico il caso dei cd. diritti amministrativi dovuti dalle imprese di telecomunicazioni all'AGCom sulla base dell'art. 12, dirett. del Parlamento europeo e del Consiglio 7.3.2002, n. 2002/20/CE a copertura dei costi amministrativi (gestione, controllo e applicazione dell'autorizzazione generale, dei diritti d'uso, etc.), recepita nel nostro ordinamento dalla l. 29.7.2015, n. 115, di modifica dell'art. 34, d.lgs. n. 259/2003 Codice delle comunicazioni elettroniche.

Sull'entità di detti contributi si è più volte pronunciato il giudice amministrativo (tra le altre, v. TAR Lazio n. 3504/2014, n. 2530/2014, n. 2533/2014, n. 2542/2014, e n. 2538/2014; Cons. St. n. 600/2015, n. 810/2015, n. 1224/2015, n. 1273/2015 e n. 1274/2015) e, infine, anche la Corte di Giustizia. In particolare, la Corte di Giustizia, con la sentenza 18.7.2013, C-228/12 e aa., *Vodafone Omnitel e a.*, ha chiarito che l'art. 12 dirett. cit. *"non osta alla disciplina di uno Stato membro ... ai sensi della quale le imprese che prestano servizi o reti di comunicazione elettronica sono tenute a versare un diritto destinato a coprire i costi complessivamente sostenuti dall'autorità nazionale di regolamentazione e non finanziati dallo Stato, il cui importo è determinato in funzione dei ricavi realizzati da tali imprese, a condizione che tale diritto sia esclusivamente destinato alla copertura di costi relativi alle attività menzionate ..., che la totalità dei ricavi ottenuti a titolo di detto diritto non superi i costi complessivi relativi a tali attività e che lo stesso diritto sia imposto alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare"*.

Più recentemente (ordinanza Corte Giust., 29.4.2020, C-399/19, *Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni*), la Corte di Giustizia ha specificato che all'interno della categoria dei costi che possono essere coperti dai cd. diritti amministrativi devono essere ricompresi quelli relativi alle *"funzioni relative alla regolazione, alla vigilanza, alla composizione delle controversie e sanzionatorie, senza limitarsi ai costi sostenuti per l'attività di regolazione ex ante del mercato"*.

Sul punto, tuttavia, occorre sottolineare che la Corte costituzionale ha individuato nel finanziamento a totale carico degli operatori del settore il modello che meglio si adatta al carattere strutturale dell'indipendenza delle Autorità, sottolineando che il sistema misto non consentirebbe di escludere in radice condizionamenti che possono derivare da soggetti di varia natura (politica, economica, finanziaria)¹⁴⁴.

Dalla conclusione cui è giunta la Corte sembrerebbe tuttavia doversi dedurre che il rischio di condizionamento maggiore deriverebbe solo dalla politica (!). Ma in alcuni settori (si pensi al settore dell'energia elettrica) operano soggetti privati dotati di poteri (non solo economici) forti¹⁴⁵. Allora, se le Autorità derivassero le loro risorse dal solo settore regolato, il pericolo di condizionamento (da parte dei privati) non si prospetterebbe poi così remoto.

6. L'indipendenza delle Autorità dai soggetti regolati: il regime delle incompatibilità.

Anche i rapporti tra le Autorità indipendenti e i soggetti regolati, al fine di evitare il rischio della “cattura” del regolatore da parte dei regolati¹⁴⁶, sono caratterizzati da necessaria indipendenza, presidiata da una serie di accorgimenti strutturali tali da evitare qualsiasi forma di condizionamento di “interessi esterni”¹⁴⁷ sull'attività e il funzionamento delle Autorità.

Si tratta, in particolare, dello speciale regime di incompatibilità, previsto in generale in capo ai membri di tutti gli organi di vertice delle Autorità, a fronte del quale è fatto

Dunque, in applicazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quasi totalità delle funzioni svolte dall'AGCom sono attualmente finanziate dagli operatori del settore.

¹⁴⁴ Corte cost. n. 269/2017 sul meccanismo di finanziamento dell'AGCM, con obbligo di contribuzione a carico delle imprese con un fatturato superiore a 50 milioni di Euro, introdotto art. 5 bis d.l. n. 1/2012, conv. modif. l. n. 27/2012.

¹⁴⁵ Invero, la dottrina ha evidenziato che la maggiore difficoltà sta proprio nell'evitare la “cattura” delle Autorità da parte degli imprenditori. V. sul punto, E. CHELI, *Le autorità amministrative nella forma di governo*, cit. p. 135.

¹⁴⁶ Sul punto, v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit. part. pp. 43 ss..

Sulla teoria della cattura del regolatore, v. G.J. STIGLER, *The theory of economic regulation*, in *Bell Journal of Economics Management Science*, 1971, pp. 3 ss.; per la ricostruzione della teoria v. A. HEIMLER, *Cattura, teoria della*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, 2012, in www.treccani.it.

¹⁴⁷ Di “interessi esterni” che possono condizionare le scelte finali delle Autorità indipendenti, per arginare i quali sono state riconosciute alle Autorità indipendenti “caratteristiche organizzative peculiari”, parla C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p. 70.

loro divieto, a pena di decadenza dall'incarico, di esercitare attività professionale e di essere assunti alle dipendenze delle imprese operanti nei settori regolati.

In alcuni casi, il regime delle incompatibilità si estende anche a periodi successivi alla cessazione dall'incarico¹⁴⁸.

Come chiarito dalla giurisprudenza, la *ratio* del regime delle incompatibilità successivo alla scadenza dell'incarico è da rinvenire, da un lato, nell'esigenza di evitare che l'esercizio dell'incarico sia condizionato “anche solo dal sospetto di future personali utilità” e, dall'altro, dalla necessità di scongiurare il rischio che l'esperienza e le relazioni maturate dai membri degli organi di vertice delle Autorità durante lo svolgimento dell'incarico “possano essere utilizzate, dopo la cessazione dell'incarico stesso, da imprese operanti nei rispettivi settori al fine di trarne utili e vantaggi incompatibili con la trasparenza e la parità della competizione nel mercato”¹⁴⁹.

Anche la dottrina ha osservato che il riconoscimento di caratteristiche organizzative peculiari, che consentono alle Autorità “di agire in una posizione di terzietà e di neutralità rispetto a tutti quei condizionamenti esterni che possono condizionarne le scelte finali” pongono le stesse in una posizione di indipendenza dal potere economico e burocratico

¹⁴⁸ Si tratta in particolare, del Garante per la protezione dei dati personali (art. 153, d.lgs. n. 196/2003) e delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (art. 2, co. 9, l. 481/1995). Sul punto occorre sottolineare che mentre nel primo caso alla violazione del divieto non è ricollegata alcuna conseguenza, nel secondo caso è prevista l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie (da parte delle stesse Autorità, come specificato dalla giurisprudenza: Cons. St., 30.1.2007, n. 341) tanto a carico del componente trasgressore, quanto a carico dell'imprenditore.

Recentemente, nel settore della tutela della concorrenza, il legislatore ha rafforzato il regime delle incompatibilità, anche per il periodo successivo alla cessazione dell'incarico. Con il d.lgs. n. 185/2021 cit. (di attuazione della direttiva n. 2019/1 cit.), infatti, il legislatore ha previsto che l'AGCM adotti un proprio Codice di condotta per la disciplina del conflitto di interessi e delle relative sanzioni.

¹⁴⁹ Sul punto, particolare importanza riveste la già citata pronuncia del Consiglio di Stato (n. 341/2007) resa nell'ambito di un giudizio sulla sanzione irrogata dall'AGCom ad un suo ex componente e alla RAI per aver violato il disposto dell'art. 2, co. 9, l. n. 481/1995, affidando al primo – una volta terminato il mandato di membro dell'organo di vertice dell'Autorità – l'incarico di direttore generale della seconda. Nella sentenza il Consiglio di Stato ha osservato che “*la sanzione in esame è posta a tutela della delicata funzione svolta dall'A.G.COM., la quale “opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione” (art. 1, I comma, della legge n. 31/7/1997, n. 249)”. Ed infatti, secondo il Consiglio di Stato “il conferimento dell'incarico manageriale relativo alla conduzione generale dell'azienda assume ... una connotazione, al tempo stesso, spiccatamente premiale a vantaggio dell'incaricato e fortemente strategica per gli interessi dell'azienda: lo spessore premiale incarna la prima ratio dando corpo al rischio (sul piano di quell'apparenza che la norma, pure, vuole dissipare) che l'attività commissariale sia stata espletata in modo da essere piegata a vantaggio dell'azienda vigilata ... onde porre le basi per una gratificazione sinallagmatica successiva; il ruolo strategico rivestito dal direttore generale dà invece corpo al secondo timore che la norma sull'incompatibilità vuole fugare, vista la possibilità che, nella veste apicale di direttore generale, l'ex componente dell'Autorità sfrutti, a vantaggio dell'azienda, il patrimonio di esperienze e conoscenze accumulato nel corso dell'espletamento dell'incarico collegiale, sì da realizzare, a favore dell'azienda già vigilata, quel vantaggio competitivo di stampo distorsivo che la statuizione di legge vuole appunto fronteggiare”.*

“in una prospettiva di garanzia del regolare funzionamento e dello sviluppo equilibrato dei settori ai quali sono preposte”¹⁵⁰.

7. Il diverso ruolo delle Autorità indipendenti nell’ambito dell’organizzazione amministrativa europea. Le agenzie europee e le Autorità indipendenti europee.

Un’analisi compiuta degli aspetti organizzativi delle Autorità indipendenti non può prescindere dall’esame del ruolo che le stesse rivestono nel contesto europeo.

Dall’analisi compiuta in ordine alle caratteristiche strutturali e funzionali delle principali Autorità indipendenti è emerso come alcune di esse (tra cui le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità: ARERA, AGCom) non operino più isolatamente ma facciano oggi parte di reti europee di regolatori, insieme alle Agenzie europee deputate ai diversi settori di amministrazione, ovvero (a seconda del grado di maturazione del processo di integrazione e in considerazione dei diversi contesti economico-istituzionali) operino come articolazioni nazionali delle Autorità indipendenti europee (così nel settore finanziario), o come organi decentrati di istituzioni europee (come nel settore bancario).

Appare pertanto opportuna una breve ricostruzione del quadro organizzativo regolatorio europeo nell’ambito del quale si innestano le Autorità indipendenti, anche in considerazione della circostanza per cui la diversità di modello organizzativo adottato a livello europeo nei settori sensibili di cui ci occupiamo ridonda in un differente ruolo delle Autorità indipendenti a livello nazionale.

Come visto, nel quadro organizzativo europeo relativo ad alcuni dei settori nei quali in ambito nazionale agiscono le Autorità indipendenti operano agenzie europee, istituite per lo svolgimento di compiti di esecuzione, che si connotano per essere dotate di marcati caratteri di indipendenza sia dalle istituzioni europee che da altri soggetti pubblici e privati¹⁵¹.

¹⁵⁰ C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p. 70. V. anche V. CAIANIELLO, *Le Autorità indipendenti tra potere politico e Stato civile*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1997, pp. 1 ss., part. p. 17, ove l’A. qualifica le Autorità indipendenti come pubblici poteri “*autoreferenti perché ... privi del carattere della rappresentatività politica*” e deputati allo svolgimento di “*funzioni neutrali ... in posizione di indifferenza rispetto agli interessi concreti, pubblici o privati, nei quali quelle funzioni interferiscono*”.

¹⁵¹ Si tratta di agenzie differenti dal modello tradizionale di agenzia decentrata, che rappresenta la struttura organizzativa centrale a livello europeo nell’ambito dell’organizzazione amministrativa. In base al modello tradizionale le Agenzie europee sono state istituite, pur in assenza di una esplicita disposizione

Si tratta delle agenzie che abbiamo visto operare nel settore dell'energia elettrica e in materia di telecomunicazioni. Come anticipato, infatti, nel settore delle comunicazioni elettroniche opera l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC), costituito dal "comitato dei regolatori", cui fanno parte i rappresentanti delle Autorità nazionali di regolamentazione istituite presso ciascun Paese dell'UE, il quale "agisce in modo indipendente e obiettivo nell'interesse dell'Unione, senza tener conto di particolari interessi nazionali o personali" (art. 8 Regolamento n. 2018/1971/UE) e dall'Ufficio del BEREC, con personalità giuridica, che è una vera e propria agenzia europea, con compiti di supporto professionale e amministrativo al BEREC (e dunque con funzioni ausiliarie non della Commissione, ma della rete dei regolatori nazionali). L'Ufficio del BEREC è costituito da un Consiglio di amministrazione, composto da "persone nominate membri del comitato dei regolatori e da un rappresentante di alto livello della Commissione" (art. 15, Regolamento n. 2018/1971/UE) e da un direttore.

Nel settore dell'energia elettrica i regolatori nazionali operano in rete, coadiuvati nello svolgimento dei loro compiti, al fine di garantire l'uniformità in ambito europeo, dall'ACER, l'Agenzia di cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia, istituita al fine di "assistere le autorità di regolazione ... nell'esercizio a livello di Unione delle funzioni di regolamentazione svolte negli Stati membri e, se necessario, coordinarne l'azione, nonché svolgere un ruolo di mediazione in caso di disaccordo", contribuendo altresì "alla creazione di pratiche comuni di alta qualità in materia di regolamentazione e vigilanza" e "a un'applicazione coerente, efficiente ed efficace del diritto dell'Unione al fine di conseguire gli obiettivi dell'Unione in materia di clima ed energia" (art. 1, par. 2, Regolamento n. 2019/942/UE). L'ACER - costituita da un consiglio d'amministrazione,

nei Trattati che ne consentisse l'istituzione (la base giuridica, dapprima individuata nell'art. 352 TFUE è stata successivamente rintracciata nell'art. 114 TFUE sul ravvicinamento delle legislazioni nazionali: Corte Giust. 2.5.2006, C-217/04, *Regno Unito*) nel corso degli anni per rispondere ad esigenze specifiche di carattere tecnico, al fine di coadiuvare la Commissione (ma oggi, anche altre istituzioni e organismi europei), nonché svolgere attività di consulenza alle istituzioni europee nei vari settori di riferimento. Proprio in considerazione del fenomeno della progressiva istituzione di agenzie europee si è parlato di c.d. *agencification* (E. D'ALTERIO, *Agenzie e autorità europee: la diafasia dei modelli di organizzazione amministrativa*, cit., pp. 801 ss.; nello stesso senso v. anche E. CHITI, *Le trasformazioni delle Agenzie europee*, cit.).

Le agenzie, nel loro modello tradizionale, si caratterizzano per lo svolgimento di compiti di natura tecnica e non discrezionale, sotto il controllo della Commissione, in conformità al c.d. principio Meroni, il base al quale agli organismi non previsti dai Trattati non possono essere conferiti compiti che implicano l'esercizio di poteri discrezionali (Corte Giust., 13.6.1958, C-9/56 e C-10/56, *Meroni*). Compiti tecnici finalizzati a consentire una cooperazione tra livello nazionale e livello europeo nell'esecuzione del diritto dell'Unione, che si concretano nella redazione di studi, relazioni, monitoraggi, segnalazioni, proposte, coordinamenti.

Le agenzie – dotate di personalità giuridica ed istituite dalle istituzioni dell'Unione attraverso atti di diritto derivato – appartengono all'amministrazione europea, pur essendo formalmente estranee all'apparato amministrativo della Commissione.

dal comitato dei regolatori, da un direttore e da commissione dei ricorsi - “agisce in maniera indipendente e obiettiva e nell'interesse dell'Unione” e adotta “decisioni autonome, in maniera indipendente da interessi privati e societari” (art. 1, par. 3, Regolamento n. 2019/942/UE)¹⁵².

In tali settori, dunque, le Autorità di regolazione nazionali operano in rete, coadiuvate e coordinate dalle Agenzie europee di settore.

Si tratta perciò di un modello differente, in cui l'esecuzione del diritto dell'Unione avviene in maniera coordinata e vengono attuate forme di collaborazione istituzionale tra le Autorità nazionali e le Agenzie europee¹⁵³, le quali restano comunque titolari soltanto di compiti consultivi e ausiliari (solo talvolta, come per l'ACER, di decisione individuale), ma comunque privi di discrezionalità. Le Agenzie sono pertanto organismi che “non regolano, ma creano il tessuto connettivo ottimale per un'azione sinergica e integrata della pluralità di regolatori del settore”¹⁵⁴.

¹⁵² In dottrina, sull'ACER v. L. CAIANIELLO, *I recenti sviluppi della regolazione indipendente in Europa, alla luce del modello organizzativo emerso con l'istituzione dell'ACER: alcune riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Giustizia e del quadro amministrativo europeo dopo Lisbona*, cit.; v. anche G. NAPOLITANO, *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, Relazione tenuta al convegno su “La regolazione dei servizi di interesse economico generale” promosso dalla Fondazione Cesfin a Firenze 6.11.2009, che con riferimento al settore dell'energia parla di “consorzio regolamentare europeo”. Per un'analisi del sistema precedente all'istituzione dell'ACER, v. G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas*, cit..

¹⁵³ Sull'esecuzione coordinata, v. L. DE LUCIA, *Strumenti di cooperazione per l'esecuzione del diritto europeo*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, cit. pp. 171 ss., part. pp. 178 ss.. V. anche E. D'ALTERIO, *Agenzie e autorità europee: la diafasia dei modelli di organizzazione amministrativa*, cit. secondo cui l'istituzione di agenzie costituisca “la modalità più ‘naturale’ di espletamento dell'azione amministrativa” in ambito europeo, ove il meccanismo dell'amministrazione indiretta – e cioè operato dalle autorità nazionali – “ancorché temperato dalle esigenze di integrazione e armonizzazione, e la necessità di un equilibrio tra Commissione e Stati membri non lasciano, materialmente, spazio a forme di accentramento amministrativo o, al contrario, all'attuazione di meccanismi di indirect rule in senso stretto”.

E ancora secondo alcuni, la istituzione delle agenzie, con compiti tecnici di attuazione di compiti, costituisce una forma di separazione tra politica e amministrazione, mantenendo la Commissione le funzioni di indirizzo e controllo. V. sul punto, e in particolare sulla separazione tra politica e amministrazione nell'UE, C. FRANCHINI, *La funzione pubblica comunitaria*, M.P. CHITI E G. GRECO (dir. da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte generale, II ed., Milano, 2007, pp. 476-477; nello stesso senso v. anche E. D'ALTERIO, *Agenzie e autorità europee: la diafasia dei modelli di organizzazione amministrativa*, cit. secondo cui “la Commissione subisce una specie di «dissociazione molecolare»: la molecola «madre» conserva, soprattutto, poteri e funzioni di indirizzo e controllo amministrativo; le molecole «figlie», invece, gestiscono l'attuazione diretta di compiti e servizi, il cui svolgimento è in questo modo allontanato dai condizionamenti diretti del vertice”.

¹⁵⁴ M. MONTEDURO, *Introduzione allo studio delle agenzie amministrative, Origini e trasformazione dell'idea di agenzia*, Lecce 2004, p. 65. Al contrario, v. E. CHITI, *Le trasformazioni delle Agenzie europee*, cit., il quale evidenzia, con specifico riferimento al settore dell'energia, che “il disegno complessivo mira a rendere possibile e fruttuosa la coesistenza, sul piano comunitario, di un doppio regolatore: da un lato, un regolatore strettamente sovranazionale, la Commissione; dall'altro lato, un regolatore comunitario ma composito, che dà voce ai regolatori dei vari Stati membri. Al primo sono conferite le attribuzioni considerate necessarie al perseguimento dell'interesse generale della Comunità. Al secondo sono conferite le attribuzioni che richiedono una competenza fortemente specialistica e la collaborazione degli esperti delle ventisette autorità di regolazione nazionali, nel presupposto che la Commissione non sarebbe in

In tali settori, conseguentemente, il ruolo delle Autorità indipendenti nazionali resta tuttora incisivo, sebbene la relativa attività debba necessariamente svolgersi in maniera coordinata e uniforme nell'ambito della rete di regolatori nazionali.

E così, in dottrina si è osservato che “al tipo tradizionale di agenzia, ausiliaria rispetto alla Commissione e strutturata in modo tale da realizzare, attraverso i propri uffici di vertice, una pluralità di relazioni tra la Commissione e le amministrazioni nazionali, viene affiancandosi un nuovo tipo, nel quale la cooperazione amministrativa si svolge tra autorità indipendenti nazionali e lo stesso organismo comunitario è chiamato ad operare in maniera indipendente tanto dai privati quanto dalle istituzioni politiche dell'Unione, inclusa la Commissione”¹⁵⁵.

Il modello della rete di autorità nazionali, a volte con a capo l'Agenzia europea, in alcuni settori – e segnatamente in quelli bancario-finanziari, interessati dalla grave crisi finanziaria mondiale del 2008 – come anticipato è stato superato (come suggerito dalla relazione de Larosière¹⁵⁶) mediante l'istituzione di Autorità indipendenti europee (l'Autorità bancaria europea, European Banking Authority – EBA; l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati, European Securities and Markets Authority – ESMA; e l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni, European Insurance and Occupational Pensions Authority – EIOPA).

Prima della grave crisi, infatti, il modello europeo di vigilanza sui settori in questione si fondava sulla centralità delle autorità nazionali, che agivano secondo il c.d. *home country control principle*. La Commissione, nella sua azione, era coadiuvata da una serie di Comitati (Comitato bancario europeo, Comitato delle Autorità europee di vigilanza bancaria, Comitato europeo dei valori mobiliari, e così via) secondo la nota procedura della c.d. comitologia¹⁵⁷, deputati anche ad agevolare il coordinamento tra gli organismi

grado di catalizzare tutte le risorse necessarie dei regolatori nazionali nella stessa maniera di un organismo che le rappresenti nella propria organizzazione di vertice”.

¹⁵⁵ E. CHITI, *Le trasformazioni delle Agenzie europee*, cit.. V. sul punto anche L. CAIANIELLO, *I recenti sviluppi della regolazione indipendente in Europa, alla luce del modello organizzativo emerso con l'istituzione dell'ACER: alcune riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Giustizia e del quadro amministrativo europeo dopo Lisbona*, cit.

¹⁵⁶ Come noto, in risposta alla crisi finanziaria mondiale, la Commissione europea ha incaricato un gruppo di lavoro presieduto da Jacques de Larosière di studiare come rafforzare la vigilanza finanziaria per offrire maggiore tutela ai cittadini europei e ripristinare la fiducia nel sistema finanziario. Nel 2009 il gruppo di lavoro ha adottato la relazione (c.d. relazione de Larosière) nella quale si raccomandava l'istituzione di un sistema europeo di vigilanza finanziaria, e cioè come una “rete decentrata” composta dalle autorità nazionali di vigilanza che “dovrebbe continuare a svolgere la vigilanza quotidiana” e da tre nuove autorità europee con il compito di “coordinare l'applicazione di norme di vigilanza e garantire una solida cooperazione tra le autorità nazionali di vigilanza”. La relazione è disponibile sul sito https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/CES_09_122.

¹⁵⁷ Come noto, la c.d. comitologia è l'insieme delle procedure attraverso le quali la Commissione viene coadiuvata (e anche limitata) nell'esercizio delle competenze di esecuzione sulla base di un atto legislativo,

statali di vigilanza in base a una procedura articolata su quattro livelli (c.d. di Lamfalussy)¹⁵⁸.

Il citato modello di vigilanza, caratterizzato dal complesso meccanismo dei comitati, tuttavia, non è stato in grado di fronteggiare la crisi finanziaria del 2008. Anzi, come anticipato, proprio nei regolamenti istitutivi delle Autorità si evidenzia come lo stesso non sia stato capace di “stare al passo con la globalizzazione finanziaria e la realtà integrata e interconnessa dei mercati finanziari europei”. Dunque, il sistema di vigilanza (bancario e finanziario) ha subito una incisiva trasformazione, con l’istituzione delle Autorità indipendenti europee.

Le Autorità europee fanno parte di un sistema a rete (il Sistema europeo di vigilanza finanziaria di cui si è detto), cui partecipano anche le autorità nazionali di vigilanza; esse sono dotate di incisivi poteri (anche normativi, unitamente alla Commissione, di vigilanza, e di decisione anche in casi individuali) che di fatto rendono le Autorità nazionali mere esecutrici delle decisioni prese dalle prime. In tal senso, in dottrina si è parlato di enti federati di un ente federale europeo¹⁵⁹.

Si tratta di un modello, come osservato, reso necessario da contingenze emergenziali, che porta a configurare le Autorità indipendenti europee come “strumento di salvataggio”¹⁶⁰.

che sottrae l’esecuzione agli Stati (cui appartiene in via generale) per attribuirla all’istituzione europea. In sostanza, al fine di indirizzare la Commissione verso l’esercizio del potere di esecuzione (e coinvolgere, seppur indirettamente gli Stati), si prevede il ricorso a comitati specifici, che la coadiuvano nella definizione delle misure di esecuzione.

Come osservato in dottrina da M. SAVINO, *L’organizzazione amministrativa dell’Unione europea*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L’amministrazione europea e le sue regole*, cit. part. pp. 53 ss., attraverso la c.d. comitologia “gli Stati membri - spogliati di una parte del potere di esecuzione del quale sono titolari ... - recuperano una quota di quel potere grazie ai comitati della comitologia, tramite i quali controllano l’operato della Commissione e concordano con essa i contenuti dei singoli atti di esecuzione”.

¹⁵⁸ Il primo livello era dedicato alla elaborazione, da parte delle istituzioni europee di atti normativi contenenti i principi quadro e le relative modalità di attuazione; il secondo livello, finalizzato all’adozione di misure di attuazione da parte della Commissione, in conformità alle valutazioni espresse dall’*European Securities Regulators Committee* e a seguito di una procedura di consultazione sulle misure proposte; il terzo livello, che vedeva l’intervento dell’*European Securities Regulators Committee* per assicurare l’uniforme applicazione della normativa tra i Paesi membri, mediante raccomandazioni, interpretazioni, *standards* e *guidelines*; infine, il quarto livello, con la supervisione della Commissione sull’attività di attuazione da parte degli Stati, in via legislativa e amministrativa, delle norme e degli orientamenti adottati ai tre livelli precedenti.

In dottrina, sul tema, v. A.M. CAROZZI, *Il metodo Lamfalussy: regole e vigilanza del mercato finanziario europeo*, Roma 2007.

¹⁵⁹ F. MERUSI, *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in F.A. GRASSINI (a cura di), *L’indipendenza delle Autorità*, cit. p. 19 ss. con riguardo al rapporto tra Banca d’Italia e BCE. Sulla evoluzione del modello delle Agenzie in quelle delle autorità v. E. D’ALTERIO, *Agenzie e autorità europee: la diafasia dei modelli di organizzazione amministrativa*, cit., che parla in proposito di organismi “*diafasici*” proprio in considerazione della capacità di adattamento ai vari contesti istituzionali da parte di tali organismi.

¹⁶⁰ Ancora, E. D’ALTERIO, *Agenzie e autorità europee: la diafasia dei modelli di organizzazione amministrativa*, cit., secondo cui “la recente evoluzione del modello delle autorità europee sembra

In dottrina è stato osservato che la normativa che ha portato all'istituzione delle Autorità europee di vigilanza “corrisponde a un generale orientamento di politica del diritto che negli ultimi anni ha espresso una fondamentale sfiducia nella capacità operativa delle reti europee dei regolatori”, ossia in una “formula organizzativa fondata essenzialmente sulla informalità e volontarietà”¹⁶¹.

Resta perplesso, per le Autorità indipendenti europee, il rispetto della c.d. dottrina Meroni (in base alla quale, come visto, agli organismi non previsti dai Trattati non possono essere conferiti compiti che implicano l'esercizio di poteri discrezionali, ma soltanto di natura tecnica) anche se si è osservato che, a seguito del Trattato di Lisbona (e in particolare a seguito dell'introduzione dell'art. 298 TFUE cit.), la rigidezza dei principi espressi dalla Corte di Giustizia in ordine alla possibilità di delegare a organismi non previsti nei Trattati compiti esecutivi discrezionali dovrebbe intendersi oggi stemperata¹⁶².

L'attribuzione di incisivi poteri, anche di tipo normativo, alle Autorità indipendenti – di cui le Agenzie non possono essere dotate – discende proprio dal carattere dell'indipendenza che connota (e distingue) le Autorità rispetto alle Agenzie. Indipendenza tanto dai Governi nazionali quanto dalle istituzioni e dagli organismi dell'Unione.

Ed infatti, la distinzione tra il modello dell'agenzia europea e quelle delle Autorità indipendenti europee – distinzione che dal punto di vista organizzativo non rileva in ambito europeo e che tuttavia ridonda in un diverso ruolo delle Autorità indipendenti nazionali – può essere rintracciata non tanto nello svolgimento di compiti di alta tecnicità, che invero caratterizza entrambi i modelli, ma nella maggiore indipendenza (sia dagli

fortemente condizionata dall'esigenza di gestione di una situazione emergenziale, quale quella della crisi. Questo lascia pensare che l'istituzione di autorità sia divenuto, almeno a livello europeo, uno strumento di 'salvataggio', ancorché caratterizzato dalla prospettiva dell'attuazione di politiche di prevenzione in ambito economico-finanziario'.

¹⁶¹ V. CERULLI IRELLI, *Dalle agenzie europee alle autorità europee di vigilanza*, in M.P. CHITI, A. NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna 2012, pp. 150 ss., secondo il quale i regolamenti del 2010 istitutivi delle Autorità indipendenti europee avrebbero perfezionato e completato il modello dell'amministrazione indipendente, già noto in sede europea ed evidenziato dall'art 298 TFUE, ed “entrato in diversi contesti nazionali, pur in assenza di corrispondenti previsioni a livello costituzionale”.

¹⁶² M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not Hearts*, in *Common Market Law Review*, 2008, pp. 617 ss.; in senso contrario, v. però P. CRAIG, *The Lisbon Treaty*, Oxford, 2010 e V. CERULLI IRELLI, *Dalle agenzie europee alle autorità europee di vigilanza*, cit., part. p. 158 ove l'A. evidenzia che, come disposto dall'art. 291 TFUE, l'esecuzione del diritto dell'Unione spetta agli Stati e che anche se “il Trattato ha voluto rendere meno restrittivi i principi elaborati dalla Corte di Giustizia in tema di agenzie europee, sembra altrettanto indiscutibile che i regolamenti del 2010 disciplinino modelli organizzativi del tutto originali, non previsti dal Trattato, che vanno ben oltre la dottrina Meroni, configurando ... le Autorità come vertici di alcuni delicati settori economici”.

Stati membri che dalle Istituzioni dell'Unione) che caratterizza soltanto le Autorità indipendenti europee, e che è di intensità inferiore per l'ACER e l'Ufficio del BEREC.

Nei settori in cui l'esecuzione del diritto europeo è affidato in via diretta alle Autorità indipendenti europee, quindi, il ruolo delle Autorità indipendenti nazionali è del tutto marginale, dovendo esse attenersi pedissequamente a quanto stabilito dalle “consorelle” europee. Proprio in ragione di tale profilo, le Autorità indipendenti nazionali sembrerebbero essere più organi, “terminali” di questo particolare modello di amministrazione europea.

Un modello che sembra essere a metà strada tra quello della rete di Autorità indipendenti nazionali con a capo un'Agenzia europea (con i caratteri che si sono delineati) e quello con a capo un'Autorità indipendente europea può essere rintracciato nel settore della tutela dei dati personali, ove le Autorità nazionali operano attraverso il c.d. meccanismo di coerenza, cioè cooperando tra di loro, nell'ambito del Comitato europeo per la protezione dei dati – che, in ragione dei propri caratteri, e segnatamente dell'indipendenza, può essere ascritto alla categoria delle Agenzie di cui si è detto – costituito da rappresentanti delle Autorità nazionali di controllo e dal Garante europeo, una vera e propria autorità indipendente europea, i cui compiti tuttavia sembrano essere circoscritti all'applicazione della disciplina europea della protezione dei dati da parte dei soli organismi e istituzioni dell'Unione.

In tale modello, le Autorità nazionali restano dotate di incisivi poteri, pur dovendo agire cooperando tra di loro al fine di garantire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione; ma, nell'esercizio dei propri poteri, sono slegate rispetto all'operato del Garante europeo, che non ha “giurisdizione” (in senso a-tecnico) su di esse.

Si potrebbe parlare quindi di modello a competenze parallele: per l'applicazione del diritto europeo sulla protezione dei dati personali nell'ambito degli Stati membri operano le Autorità nazionali nell'ambito del Comitato europeo; in ambito europeo, opera il Garante europeo della protezione dei dati.

8. L'indipendenza delle Autorità nel diritto europeo. Il concetto europeo di indipendenza.

Si è visto come il carattere fondante questo particolare modello di amministrazione sia l'indipendenza dall'autorità politica (segnatamente dal Governo).

E su tale carattere, come ampiamente dimostrato, il diritto europeo ha giocato un ruolo fondamentale, di guida del legislatore nazionale nell'istituzione e nella conformazione delle Autorità come modello di amministrazione¹⁶³.

Alla luce di ciò oggi si può con certezza affermare che la fonte dell'indipendenza delle Autorità debba essere rintracciata (non tanto e non solo nelle disposizioni nazionali, quanto) nel diritto europeo¹⁶⁴, così come interpretato dalla Corte di Giustizia¹⁶⁵.

¹⁶³ Tale circostanza ha spinto parte della dottrina ad affermare che le Autorità indipendenti “*non sono indipendenti per una libera scelta del Parlamento italiano*”, ma “*per una scelta condizionata e perfino imposta dal diritto europeo*”: S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, p. 965.

Sul punto, tuttavia, occorre osservare che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha interpretato estensivamente le disposizioni europee sull'istituzione a livello interno di autorità nazionali di controllo e di regolazione, riconoscendo in capo ai legislatori nazionali ampia discrezionalità in ordine alla configurazione e alla organizzazione degli organi nazionali competenti, seppure “*nel pieno rispetto degli obiettivi e degli obblighi*” previsti a livello europeo, e segnatamente purché siano soddisfatti “*i requisiti di competenza, di indipendenza, di imparzialità e di trasparenza*” (Corte giust., 19.10.2016, C-424/15, *Xabier Ormaetxea Garai*; 17.9.2015, C-85/14, *KPN*; 6.10.2010, C-389/08, *Base e a.*; 6.3.2008, C-82/07, *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*).

¹⁶⁴ Per l'AGCom v. art. 6, par. 1 e 2, direttiva n. 2018/1972/UE cit.; per l'AGCM, v. art. 4, par. 1 e 2, direttiva n. 2019/1/UE cit.; per ARERA, v. art. 57, par. 4 e 5, direttiva n. 2019/944/UE; per il Garante della protezione dei dati personali, v. artt. 52 e 54, Regolamento n. 2016/679/UE.

¹⁶⁵ La giurisprudenza europea ha chiarito il concetto di indipendenza delle autorità nazionali di controllo o di regolamentazione dei vari settori, intesa come indipendenza dal potere politico nazionale (e, segnatamente, dal Governo). Tra le altre, v. Corte giust. 9.3.2010, C-518/07, *Commissione/Germania*, nell'ambito di un giudizio promosso dalla Commissione per violazione da parte della Germania dell'art. 28 dirett. 24.10.1995, n. 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, non garantendo la “piena indipendenza” delle autorità di controllo (nella specie, preposte alla vigilanza sul trattamento dei dati personali nei settori privati), previste dai vari Länder ma tutte assoggettate ad una forma di vigilanza dello Stato. La Corte di Giustizia ha ritenuto non sufficiente la garanzia di indipendenza delle autorità rispetto ai soggetti sottoposti a controllo, essendo invece necessario che l'indipendenza riguardi qualsiasi tipo di “istruzione o pressione” ovvero “ogni altra influenza esterna” e dunque proveniente anche dallo Stato (“*nello svolgimento delle loro funzioni, le autorità di controllo devono agire in modo obiettivo ed imparziale*” e a tal fine sono “*sottratte a qualsiasi influenza esterna, compresa quella, diretta o indiretta, dello Stato o dei Länder, e non solamente ... poste al riparo dall'influenza degli organismi controllati*”). Sulla base di tale premessa, la Corte di Giustizia ha dunque ritenuto non compatibile con il diritto europeo la sottoposizione delle autorità di controllo alla vigilanza statale evidenziando che “*il solo rischio che le autorità [statali] di vigilanza possano esercitare un'influenza politica sulle decisioni delle autorità di controllo è sufficiente ad ostacolare lo svolgimento indipendente delle funzioni di queste ultime*” e che “*il ruolo di custodi del diritto alla vita privata che assumono dette autorità [e cioè le autorità di controllo] impone che le loro decisioni, e, quindi, esse stesse, siano al di sopra di qualsivoglia sospetto di parzialità*”. L'indipendenza dallo Stato (dal Governo) delle autorità di controllo, secondo la Corte, non sarebbe in contrasto – come prospettato dalla Germania – con il c.d. principio di democrazia il quale “*richiederebbe una subordinazione dell'amministrazione alle istruzioni del Governo, responsabile dinanzi al Parlamento*”; sul punto, la Corte ha infatti chiarito che il citato principio “*non osta all'esistenza di autorità pubbliche collocate al di fuori dell'amministrazione gerarchica classica e più o meno indipendenti dal Governo*”, la cui esistenza è legata all'assolvimento di “*compiti che devono essere sottratti all'influenza politica*”, sottoposte “*al rispetto della legge sotto il*

Ma cosa si intende con il concetto di “indipendenza” in ambito europeo?

Invero, il concetto europeo di indipendenza assume un significato in parte differente da quello che, in ambito nazionale, siamo soliti attribuire ad esso, essendo essenzialmente indipendenza dai Governi nazionali¹⁶⁶.

Il diverso concetto di indipendenza deriva dalla natura giuridica dell’Unione – invero dubbia in giurisprudenza e in dottrina¹⁶⁷ – che non può essere considerata uno Stato, pur connotandosi per essere dotata di caratteristiche e poteri peculiari¹⁶⁸, derivanti dalla cessione di sovranità che gli Stati membri aderenti hanno operato in favore della Comunità europea (oggi Unione europea), sottoscrivendo i Trattati istitutivi.

Non potendo l’Unione europea essere considerata un’entità statale, non è predicabile una nozione di indipendenza assimilabile a quella invalsa negli ordinamenti nazionali

controllo dei giudici competenti”, e dunque sottoposte comunque ad una certa “*influenza parlamentare*” (nomine, competenze, relazione sull’attività).

Sulla necessaria indipendenza delle autorità nazionali di controllo e di regolazione, v. anche Corte Giust., 26.7.2017, C-560/15, *Europa Way Srl*, in ordine ad una domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata in un giudizio nazionale relativo ad una procedura di selezione per l’assegnazione di radiofrequenze digitali, indetta dal Ministero dello Sviluppo Economico sulla base di un atto di regolazione dell’AGCom di fissazione dei criteri e delle modalità per l’assegnazione delle stesse; procedura successivamente dapprima sospesa dal Ministero e successivamente annullata dal legislatore nazionale (art. 3 *quinquies*, d.l. 2.3.2012, n. 16, conv. l. 26.4.2012, n. 44). La Corte di Giustizia ha ritenuto non compatibile con il diritto europeo “*l’annullamento, da parte del legislatore nazionale, di una procedura di selezione per l’assegnazione di radiofrequenze in corso di svolgimento organizzata dall’ANR competente ... che era stata sospesa da una decisione ministeriale*”. Sul punto, la Corte ha precisato che “*l’indipendenza [dell’Autorità] sarebbe compromessa se fosse consentito ad enti esterni, quali il Ministro dello sviluppo economico italiano ed il legislatore italiano ... di sospendere o persino annullare ... una procedura di selezione ... in corso di svolgimento organizzata sotto la responsabilità della citata autorità*”. Ancor più recentemente v. Corte Giust., 11.6.2020, C-378/19, *Prezident Slovenskej Republiky*.

¹⁶⁶S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, cit. il quale individua i concetti europei e nazionali di indipendenza, nonché le loro reciproche interferenze nell’ambito dell’ordine giuridico europeo: “*l’indipendenza nell’ordine giuridico europeo, si afferma per effetto del trapianto e adattamento, in ambito ultrastatale, del concetto domestico di indipendenza amministrativa*” cioè “*dell’indipendenza prevista dall’art. 98 della Costituzione italiana e dall’art. 130 della Costituzione di Weimar*” ed “*è soprattutto indipendenza dai partiti di ordine interno; diviene soprattutto indipendenza dai governi, oltre lo Stato*”. Dette interferenze, secondo l’A., portano oggi verso una declinazione europea forte di indipendenza (“*l’indipendenza qualificata*”), intesa come indipendenza sia dai Governi nazionali che dalla Commissione, propria delle Autorità indipendenti europee.

¹⁶⁷ Mentre, come si vedrà nella nota successiva, la Corte di Giustizia qualifica l’Unione europea come un ordinamento giuridico di nuovo genere, la Corte costituzionale italiana qualifica l’Unione come “*Comunità tra gli Stati europei, ossia una nuova organizzazione interstatuale, di tipo sovranazionale, a carattere permanente, con personalità giuridica e capacità di rappresentanza internazionale*” (Corte cost. n. 183/1973).

In dottrina, sul dibattito circa la natura giuridica dell’Unione v. P. FOIS, *L’Unione europea è ancora un’organizzazione internazionale?*, in *Riv. dir. int.*, 2016, pp. 71 ss.

¹⁶⁸ La Corte di Giustizia, a partire dalla nota sentenza del 5.2.1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*, ha infatti definito la Comunità (ora Unione) come un “*ordinamento giuridico di nuovo genere, nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini*”.

(come indipendenza dal Governo, appunto), in quanto non esiste a livello istituzionale europeo una divisione dei poteri paragonabile a quella degli Stati membri¹⁶⁹.

Ciononostante, anche in ambito europeo si è manifestata una esigenza di indipendenza - che ha dato perciò luogo alla elaborazione di un diverso concetto del termine - che connota i rapporti tra le istituzioni dell'allora Comunità (oggi Unione) e i Governi nazionali. Esigenza, invero, presente nel quadro europeo sin dalle origini.

Come noto, infatti, le prime forme di cooperazione intergovernativa che hanno riguardato l'area geografica europea (prima dell'istituzione delle Comunità europee) erano caratterizzate dalla dipendenza dai Governi¹⁷⁰, che si esprimeva sia nella nomina da parte dei Governi degli Stati aderenti dei rappresentanti negli organi della cooperazione (costituiti appunto da individui che agivano nell'interesse e secondo le direttive degli Stati di appartenenza), sia nella necessità della regola del consenso unanime per l'adozione delle decisioni (non vincolanti), con la conseguenza che ciascuno Stato, esprimendo il proprio dissenso, esercitava un vero e proprio diritto di veto all'adozione dell'atto.

Il modello della cooperazione intergovernativa – che comportava evidenti problemi anche di natura pratica, sottolineati con lucidità nella Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950 che ha dato origine al processo di integrazione europea¹⁷¹ – è stato

¹⁶⁹ Sul principio nazionale di separazione dei poteri v. G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, pp. 670 ss.; G. BOGNETTI, *Poteri (divisione dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, pp. 372 ss.; F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Nov. dig. it.*, XII, Torino 1957, p. 472 ss..

V. anche F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, pp. 17 ss., ove l'A. fornisce una chiara e compiuta ricostruzione storica del principio della separazione dei poteri, distinguendo tra valore giuridico e valore politico del principio stesso, evidenziando la necessità di compiere “*adattamenti e modificazioni anche profonde in funzione della particolare realtà sociologica in cui essa formula era chiamata ad operare*” (p. 58). L'A. evidenzia che è proprio tale capacità di adattamento del principio ad aver consentito allo stesso di assumere diverse e contrastanti declinazioni a seconda della realtà istituzionale di cornice: “*ideato come strumento per garantire libertà civili e politiche del cittadino nei confronti dell'assolutismo monarchico, il principio ... è stato in epoche successive utilizzato come mezzo per la difesa del residuo potere regio contro il dilagare del principio borghese fino a servire attualmente come canone organizzatorio a salvaguardia sia del singolo che delle società intermedie contro lo strapotere del partito di maggioranza*”: p. 109).

¹⁷⁰ Ci si riferisce alle forme di cooperazione intergovernativa istituite intorno agli anni '50 (e tuttora esistenti) per finalità economiche (Organizzazione europea per la cooperazione economica - OECE - istituita con il Trattato di Parigi del 16 aprile 1948 per la gestione dei fondi finanziari accordati dagli Stati Uniti con il Piano Marshall al fine di agevolare la ripresa economica dell'Europa a seguito del secondo conflitto mondiale); per finalità militari, oggi di mantenimento della Pace (Unione dell'Europa occidentale - UEO - istituita col Trattato di Bruxelles del 1948, poi modificato con gli Accordi di Parigi del 1954, operante nel settore della cooperazione militare); per finalità politiche, culturali e sociali (Consiglio d'Europa, il cui statuto è stato approvato a Londra il 5 maggio 1949).

¹⁷¹ Come noto, nella relazione di Robert Schuman – allora Ministro degli Esteri francese – si evidenziano tutte le frizioni che il metodo della cooperazione intergovernativa comportava – in punto di adozione degli atti all'unanimità, di non vincolatività degli stessi, di contribuzione finanziaria a livello nazionale – sottolineando l'esigenza di addivenire a forme di “*solidarietà*” tra Stati, con la creazione di un'Alta Autorità formata di “*personalità indipendenti designate su base paritaria dai Governi*”.

gradualmente superato dal metodo comunitario che ha comportato l'istituzione delle Comunità Europee (CECA, CEE ed Euratom). Si tratta di un modello caratterizzato dalla tendenziale indipendenza delle istituzioni dai Governi degli Stati¹⁷² (essendo i componenti delle istituzioni stesse espressione non di interessi nazionali, ma degli interessi dell'Unione), dal progressivo ampliamento del ricorso alla maggioranza qualificata per l'adozione degli atti (i quali – laddove occorra – assumono portata vincolante), nonché dalla dotazione di risorse proprie per il funzionamento del sistema europeo.

È evidente che la natura giuridica dell'Unione, oltre al percorso che ha portato gli Stati a superare le limitatezze del sistema della cooperazione rafforzata, abbiano contribuito alla elaborazione di un concetto di indipendenza differente da quello in uso in ambito nazionale.

E così in ambito europeo, si richiede l'indipendenza, oltre che dei membri della Corte di Giustizia e della Corte dei conti, dei componenti della Commissione – organo esecutivo dell'Unione (politico “per eccellenza”) – sia dai Governi nazionali, sia dalle istituzioni europee (art. 17 T.U.E. e art. 245 T.F.U.E.)¹⁷³, chiamata a dare esecuzione al diritto dell'Unione in casi marginali (spettando in via generale agli Stati membri), sulla base di deleghe legislative (c.d. atti delegati: art. 290 TFUE) ovvero laddove siano necessarie “condizioni uniformi di esecuzione” (c.d. atti di esecuzione: art. 291 TFUE). Ed indipendente è anche l'amministrazione europea (art. 298 T.F.U.E.)¹⁷⁴. Ma, come abbiamo visto, il requisito dell'indipendenza connota anche le Autorità indipendenti

¹⁷² L'indipendenza caratterizza ovviamente solo alcune istituzioni dell'Unione, e segnatamente la Commissione e la BCE (quale istituzione specializzata operante nell'ambito dell'Unione economia e monetaria), oltre che la Corte dei Conti e la Corte di Giustizia. Sono privi di tale requisito, invece, il Consiglio costituito, come noto, da rappresentanti degli Stati membri a livello ministeri, cui sono imputate una serie di funzioni (legislativa, di bilancio, eccezionalmente di esecuzione, etc.) e il Consiglio europeo, di cui fanno parte i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri, con compiti di indirizzo politico dell'Unione.

¹⁷³ L'art. 17 T.U.E., infatti, prevede espressamente al par. 3 che “i membri della Commissione sono scelti in base alla loro competenza generale e al loro impegno europeo tra personalità che offrono tutte le garanzie di indipendenza” e che “La Commissione esercita le sue responsabilità in piena indipendenza ... i membri della Commissione non sollecitano né accettano istruzioni da alcun Governo, istituzione, organo o organismo. Essi si astengono da ogni atto incompatibile con le loro funzioni o con l'esecuzione dei loro compiti”.

L'indipendenza dei membri della Commissione è rafforzata dal contestuale obbligo previsto dall'art. 245 T.F.U.E. in capo agli Stati membri, i quali “rispettano la loro indipendenza e non cercano di influenzarli nell'adempimento dei loro compiti”.

¹⁷⁴ L'art. 298 TFUE, infatti, stabilisce espressamente che “nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente”.

Sulla disposizione in dottrina v. L. RAIMONDI, *Commento all'art. 298 Tfu*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano 2014, pp. 2318 ss., part. p. 2322; M.P. CHITI, A. NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo Lisbona*, cit., pp. 30 e 71 ss..

europee; ne costituisce (come si vedrà) anzi il criterio differenziale (nonché lo stadio più evoluto) dalle Agenzie europee. Ed indipendente è anche la BCE, quale istituzione europea specializzata operante nel settore dell'unione economica e monetaria.

Anche in questo caso, quindi, il concetto di indipendenza deve essere inteso sia come specificazione del principio di imparzialità, sia come vero e proprio presidio di autonomia da forme di condizionamento da parte sia delle istituzioni europee, sia degli Stati membri e altri soggetti pubblici o privati. Si tratta, come osservato in dottrina, di una scelta di "indipendenza" forte nel senso di "una legittimazione tecnica (azione in piena indipendenza ed obiettività) che esclude qualsivoglia forma di condizionamento"¹⁷⁵.

Ed è proprio tale concetto di indipendenza di derivazione europea ad aver influenzato (per meglio dire, vincolato) il legislatore nazionale nella conformazione di questo particolare modello di amministrazione (quello dell'amministrazione indipendente) segnatamente nei rapporti con gli altri soggetti dell'ordinamento (e, in particolare, con l'Esecutivo). Anzi, come è stato osservato in dottrina, la circostanza che l'indipendenza costituisca un carattere generale dell'amministrazione europea fa sì che lo stesso carattere sia valso progressivamente anche per le amministrazioni degli Stati, avendo i principi europei "un'inarrestabile forza espansiva verso il diritto degli Stati membri", costituendo "paramento ... e parte del loro stesso diritto"¹⁷⁶.

Tuttavia, pur nella diversità di concetti, e in disparte le conseguenze anche di ordine costituzionale che tale concetto di indipendenza pone nel nostro ordinamento (su cui subito *infra*), si può senz'altro ritenere che la previsione in ambito europeo dell'indipendenza di questo particolare modello di amministrazione ne rappresenti un fattore di garanzia ulteriore e ancor più pregnante, la cui incisione determinerebbe una sicura violazione del diritto europeo, con ogni conseguenza in ordine alla possibilità per la Commissione di avviare una procedura di infrazione a carico dello Stato¹⁷⁷.

¹⁷⁵ M.P. CHITI, *Introduzione. Lo spazio amministrativo europeo*, in M.P. CHITI, A. NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 29 ove l'A. evidenzia che la scelta per l'indipendenza forte si ricava proprio dai regolamenti istitutivi delle tre Autorità europee, affermando che "se così non fosse ... andrebbe riscritta una buona parte della teoria generale della pubblica amministrazione, dato che in molti Stati, tra cui l'Italia, il principio dell'indipendenza ... è proprio solo di alcune specifiche e particolarissime amministrazioni".

¹⁷⁶ M.P. CHITI, *Introduzione. Lo spazio amministrativo europeo*, cit. p. 29

¹⁷⁷ A conforto di quanto argomentato circa la fonte europea dell'indipendenza delle Autorità e le possibili conseguenze in caso di compressione della stessa, pare utile fornire un esempio pratico.

Come noto, in ambito europeo è stata adottata una specifica disciplina per garantire la sicurezza degli impianti nucleari e la prudente gestione dei rifiuti radioattivi (Direttiva del Consiglio del 25.6.2009, n. 2009/71/EURATOM che istituisce un quadro comunitario per la sicurezza nucleare degli impianti nucleari; Direttiva del Consiglio del 19.7.2011, n. 2011/70/Euratom, che istituisce un quadro comunitario per la gestione responsabile e sicura del combustibile nucleare esaurito e dei rifiuti radioattivi), prevedendo a presidio della corretta attuazione della stessa, l'istituzione a livello nazionale di Autorità di

E qualora fosse una legge statale ad attentare in misura abnorme alle “prerogative” delle Autorità, questa dovrebbe essere correttamente disapplicata dal giudice nazionale (oltre che da ogni altro organismo dello Stato chiamato a garantire l’effettività del diritto dell’Unione) perché contraria alla normativa europea¹⁷⁸.

regolamentazione, dotate del carattere dell’effettiva indipendenza, a garanzia della quale è imposto agli Stati membri, tra l’altro, l’obbligo di fornire alle stesse mezzi (personale e risorse economiche) adeguati, nonché l’obbligo di garantire la separazione funzionale delle stesse “da ogni altro organismo o organizzazione coinvolto nella promozione o nell’utilizzazione dell’energia nucleare o di materiale radioattivo”, ovvero “coinvolti nella gestione di ... rifiuti radioattivi”, in modo da evitare influenze indebite sull’esercizio dell’attività di regolamentazione (art. 5, dirett. n. 2009/71/Euratom; art. 6, dirett. n. 2011/70/Euratom).

In attuazione delle citate direttive europee, è stato istituito, in ambito nazionale, l’Ispettorato nazionale per la sicurezza nucleare e la radioprotezione (ISIN) (art. 6, d.lgs. 4.3.2014, n. 45), il quale ha personalità giuridica di diritto pubblico, opera in piena autonomia regolamentare, organizzativa, gestionale, amministrativa e contabile, con indipendenza di giudizio e di valutazione, ed è responsabile della sicurezza nucleare e della radioprotezione sul territorio nazionale. L’ISIN è costituito da un organo monocratico (il Direttore) e un organo collegiale (la Consulta), i cui membri sono scelti tra soggetti dotati di particolari requisiti di competenza professionale nel settore, indipendenza e moralità, e sono nominati con Decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri da adottarsi su proposta del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, acquisiti i pareri obbligatori e vincolanti delle Commissioni parlamentari competenti a maggioranza assoluta dei componenti. In capo ai membri dell’ISIN è previsto poi un particolare regime di incompatibilità, la cui violazione è sanzionata con la decadenza dall’incarico.

Dunque, per quanto interessa ai nostri fini, l’ISIN è in ambito nazionale l’Autorità competente a vigilare affinché la gestione dei rifiuti radioattivi avvenga in conformità a quanto stabilito a livello europeo e, dal punto di vista strutturale, parrebbe presentare tutti i caratteri strutturali che abbiamo visto caratterizzare il modello di Autorità indipendente.

Occorre tuttavia tener presente che il settore della gestione dei rifiuti radioattivi è oggetto di un monopolio (che può ritenersi naturale, attesa l’alta tecnicità e specificità del settore) essendo detta gestione affidata a un’unica società, Sogin s.p.a. (Società di Gestione degli Impianti Nucleari: art. 26, d.lgs. 15.2.2010, n. 31), il cui Consiglio di Amministrazione è nominato dal Ministero dell’economia e delle finanze d’intesa con il Ministero dello sviluppo economico (art. 7, co. 23, d.l. 31.5.2010, n. 78, conv. l. 30.7.2010, n. 122), e la cui attività è orientata dai Ministeri dello sviluppo economico e della tutela dell’ambiente, del territorio e del mare (v. ad esempio, DM Mise 2.12.2004, Indirizzi strategici e operativi alla SOGIN), cioè dagli stessi soggetti coinvolti – come visto – anche nella procedura di nomina dei membri dell’ISIN. In altre parole, gli stessi soggetti cui è riconosciuto il potere di proposta per la nomina dei membri dell’Autorità indipendente di vigilanza del settore (l’ISIN, appunto), hanno poteri di indirizzare l’attività dell’unico soggetto vigilato (Sogin s.p.a.).

Su tale incongruenza, che potrebbe compromettere l’indipendenza dell’ISIN quale autorità nazionale indipendente di regolamentazione, la Commissione europea ha sollevato dubbi nell’ambito della procedura di infrazione (n. 2018/2021) avviata (e non ancora conclusa) nei confronti dello Stato italiano per la mancata adozione di un programma nazionale per la gestione dei rifiuti radioattivi conforme alle norme europee.

Sotto tale profilo, dunque, anche alla luce dell’esempio fornito, appare evidente l’impossibilità per il legislatore nazionale – una volta che abbia optato per il modello dell’Autorità indipendente – di intaccarne l’indipendenza garantita (nella quasi totalità dei casi) - allo stato, fa eccezione alla previsione in ambito europeo della indipendenza l’Autorità nazionale anticorruzione, autorità indipendente preposta nel nostro ordinamento (con qualche contraddizione) al contrasto della corruzione e alla vigilanza sui contratti pubblici - dalla fonte superiore (europea), senza incorrere nei rimedi previsti a tutela della primazia del diritto europeo.

¹⁷⁸ Sul punto, v. in dottrina, F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, Bologna 2011 cit., i quali rintracciano proprio nell’obbligo del giudice di disapplicazione della legge nazionale in contrasto con il diritto europeo il limite alla possibilità per il legislatore nazionale di intaccare le prerogative delle Autorità indipendenti.

In generale sull’obbligo di disapplicazione da parte del giudice nazionale del diritto interno contrastante con il diritto europeo, v. Corte giust., 9.3.1978, C-106/77, *Simmenthal*: “il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell’ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l’obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi

9. Sulla natura giuridica delle Autorità indipendenti nel sistema costituzionale.

Se il carattere distintivo delle Autorità è l'indipendenza (funzionale e strutturale) dal potere politico e, segnatamente, dall'indirizzo politico di governo, si pone il problema (ormai invero superato, come si vedrà) della individuazione della loro natura giuridica, se amministrativa o giurisdizionale.

Invero, l'Amministrazione, nei due modelli delineati dalla Costituzione, non è mai indipendente dal potere politico (dall'Esecutivo), essendo invece legata all'indirizzo politico del Governo¹⁷⁹, il quale – in virtù del principio di responsabilità politica caratteristico del governo parlamentare, per effetto del quale le funzioni amministrative devono essere imputate ad un organo che ne risponde innanzi all'organo rappresentativo (il Parlamento, appunto) – è responsabile politicamente dell'andamento dell'amministrazione stessa e ne risponde innanzi al Parlamento. E se il Governo risponde politicamente dell'andamento dell'amministrazione, è chiaro che su di esso deve poter incidere con poteri di indirizzo e controllo, la cui sussistenza fa venir meno ogni possibilità di qualificare l'amministrazione come indipendente dal medesimo.

disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale"; v. anche Corte giust., 8.3.1979, C-130/78, *Salumificio di Cornuda*; 19.6.1990, C-213/89, *Factortame e a.*; 4.6.1992, C-13/91 e a., *Debus*; 18 luglio 2007, C-119/05, *Lucchini*, part. punto 61; 22.6.2010, C-188/10 e a., *Melki e Abdeli*, part. punto 43. Più recentemente, v. Corte giust., 4.12.2018, C-378/17, *Minister for Justice and Equality*, part. punto 35 con riguardo all'obbligo di disapplicazione da parte dei giudici nazionali e il punto 38 con riguardo all'obbligo di disapplicazione in capo a *"tutti gli organismi dello Stato, comprese le autorità amministrative, incaricati di applicare, nell'ambito delle rispettive competenze, il diritto dell'Unione"*.

In dottrina, sulle questioni problematiche derivanti dall'applicazione del diritto europeo, intesa non solo come obbligo di disapplicazione delle disposizioni nazionali contrastanti, ma anche come *"esigenza che detta applicazione non trovi ostacolo, in norme o istituti nazionali (anche di carattere generale) che nei casi concreti possano impedirla ovvero renderla eccessivamente difficile"*, v. V. CERULLI IRELLI, *Violazione del diritto nazionale e rimedi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 665.

Sulla disapplicazione come tecnica di risoluzione delle antinomie, v. A. VANNUCCI, *Disapplicazione e diritto comunitario. La flessibilità come unica via per garantire coerenza all'ordinamento in una prospettiva sempre più integrata*, in *www.federalismi.it*, 2011.

¹⁷⁹ Sull'indirizzo politico, v. ancora V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo*, Bari-Roma 2021, part. p. 8 ove l'A. sottolinea che *"l'indirizzo generale dell'azione di governo complessivamente intesa (l'indirizzo politico)", nel quale tutte le altre funzioni di governo, a partire dalla legislazione, trovano riferimento negli interessi da perseguire* è stabilito dalla maggioranza che ha nel Governo fondato sulla fiducia nel Parlamento il suo organo esponentiale ed esprime l'iniziativa politica". V. anche ID, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., part. p. 12 ove l'A. individua la *"funzione primaria"* nella quale si identifica la *"sovranità"* nello *"stabilire i valori (i fini) cogenti dell'assetto sociale ... e in relazione ad essi, guidare, determinare tutta l'azione di governo, anzitutto fissando le regole della vita sociale: l'indirizzo politico e la normazione (nella quale si traduce immediatamente l'indirizzo)"*.

Come noto, i due modelli costituzionali di amministrazione che si sono avvicinati nel corso del tempo¹⁸⁰ – e che ridondano in diversi modelli di rapporto tra politica e amministrazione¹⁸¹ – hanno come base rispettivamente l'art. 95, co. 2, Cost. ai sensi del quale i Ministri sono responsabili “individualmente degli atti dei loro dicasteri” e l'art. 97, co. 3, Cost., secondo cui “nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari”¹⁸².

¹⁸⁰ Per l'analisi dei due modelli di amministrazione, v. V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti “politici” e atti di “alta amministrazione”*, cit., part. p. 105.

¹⁸¹ Per un'approfondita analisi dei vari modelli di soluzione del problema dei rapporti tra politica e amministrazione (quello della “distinzione funzionale” e quello della “separazione organica” ovvero della “distinzione strutturale”), v. l'impostazione (che qui si segue) di V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino 2021, part. pp. 78 ss.; ID., *L'Amministrazione “costituzionalizzata”*, cit., part. pp. 15. ss.; ID. *Prima lezione di diritto amministrativo*, cit., part. pp. 17 ss. ove si osserva che nell'assetto tradizionale dell'amministrazione, fin dalla legge Cavour del 1853 “l'amministrazione come funzione di governo è collocata ... nell'ambito dell'Esecutivo, sotto la diretta responsabilità dei ministri, che di essa rispondono in Parlamento. Tale assetto ... da noi trova pieno riscontro nel citato articolo 95 Cost.”; tuttavia, nel nostro sistema “emerge nella più recente esperienza, una preferenza – diciamo così – per il modello delineato dall'art. 97 circa la posizione istituzionale dell'amministrazione, nel rapporto di questa funzione con la politica, e quindi, sul piano strutturale, nel rapporto degli uffici preposti all'esercizio dell'amministrazione come uffici professionali (i “funzionari”: art. 97) con gli organi politici”, con la conseguenza che “il principio di imparzialità, come quello che ispira l'amministrazione nei rapporti con i terzi, con i cittadini, fondante ... tutto il sistema del diritto amministrativo, viene declinato nella necessità di una separazione dell'amministrazione dalla politica, che non è l'indipendenza propria della giurisdizione, ma una distinzione forte (strutturale) tra le due sfere di azione”. V. anche M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966; S. BATTINI, *IL principio della separazione tra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012; F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità – Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2009.

¹⁸² Sulla contraddizione tra le due norme costituzionali, l'art. 95, co. 2 e l'art. 97, co. 3, espressioni di due modelli alternativi, v. M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Studi Bachelet*, II, Milano, 1987, p. 388, ove l'A. evidenzia che “ognuno sa ... quanto sia discussa e contrastata l'interpretazione di alcune norme della Costituzione (mettiamo, dell'art. 95 o dell'art. 97) interpretazione che non è importante solo per sé stessa ma in quanto ne risultano appunto modelli diversi di amministrazione”; nonché p. 392, ove l'A. esprime l'esigenza di accettare la “diversità” e la “conflittualità” dei modelli e che “le tensioni fra di essi” sono “per la Costituzione, eventi non patologici ma fisiologici (almeno in certi limiti)”. Nel saggio, l'A. individua specificamente i modelli di amministrazione derivanti dall'interpretazione delle due disposizioni costituzionali citate: da un lato “l'amministrazione come apparato servente del governo... posto sotto il comando politico (del governo)”, espressione dell'art. 95 Cost. e derivante dal “meccanismo proprio dell'ordinamento prefascista”; dall'altro “l'idea dell'amministrazione come apparato a sé, separato dal governo e in genere dal potere politico: una sorta di *pouvoir administratif* non subordinato al potere politico ma regolato direttamente dalla legge”, ovvero “una burocrazia autoregolantesi: un'amministrazione imparziale gestita da impiegati al servizio della Nazione”, (“l'amministrazione autocefala”), secondo il modello disegnato dagli artt. 97 e 98 Cost.; modello, secondo l'A., voluto dai Costituenti non “per dar vita ad una figura compiuta di nuova organizzazione amministrativa”, ma per “raccolgere certe istanze, generiche e ... rimaste fino ad allora inascoltate” volte alla “eliminazione della politicità indotta nella amministrazione, [al]la fine dell'opera di corruzione e di prevaricazione esercitata dai politici sull'organizzazione e sull'attività amministrativa”; ed ancora, un modello che l'A. riconosce avere (con una certa lungimiranza) “potenzialità” e “implicazioni” “enormi e forse neppure tutte esplorate”(p. 391).

V. anche V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione “costituzionalizzata”*, cit., part. p. 21 e 22; N. LONGOBARDI, “Amministrazioni indipendenti” e posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano 1993, I, pp. 523 ss. e ora in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino 2004; V. CAIANIELLO, *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, cit., part. pp. 7 ss.

Nel modello tradizionale delineato dall'art. 95 Cost., l'amministrazione è un "apparato servente"¹⁸³ del Governo. Ed infatti, sancire che il Ministro è responsabile "individualmente" degli atti del proprio dicastero (senza distinzione circa la natura degli atti stessi, e dunque ricomprendendovi anche gli atti amministrativi) significa o che i relativi poteri sono imputati (ed esercitati) dal Ministro stesso, ovvero che detti atti sono adottati dal "dicastero" sul quale tuttavia il Ministro (per poterne rispondere) deve poter esercitare una forte influenza.

Sotto il punto di vista dei rapporti tra politica e amministrazione, la dottrina ha parlato in proposito di modello della c.d. distinzione funzionale, in cui l'organo politico è chiamato anche a "fare amministrazione", ma, a seconda dell'attività esercitata (se politica o amministrativa) è tenuto a seguire regole e discipline del tutto differenziate, essendo l'attività politica libera (nella individuazione dei fini e nella predisposizione dei mezzi) e l'attività amministrativa astretta al rispetto della propria disciplina e dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento nelle varie declinazioni elaborate dalla giurisprudenza¹⁸⁴.

Si tratta di un modello – risalente alla legge Cavour 23.3.1853, n. 1483¹⁸⁵ di soppressione delle Aziende (strutture dotate di una forte autonomia gestionale rispetto ai Ministeri) in forza del principio per cui il Ministro deve poter rispondere in Parlamento di ogni atto dell'amministrazione – che "trova pieno riscontro nell'art. 95 Cost."¹⁸⁶.

Nel secondo modello di amministrazione, fondato sull'art. 97 Cost.¹⁸⁷, c'è una maggiore separazione tra amministrazione e Governo; sono infatti previste "sfere di competenza" e "responsabilità proprie" dei funzionari (e quindi degli uffici burocratici, dell'amministrazione in senso proprio), escludendo dunque la commistione in capo allo stesso organo di funzioni politiche e amministrative (puntuali).

Dal punto di vista dei rapporti tra politica e amministrazione, si tratta del modello della c.d. separazione organica (o della "distinzione strutturale"¹⁸⁸), adottato dal legislatore, per

¹⁸³ M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra Costituzione formale e Costituzione materiale*, cit., p. 391; ID, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966.

¹⁸⁴ V. CERULLI IRELLI, *L'Amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., part. pp. 15 ss.

¹⁸⁵ L'art. 1, co. 1, l. n. 1483/1853 disponeva che "i Ministri provvederanno all'Amministrazione centrale dello Stato per mezzo di Uffici posti sotto l'immediata loro direzione".

¹⁸⁶ V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo*, cit., p. 17; ID, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, part. p. 19-21.

Per la ricostruzione del modello tradizionale di amministrazione, strumento del Governo nella soddisfazione dei bisogni pubblici compresi tra i fini dello Stato che il Governo è chiamato ad individuare, v. V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, 1939, 1-2, pp. 53 ss. e ora in V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli 2015, pp. 3 ss.

¹⁸⁷ Sull'art. 97 Cost., v. C. Pinelli, *La pubblica amministrazione. Art. 97*, in *Commentario della Costituzione*, cit.

¹⁸⁸ V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, p. 22.

una serie di fattori politico-istituzionali noti, a partire dai primi anni Novanta (d.lgs. n. 29/1993). Sulla base di tale modello, la fascia alta di amministrazione (cioè quella che riguarda le attività di indirizzo, di programmazione e pianificazione, di normazione secondaria, etc.) è attribuita alla responsabilità degli organi politici (che esercitano ovviamente anche funzioni eminentemente politiche), mentre all'amministrazione (agli uffici burocratico professionali) è attribuita la competenza nell'adozione di atti puntuali (la gestione amministrativa).

Esso trova il suo fondamento nell'art. 97, co. 3, Cost. (che, prevedendo le "responsabilità proprie dei funzionari", riserva conseguentemente ad essi l'esercizio dell'amministrazione) e, come osservato dalla dottrina, è espressione di "un'interpretazione forte" del principio di imparzialità di cui all'art. 97, co. 2, Cost., così come interpretato dalla Corte costituzionale¹⁸⁹.

In entrambi i modelli di amministrazione delineati nel testo costituzionale – l'"amministrazione strumentale" e l'"amministrazione separata" – l'amministrazione non è mai indipendente dal Governo, che continua, da un lato, ad essere responsabile politicamente di essa e, dall'altro, ad esercitare su di essa poteri di indirizzo e controllo¹⁹⁰.

¹⁸⁹ V. CERULLI IRELLI, *Costituzione Politica Amministrazione*, Napoli 2018, part. p. 41. V. anche ID, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., p. 6 ove l'A. osserva che proprio l'"impostazione" del legislatore nazionale a favore della separazione organica tra organi politici e uffici burocratico professionali ha contribuito ad evidenziare una "*posizione costituzionale dell'amministrazione*" distinta rispetto alle altre funzioni di governo (distinta dall'Esecutivo), che ha acquisito "*rango costituzionale, essendo stata riconosciuta ... come quella conforme a Costituzione e attuativa dei principi di cui all'art. 97*".

In giurisprudenza, sul principio di separazione tra funzioni di indirizzo politico e funzioni amministrative di gestione come principio costituzionale, v. Corte cost. n. 161/2008, secondo cui i principi di buon andamento e di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. "stanno «alla base della stessa distinzione funzionale dei compiti tra organi politici e burocratici e cioè tra l'azione di governo - che è normalmente legata alle impostazioni di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza - e l'azione dell'amministrazione, la quale, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata, invece, ad agire senza distinzioni di parti politiche e dunque al "servizio esclusivo della Nazione" (art. 98 Cost.), al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento» (sentenza n. 103 del 2007)"; n. 304/2010, secondo cui "la separazione" tra indirizzo politico e gestione amministrativa è "necessaria per assicurare il rispetto, in particolare, dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa"; n. 108/2015: "la separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa costituisce, secondo il costante orientamento di questa Corte, "un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost. L'individuazione dell'esatta linea di demarcazione tra gli atti da ricondurre alle funzioni dell'organo politico e quelli di competenza della dirigenza amministrativa, però, spetta al legislatore. A sua volta, tale potere incontra un limite nello stesso art. 97 Cost.: nell'identificare gli atti di indirizzo politico amministrativo e quelli a carattere gestionale, il legislatore non può compiere scelte che, contrastando in modo irragionevole con il principio di separazione tra politica e amministrazione, ledano l'imparzialità della pubblica amministrazione" (ex plurimis, sentenza n. 81 del 2013)".

¹⁹⁰ La dottrina ha infatti evidenziato che si scorge una certa contraddizione nel qualificare come indipendenti le Autorità amministrative. Sul punto, v. E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, relazione al Convegno organizzato da Nexus a Roma, il 27.2.2006, il quale ha evidenziato che "quando si parla di Autorità amministrative indipendenti, si esprime in sostanza un ossimoro: si esprime cioè una nozione contraddittoria, dal momento che, almeno nei regimi a matrice parlamentare, la caratteristica natura degli organi investiti di poteri amministrativi sta nel fatto di

Al contrario, nella Costituzione sono rinvenibili diverse disposizioni sull'indipendenza della giurisdizione.

Si tratta dell'art. 101, co. 2 Cost. ai sensi del quale "i giudici sono soggetti soltanto alla legge"; dell'art. 104, co. 1 Cost., secondo cui "la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere"; dell'art. 108, co. 2, Cost. il quale prevede che "la legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia"; nonché dell'art. 137, che assicura l'indipendenza dei giudici della Corte costituzionale.

Inoltre, la Costituzione (art. 100, co. 2) riserva il carattere dell'indipendenza anche a due organi ausiliari, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti ai quali, oltre all'esercizio di funzioni amministrative (consultiva e di controllo) esercitate per mezzo dei propri membri aventi lo *status* di magistrati, sono attribuite, come noto, anche funzioni giurisdizionali.

Si può dunque affermare che nella Costituzione il carattere dell'indipendenza è proprio soltanto della magistratura (dei magistrati), e non (neppure in via eccezionale) dell'amministrazione¹⁹¹.

Alla luce di tale quadro costituzionale si è dubitato in dottrina circa la corretta individuazione della natura giuridica delle Autorità indipendenti.

Ed infatti, chi ha sostenuto la natura amministrativa delle Autorità non ha potuto non rilevarne la stridente contraddizione con i modelli di amministrazione disegnati dalla Costituzione (sia quello basato sull'art. 95 Cost. che quello di cui all'art. 97 Cost.)¹⁹². E così, si è osservato che l'istituzione delle Autorità indipendenti costituisce una "rottura" della tradizionale unità del potere esecutivo basato sul principio della responsabilità ministeriale per qualunque tipo di amministrazione esistente nell'organizzazione dello Stato¹⁹³, una "deviazione" dai principi del costituzionalismo liberale che presenta nodi

dipendere dal potere politico e specificamente dai Governi (e questo anche ai fini dell'attivazione di un rapporto di responsabilità verso gli organi elettivi)" (p. 9).

¹⁹¹ V. sul punto, S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, cit. part. pp. 948 e 949, ove l'A. sottolinea che nella Costituzione "il termine indipendenza è sempre associato allo svolgimento di funzioni giurisdizionali o, comunque, svolte nell'interesse obiettivo dell'ordinamento alla legalità e al buon andamento dell'amministrazione; funzioni che non implicano scelte politiche, libere nel fine, e nemmeno discrezionali, consistenti nella comparazione e apprezzamento di interessi".

¹⁹² Sulla difficoltà di ricondurre le Autorità indipendenti al modello di amministrazione delineato in Costituzione v. G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit..

¹⁹³ F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, Bologna 2011; V. CERULLI IRELLI, *L'Amministrazione "costituzionalizzata"*, cit. part. p. 24 e 25, ove l'A. evidenzia come "questo modello di amministrazione non è contemplato nel testo costituzionale. Ed è da ritenere non del tutto compatibile con l'assetto dell'amministrazione in esso configurato (pur nella diversa impostazione rispettivamente dell'art. 95 e dell'art. 97); essendo la posizione di indipendenza (dal potere politico, dalle autorità di governo), e

problematici in ordine alla distinzione tra legittimazione democratica e “legittimazione tecnocratica”¹⁹⁴.

Altra parte della dottrina ha invece evidenziato la difficoltà nel ricondurre il modello dell’Autorità indipendente nell’ambito dei “poteri tradizionali dello Stato”, trattandosi di uno “strumento di limitazione di quei fattori di natura politica, burocratica ed economica”,

la soggezione alla (sola) legge, riservata alla funzione giurisdizionale e alla “magistratura” che la esercita”. Nello stesso senso, nonché nella prospettiva di una intensificazione del fenomeno della frammentazione dei pubblici poteri per via della istituzione delle Autorità indipendenti, v. S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, Relazione al convegno internazionale sulla concorrenza “Francesco Saja”, Roma, 20-21 novembre 1995, in *Foro it.*, 1996, V, 7 ss., ove icasticamente l’A. afferma che “a un mondo affollato di Stati e di governi nazionali, se ne aggiunge ora un altro, affollato di autorità indipendenti”. A sostegno della tesi dottrinale circa la natura amministrativa delle Autorità indipendenti, v. anche A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., part. pp. 74 e 75; v. anche, ivi, p. 55, ove l’A. evidenzia che “nel quadro dei mutamenti della forma di governo la diffusione del modello delle autorità amministrative indipendenti ha mutato se non la forma di governo la forma del governo come organo collegiale posto al vertice dell’amministrazione dipendente gerarchicamente da un ministro responsabile. Non più dipendente l’una, non più responsabile l’altro, il governo non è più lo stesso”.

Sulla natura amministrativa delle Autorità indipendenti (e segnatamente del Garante per la protezione dei dati personali), v. in giurisprudenza l’assai significativa pronuncia della Corte di cassazione (n. 7341/2002 cit.), nella quale si afferma espressamente che “l’ordinamento ... non conosce un “tertium genus” tra amministrazione e giurisdizione, alle quali la Costituzione riserva rispettivamente, per distinguerne e disciplinarne le attività, gli artt. 111 e 97 Cost. Non vi è nel sistema costituzionale una figura di paragiurisdizionalità a sé stante, distinta dalle due predette”; v. anche Corte cass., 30.6.2001, n. 8889; Cons. St., VI, 12.2.2001, n. 652, che ha escluso la natura paragiurisdizionale dell’AGCM, osservando che “riconoscere nell’ambito dei procedimenti antitrust il diritto al contraddittorio ed alla difesa per le parti private non implica certo il contestuale riconoscimento della natura para-giurisdizionale dell’organo alla cui competenza quei procedimenti sono attribuiti”; Cons. St., VI, 23.4.2002, n. 2199.

Nella giurisprudenza europea, sulla compatibilità delle autorità indipendenti con il c.d. principio della responsabilità ministeriale (o principio di democrazia, secondo l’espressione utilizzata dalla Corte), v. Corte giust., 9.3.2010, C-518/07 cit.: il principio di democrazia “non osta all’esistenza di autorità pubbliche collocate al di fuori dell’amministrazione gerarchica classica e più o meno indipendenti dal governo. L’esistenza e le condizioni di funzionamento di siffatte autorità, negli Stati membri, rientrano nella sfera della legge o persino, in taluni Stati membri, della Costituzione e tali autorità sono soggette al rispetto della legge sotto il controllo dei giudici competenti. Autorità amministrative indipendenti di tale genere, ... hanno spesso funzioni regolatrici o svolgono compiti che devono essere sottratti all’influenza politica, pur restando subordinate al rispetto della legge, sotto il controllo dei giudici competenti”.

¹⁹⁴ E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, cit., p. 130.

A contrario, per una lucida analisi del costituzionalismo a fronte del moltiplicarsi dei poteri, interni e sovranazionali v. G. AMATO, *Passato, presente e futuro del costituzionalismo*, relazione al Convegno “Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell’Europa”, Roma 11-12 maggio 2018, il quale – anche con riferimento alle Autorità indipendenti – critica la necessaria riconduzione della legittimazione democratica nella “legittimazione elettorale-maggioritaria”, osservando che “neppure il costituzionalismo democratico può pretendere di esaurire la legittimazione in quella elettorale-maggioritaria. Ad essa va riconosciuta l’autorità che compete alla fonte ultima di ogni potere, ma da essa è doveroso attendere che preveda, per taluni poteri, una legittimazione non maggioritaria. La divisione classica dei poteri ci ha abituato a legittimare i giudici proprio se ed in quanto soggetti soltanto alla legge. Ma nella complessa mappa di una democrazia costituzionale ciò non vale solo per loro ... ma anche per le autorità indipendenti con poteri di aggiudicazione e per le stesse autorità amministrative cui incombe l’obbligo dell’imparzialità”.

che possono incidere “su interessi collettivi particolarmente sensibili”¹⁹⁵, qualificandoli piuttosto come veri e propri organi costituzionali¹⁹⁶.

Al contrario, in considerazione dei caratteri (di indipendenza strutturale e funzionale) delle Autorità e dei poteri dalle stesse esercitati (soprattutto quello c.d. di *adjudication*), nonché delle funzioni di carattere “neutrale” dalle stesse attribuite in posizione di indifferenza rispetto agli interessi in gioco, e a fronte della difficoltà di ricondurre le stesse nell’ambito delle disposizioni della Costituzione dedicate all’Amministrazione, altra parte della dottrina ne ha sostenuto la natura “quasi-giurisdizionale”¹⁹⁷.

¹⁹⁵ C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come forme organizzative nuove*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p. 80, il quale quindi pare qualificare le Autorità indipendenti come “contropoteri”.

¹⁹⁶ S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, cit. che sottolinea la difficoltà di ricondurre le Autorità indipendenti nell’ambito dei poteri tradizionali dello Stato, e critica il filone dottrina che ne afferma la natura amministrativa, evidenziando che così facendo si commette “l’errore di attribuire le autorità amministrative indipendenti ad uno dei tre poteri, accettando il dogma che tutto ciò che non è giurisdizionale e legislazione, è amministrazione” (p. 9). Secondo l’A. le Autorità indipendenti dovrebbero essere considerate “parte del diritto costituzionale” rappresentando “storicamente, una alternativa al governo economico costituito dalla pianificazione”, con la conseguenza che le stesse “si inseriscono tra i poteri statali a livello costituzionale, rappresentando un temperamento di quello che nell’800 veniva definito mostruoso connubio di democrazia e centralizzazione”.

¹⁹⁷ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit. part. pp. 131 ss. e, con specifico riferimento alla natura paragiurisdizionale dell’AGCM, pp. 85 ss. e 110 ss.: “così come i poteri attribuiti all’autorità, con le correlate garanzie di contraddittorio a favore degli interessati, non connotano in modo specifico il ruolo di un’autorità amministrativa, ma sono attribuiti frequentemente, in altri settori normativi, all’autorità giudiziaria, allo stesso modo il tipo di provvedimenti emanati dall’autorità a conclusione dell’istruttoria, conseguenti cioè all’accertamento della fattispecie concreta alla luce delle disposizioni normative di volta in volta rilevanti, è simile, sul piano strutturale, alle pronunce emanate dagli organi giudiziari” (p. 97); ID, *Per uno studio sui poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., ove l’A. qualifica l’AGCM come “magistratura della concorrenza” (p. 103); V. CAIANIELLO, *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, cit., part. p. 33, ove l’A. osserva che “i nuovi poteri pubblici, non essendo più preposti alla cura di un interesse pubblico, dovrebbero assumere quel carattere arbitrale che deve essere necessariamente esercitato al riparo da ogni influenza politica”; E. LEONARDO, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in M. D’ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, pp. 107 ss.; v. R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, cit. part. p. 126, ove l’A. sottolinea che in generale “l’indipendenza può essere definita come una posizione derogatoria, voluta dalla legge, che sottrae un soggetto al rispetto di regole vigenti nell’ambito dell’organizzazione in cui opera, escludendo ogni forma di subordinazione o di gerarchia”. Tuttavia, il concetto di indipendenza applicato alle Autorità indipendenti “fa risaltare l’esistenza di una contraddizione con il secondo dei termini esaminati. Infatti, se un corpo è amministrativo è sottoposto alle leggi dell’amministrazione, costituite dalla gerarchia, dall’attività di direzione e dalla sottoposizione a controlli e non può essere configurato come indipendente”. Da tale premessa, l’A. fa discendere come conseguenza l’esclusione della natura amministrativa delle Autorità.

Particolarmente chiaro sul punto S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, il quale fa derivare come conseguenza della natura para-giurisdizionale delle autorità, nonché dai particolari requisiti e competenze tecniche posseduti dai membri delle Autorità la necessità di un “self-restraint” da parte degli organi giurisdizionali: “le autorità indipendenti sono nate come alternativa all’affidamento al giudice di alcune funzioni. Come pensare, ora, che possano essere sottomesse interamente ad esso?” (p. 11).

V. anche M. D’ALBERTI, *Il valore dell’indipendenza*, in M. D’ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit. part. p. 14 ove l’A. afferma che “le Autorità indipendenti sono chiamate a garantire il contraddittorio economico, il contraddittorio paritario nel mercato. E chi è che garantisce il contraddittorio tipico, il contraddittorio nel processo? Il giudice. E come occorre l’indipendenza e la terzietà di un giudice per garantire il contraddittorio tra le parti nel processo, così sono necessarie

Tale ultima tesi dottrinale, tuttavia, appare oggi superata dalla recente pronuncia della Corte costituzionale (ord. n. 13/2019) che, nell'ambito di una questione di legittimità costituzionale di una legge sollevata dal Collegio dell'AGCM¹⁹⁸, ne ha escluso la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale (e dunque la natura di "giudice" anche "ai limitati fini"), ritenendone la natura amministrativa ("la veste processuale di parte riflette ... la natura del potere attribuito all'Autorità: una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco")¹⁹⁹.

In sostanza, la Corte ha rinvenuto nell'AGCM i due caratteri propri dell'amministrazione distintivi rispetto a quelli che connotano la giurisdizione: la sottoposizione (degli atti amministrativi) al controllo giurisdizionale (e dunque l'inidoneità degli atti amministrativi a divenire definitivi e irreversibili) e il perseguimento di un interesse pubblico (da contemperare discrezionalmente con gli altri interessi, pubblici e privati, in gioco), che ne esclude il carattere della terzietà (proprio della giurisdizione).

A fronte di tale pronuncia (pur criticata in dottrina per l'eccessiva rigidità della posizione della Corte costituzionale²⁰⁰), non pare residuare alcun dubbio circa la necessaria ascrizione delle Autorità indipendenti nel novero delle Amministrazioni.

amministrazioni dotate di uno status indipendente per garantire il contraddittorio nel mercato, per svolgere la funzione di arbitri della democrazia economica".

¹⁹⁸ Sull'ordinanza AGCM del 3.5.2018, con la quale l'A. ha sollevato questione di legittimità costituzionale, v. il commento di M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, in www.federalismi.it, 2018

In dottrina, v. già la posizione di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit. part. p. 97, il quale, proprio con riferimento all'AGCM, sosteneva l'opportunità di consentire alla stessa di sollevare questione di legittimità costituzionale di leggi, seppur limitata ai soli casi di contrasto con la disciplina della tutela del mercato e della concorrenza.

¹⁹⁹ Corte cost., [ord.] 31.1.2019, n. 13, in *Giur. cost.*, 2019, pp. 94 ss., con osservazioni di M. MIDIRI, *Autorità garante della concorrenza e amministrazione: una troppo drastica assimilazione*, ivi, pp. 127 ss., e di G. GRASSO, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale all'Autorità antitrust. Considerazioni a margine della sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale*, ivi, pp. 138 ss.

Per una compiuta analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale in ordine alla nozione di "giudice" e di "giudizio", anche in considerazione dell'ordinanza n. 13/2019 cit., v. il saggio di V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2019, pp. 1825 ss.

Sull'ordinanza della Corte, v. anche S. STAIANO, *Essere giudice "a limitato fine". Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 2018.

²⁰⁰ M. MIDIRI, *Autorità garante della concorrenza e amministrazione: una troppo drastica assimilazione*, cit. part. pp. 136, 137; G. GRASSO, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale all'Autorità antitrust*, cit., part. p. 145 ove l'A. evidenzia che la pronuncia della Corte "finisce ... per spingere le Autorità amministrative indipendenti dentro al mare magnum delle amministrazioni pubbliche statali", ciò che secondo l'A. "sembra stonare rispetto a figure soggettive che, almeno dal momento in cui è stata evidente la volontà del Parlamento di ricorrere, intenzionalmente, allo strumento dell'amministrazione indipendente con funzioni di garanzia ... si sono caratterizzate proprio per sfuggire, in quanto indipendenti, dal circuito del rapporto di fiducia tra Governo e Parlamento che contraddistingue la nostra forma di

Proprio tale qualificazione, tuttavia, in considerazione di quanto osservato in ordine alla “posizione costituzionale dell’amministrazione”²⁰¹, ha sollevato in dottrina dubbi di legittimità costituzionale dell’istituzione di Autorità amministrative, tuttavia indipendenti dal Governo²⁰².

10. Il problema della legittimità costituzionale delle Autorità indipendenti. Il fondamento nel diritto europeo.

La ricerca di un fondamento costituzionale delle Autorità indipendenti ha costituito per la dottrina un vero e proprio “rompicapo costituzionale”²⁰³.

La deroga al principio di responsabilità ministeriale dell’amministrazione nell’istituzione delle Autorità indipendenti è stata da alcuni ritenuta compatibile con il testo costituzionale.

E così, parte della dottrina ha rinvenuto nell’art. 97 Cost. il fondamento costituzionale delle Autorità indipendenti, ritenendo “la istituzione delle autorità indipendenti ...

Governo”; e ancora, secondo l’A. “la “camicia” del diritto amministrativo, di un profilo funzionale che attrae tutta l’attività svolta dalle Autorità indipendenti nelle maglie della semplice discrezionalità amministrativa, è davvero troppo stretta” per le Autorità indipendenti (pp. 145, 146).

²⁰¹ Per l’utilizzo dell’espressione “posizione costituzionale dell’amministrazione” e cioè “dell’amministrazione come funzione di governo e degli apparati organizzativi ... nei confronti delle altre funzioni di governo (e dei rispettivi apparati organizzativi)”, v. V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione “costituzionalizzata”*, p. 5.

²⁰² Proprio con riferimento alla dubbia legittimità costituzionale dell’istituzione di Autorità amministrative indipendenti, parte della dottrina aveva evidenziato l’opportunità di inserire un’apposita disposizione nel testo costituzionale (per tutti, v. A. PREDIERI, *L’erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit. part. p. 97; più recentemente, v. E. CHELI, *L’innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, cit., ove l’A. evidenzia la necessità di procedere sia dando alle Autorità indipendenti copertura costituzionale - soprattutto qualora si intenda riconoscere la loro natura amministrativa - sia mediante legge ordinaria, di integrazione di quanto sancito in Costituzione; G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, cit.; *contra* tale tesi, v. M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Pol. dir.* 1997, pp. 657 ss.. Suggerimento colto (tuttavia, come noto, senza buon esito) dal legislatore. Ed infatti, una prima proposta di costituzionalizzazione delle Autorità indipendenti era stata già avanzata nell’ambito di un progetto elaborato dal Consiglio Nazionale delle ricerche come proposta per la Commissione bicamerale per la riforma istituzionale (1993-1994, De Mita-Iotti), pubblicato in *Foro it.*, 1993, V, pp. 253 ss.. Successivamente nel progetto di riforma costituzionale elaborato dalla Commissione bicamerale (1997-1999, D’Alema) si era previsto l’inserimento di un’apposita norma (art. 109) sull’istituzione e sulla nomina delle Autorità “di garanzia”, rinviando alla legge la disciplina del mandato, dei requisiti di eleggibilità e delle condizioni di indipendenza. Più recentemente, nel 2005 la proposta di costituzionalizzazione delle Autorità indipendenti è stata inclusa anche nel disegno di legge costituzionale (S. 2544-D), approvato in seconda deliberazione a maggioranza assoluta, ma inferiore a due terzi, il cui esito tuttavia non è stato confermato dal risultato del referendum (G.U. n. 171 in data 25.7.2006).

In dottrina, per un’analisi del progetto di legge costituzionale presentato dalla Commissione bicamerale D’Alema, v. M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, cit.; nonché V. CERULLI IRELLI, *Costituzione e amministrazione. Documenti di un itinerario riformatore (1996-2002)*, cit., part. pp. 355 ss.

²⁰³ E. CHELI, *L’innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, cit.

teleologicamente fondata con riferimento al “valore” costituzionale della imparzialità dell’amministrazione pubblica”²⁰⁴.

Altri hanno invece rinvenuto nell’attuazione dell’art. 5 Cost. il fondamento delle Autorità indipendenti, ritenendo compatibile con la Costituzione la presenza di “attività amministrative strutturate in modo differenziato sulla base dell’art. 5 Cost.” poste “accanto all’apparato governativo previsto nell’art. 95”²⁰⁵.

Secondo altra parte della dottrina, il fondamento costituzionale delle Autorità indipendenti andrebbe rintracciato nei valori di volta in volta tutelati dalle singole Autorità, aventi (questi) carattere costituzionale (il risparmio, la libertà di comunicazione, la libertà di sciopero, la *privacy*, e così via)²⁰⁶.

²⁰⁴ A. MASSERA, “Autonomia” e “indipendenza” nell’amministrazione dello Stato, cit., p. 479; A. PAJNO, *L’esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., part. p. 129, ove si evidenzia che “la progressiva istituzione delle autorità indipendenti sembra iscriversi in un percorso che segua il passaggio dal sistema del monismo ministeriale sotteso all’articolo 95 al sistema – o, se si vuole, al modello di organizzazione amministrativa – sotteso dall’articolo 97 e fondato sul principio di separazione dell’amministrazione dal Governo, inteso come principio di indipendenza”. Sul principio di indipendenza quale declinazione del principio di imparzialità, e dunque caratterizzante le Autorità indipendenti, v. C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., part. pp. 574 ss.

Per la critica di tale tesi, v. M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, cit. p. 9; ID, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Pol. dir.* 1997, pp. 657 ss., ove l’A. evidenzia che “l’attuazione del valore dell’imparzialità ex art. 97 Cost. non è in grado di assicurare alle autorità indipendenti un regime derogatorio rispetto a quello applicabile alla p.a., che su tale valore intieramente si fonda” (p. 659); V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione “costituzionalizzata”*, cit., part. p. 25 ove si evidenzia che “per quanto si possa dilatare l’esigenza di imparzialità dell’amministrazione, fissata dall’art. 97, con riferimento a settori particolarmente sensibili dell’intervento pubblico, nonché a settori nei quali l’azione di governo è intesa ad assicurare la leale concorrenza tra competitori sul mercato, il sistema costituzionale non consente di attribuire indipendenza (dal potere politico, dal Governo) ad organizzazioni amministrative, essendo questa caratteristica espressamente attribuita ad altre organizzazioni e ad altre funzioni di governo”; S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, cit. p. 268: “se ... vale legittimare le amministrazioni indipendenti, il principio di imparzialità dovrebbe poter valere per tutta l’amministrazione. Ma, se non vale per tutta l’amministrazione, (dato l’esplicito principio di responsabilità), che cosa prova poi che esso possa valere proprio per le amministrazioni indipendenti?”.

²⁰⁵ A. PREDIERI, *L’erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit. p. 51. In sostanza, secondo l’A. l’indipendenza delle Autorità amministrative le “porta ad essere parte a sé, ma non dipendente dal suo centro e perciò rispetto a quello collocata alla periferia”, con la conseguenza che “il decentramento è fondamento costituzionale delle autorità amministrative indipendenti, ... sufficiente sin da oggi, senza modificazioni costituzionali ... a legittimarle” (p. 53).

²⁰⁶ Per tutti, v. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, cit. part. p. 663, ove l’A. individua il fondamento costituzionale delle Autorità indipendenti “nella prima parte della Costituzione”. Ma v. anche M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit. part. p. 65.

Tale tesi, tuttavia, è stata criticata da parte della dottrina, ritenendola insufficiente a giustificare la istituzione di autorità amministrative poste al di fuori del circuito politico-rappresentativo Governo/Parlamento. Sul punto, v. S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, cit., part. pp. 267 ss.. L’A. sostiene infatti che “ammettere... che la tutela di un interesse costituzionale renda legittima di per sé la deroga al principio di responsabilità politica del Governo sulla amministrazione – e cioè che l’amministrazione è soggetto che opera all’interno della responsabilità del Governo – significa “imbarcarsi per un viaggio” che parte sì dalla Costituzione, o per lo meno dalle sue propaggini interpretative possibili e anzi esatte ... ma che getta l’ancora nelle acque “extraterritoriali” di una Costituzione che non c’è ancora, dove sia legittimo un potere politicamente irresponsabile” (p. 268).

Altra dottrina (minoritaria invero) ha invece sostenuto la illegittimità costituzionale delle Autorità indipendenti²⁰⁷.

Dette tesi dottrinali, invero, appaiono oggi superate se si tiene conto dell'attuale stadio del processo di integrazione europea, che ha spostato il campo di ricerca del fondamento costituzionale delle Autorità indipendenti (dal diritto costituzionale nazionale) al diritto europeo (in alcuni casi, contenuto addirittura nel diritto primario dell'Unione, equiparato al diritto costituzionale interno).

È infatti nel diritto europeo che le Autorità amministrative indipendenti trovano oggi la loro fonte di legittimazione²⁰⁸.

Si è detto infatti che l'indipendenza di questo modello di amministrazione è sancita nelle varie fonti europee che regolano i settori di azione delle Autorità indipendenti, ed è presidiata da una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁰⁹ volta proprio a rafforzare e tutelare la posizione di distacco delle Autorità da ogni forma di ingerenza esterna (sia in punto di organizzazione che in punto di azione), segnatamente da parte dei Governi nazionali.

Detto in altri termini, il diritto europeo – sempre più pervasivo nei vari settori, disciplinante oggi non più solo l'aspetto funzionale, ma anche quello organizzativo delle Autorità nazionali di regolazione e di controllo – ha ricondotto le Autorità indipendenti nell'ambito della Costituzione (così come integrata, ai sensi degli artt. 11 e 117, 1° co. Cost., dal diritto europeo)²¹⁰, conferendo loro una nuova “legittimità costituzionale”, derivata dalla legittimazione europea.

²⁰⁷ Per la tesi della incostituzionalità, v. G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, cit. il quale evidenzia che l'istituzione delle Autorità indipendenti non comporta un problema di interpretazione della Costituzione al fine di individuare in essa una “copertura” delle Autorità, ma determina una “sostanziale alterazione del quadro istituzionale esistente”, ciò che secondo l'A. comporta “che si pervenga ad un “nuovo” patto costituzionale che delinea l'assetto istituzionale, accettabile in rapporto all'evoluzione del nostro ordinamento democratico”. Con estrema chiarezza, l'A. afferma quindi che “oggi le autorità amministrative indipendenti si trovano in una situazione tendenzialmente incostituzionale” (pp. 5 e 6).

²⁰⁸ Sul punto, v. chiaramente V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione “costituzionalizzata”*, cit., p. 25 ove l'A. afferma che “questo modello di amministrazione di settore trova il suo fondamento e la sua legittimità costituzionale, nel diritto europeo; a mio giudizio, esclusivamente nel diritto europeo”. V. anche F. MERUSI, *Le Autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, cit.; F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, relazione al convegno annuale AIC 2005 su “L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali”, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, part. p. 25 ove si evidenzia che “è il diritto comunitario a giustificare il venir meno del principio di responsabilità ministeriale ed a fornire in tal modo una base di legittimazione alle autorità indipendenti”.

²⁰⁹ Per tutte, v. la già citata sentenza della Corte di Giustizia (9.3.2010, C-518/07, *Commissione/Germania*) sul caso dell'Autorità di controllo nazionale per la protezione dei dati personali.

²¹⁰ Sul rapporto tra art. 11 e 117, 1° co., Cost., v. Corte Cost. n. 227/2010, che sottolinea la maggiore ampiezza degli effetti scaturenti dalle limitazioni di sovranità contemplate dall'art. 11 (sul piano sostanziale e processuale, e nei confronti anche dell'amministrazione e della giurisdizione, oltre che della legislazione) rispetto al vincolo alla potestà legislativa sancito dall'art. 117, 1° co. Cost.: “il limite all'esercizio della funzione legislativa imposto dall'art. 117, primo comma, Cost. è ... solo uno degli elementi rilevanti del

Più perplessa appare invece la problematica relativa ai poteri (incisivi) esercitati dalle Autorità indipendenti e al loro fondamento.

rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione europea, rapporto che, complessivamente considerato e come disegnato da questa Corte nel corso degli ultimi decenni, trova ancora "sicuro fondamento" nell'art. 11 Cost.".

CAPITOLO II

I POTERI DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI E IL LORO FONDAMENTO.

SOMMARIO: 1. La funzione di regolazione. Premessa. - 2. La funzione normativa delle Autorità indipendenti - 2.1. Premessa. Poteri di regolamentazione interna e aventi efficacia esterna. Poteri formalmente normativi o (solo) sostanzialmente normativi. - 2.2. Brevi cenni sui caratteri dell'atto normativo: generalità, astrattezza e innovatività. - 2.3. Casistica di atti adottati da ARERA e AGCom. Atti normativi o amministrativi generali? - 2.3.1. Esempi di atti adottati da ARERA. - 2.3.2. Esempi di atti adottati da AGCom. - 2.3.3. Considerazioni critiche. - 2.4. Possibili profili di incostituzionalità della norma attributiva del potere normativo per violazione del principio di legalità. Dalla legalità sostanziale alla legalità procedimentale. - 2.5. La collocazione degli atti normativi delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti del diritto e il problema dei rapporti con la legge e con i regolamenti del Governo. - 2.6. Gli atti normativi delle Autorità indipendenti e l'autonomia privata. Gli effetti indiretti del potere normativo delle Autorità: l'eterointegrazione dei contratti. - 3. Gli atti c.d. di soft law. - 4. La funzione di regolazione: i poteri amministrativi in senso stretto. I poteri di vigilanza, controllo e monitoraggio. - 5. Il potere sanzionatorio - 5.1. La componente ripristinatoria/riparatoria del potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti: le decisioni con impegni e i programmi di clemenza *antitrust*. - 6. Il potere prescrittivo. - 7. I poteri consultivi e di segnalazione. - 8. I poteri contenziosi. - 9. Considerazioni critiche.

1. La funzione di regolazione. Premessa.

Le Autorità indipendenti, deputate a settori sensibili della vita economica e sociale dello Stato, agiscono nell'esercizio di una pluralità di poteri che possono essere ascritti in via generale alla c.d. funzione di regolazione²¹¹, finalizzata a garantire il corretto

²¹¹ In questa sede, la nozione di funzione di regolazione è limitata all'attività svolte dalle Autorità indipendenti, pur consapevoli che in dottrina, sulla scorta dell'esperienza statunitense, è stata elaborata una concezione più ampia di funzione di regolazione, come insieme delle funzioni amministrative che incidono sulla sfera giuridica dei soggetti privati e sulle loro attività e in particolare, come funzione diretta a imporre l'autorità delle pubbliche amministrazioni perché le libertà costituzionali e comunque i diritti dei soggetti dell'ordinamento vengano esercitati senza pericolo per l'esistenza stessa o la salute e comunque per l'esercizio anche delle libertà e dei diritti degli altri: v. sul punto D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna 1999, p. 71. Sempre in tale ampia accezione di regolazione, v. M. LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. III, Padova 1977, pp. 469 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata ed articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol dir.*, 1992, pp. 3 ss. Più recentemente, v. anche A. LALLI, *La valutazione distortiva del mercato: profili amministrativi e giurisdizionali*, in *Dir. amm.* 2006, pp. 635 ss. ove l'A. sottolinea che "con regolazione ci si intende riferire a quell'attività, tipica dei pubblici poteri, di porre le regole dell'agire. Le stesse rilevano non tanto per le caratteristiche formali degli atti giuridici da cui

funzionamento dei settori stessi, anche a protezione dei c.d. contraenti deboli (il consumatore, il cliente finale, l'interessato al trattamento dei dati personali).

Dunque, una funzione amministrativa finalizzata al perseguimento di specifici interessi pubblici (alla stabilità del mercato, alla concorrenza, alla qualità dei servizi, e così via), che garantisce al contempo la tutela di interessi privati, sia degli operatori dei settori regolati (ad esempio, la parità delle armi nel mercato) che degli utenti finali dei servizi o comunque dei soggetti interessati dalle attività esercitate dagli operatori (ad esempio, la correttezza dell'informazione contrattuale, la parità di accesso ai servizi, il corretto trattamento dei dati personali).

Si è visto come il fenomeno della regolazione da parte delle Autorità indipendenti abbia preso avvio con il processo di progressiva privatizzazione e liberalizzazione di molteplici settori economici; processo che – a fronte del ritirarsi dello Stato come attore del mercato – ha tuttavia reso necessario un intervento indiretto dello stesso nell'economia, finalizzato a stabilire le regole di condotta che gli operatori sono tenuti a seguire, in un ambito lasciato alla libera iniziativa degli stessi²¹².

Si tratta in sostanza di un intervento correttivo posto in essere dai pubblici poteri (e segnatamente, dalle Autorità indipendenti), che ha carattere transitorio, potendo venir meno allorquando tale esigenza non sia più attuale²¹³.

sono poste (potrà infatti trattarsi di leggi, regolamenti, atti amministrativi generali o anche singoli provvedimenti), ma per la loro incidenza sul funzionamento del mercato”.

In dottrina tale accezione ampia di regolazione, con riferimento ai settori in cui operano le Autorità indipendenti, e in particolare con riferimento alla regolazione in campo economico (nell'ambito della quale verrebbe perciò ricompresa anche la normativa sulla concorrenza, sui monopoli legali, sui controlli amministrativi sull'accesso ad una determinata attività produttiva, sul controllo sui prezzi, e così via) è stata criticata in dottrina in quanto “*si finisce per far coincidere con la regolazione ogni forma di ingerenza pubblica nell'economia*”. V. sul punto. L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino 2002, p. 85. V. anche S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna 2000, part. p. 12.

²¹² Sul punto, v. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, cit., il quale evidenzia la contraddizione a cui ha portato il processo di liberalizzazione, (“*un autentico paradosso*”): l'entrata di nuovi operatori nei mercati liberalizzati, infatti, ha reso necessario disciplinare gli spazi tra le imprese del settore, stabilire criteri per l'uso delle risorse scarse appetite tra più operatori. Dunque, secondo l'A. “*ciò che si guadagna sotto il profilo dell'iniziativa si perde sotto quello dell'attività economica*”, con conseguente innesto di un “*circolo vizioso*”, in quanto “*l'apertura alla concorrenza produce la necessità di regolazioni che fanno arretrare l'applicazione della disciplina della concorrenza (e l'azione della relativa autorità)*”, consegnando “*alla regolazione e ai regolatori un campo vasto che prima questi non avevano*” (p. 16).

²¹³ Sul carattere della transitorietà, v. ancora S. CASSESE, op. ult. cit., che evidenzia come la regolazione rappresenti una “*fase temporanea, con successivo arretramento e riconsegna degli spazi alla concorrenza e alla relativa autorità*” e che, una volta terminata l'esigenza di garantire l'apertura dei mercati, “*regolazione e autorità di regolazione non scompaiono, ma, terminata la fase transitoria, restano con il compito di disciplinare il servizio universale e gli altri obblighi “sociali” di servizio pubblico*”, ovvero con il “*ruolo di amministratori delle risorse scarse*” (p. 25).

Nello stesso senso, v. anche P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.* 2018, pp. 337, secondo cui le misure di regolazione avrebbero sempre carattere transitorio e mutevole, potendo “*l'intervento pubblico essere progressivamente “sostituito” dall'autonomia privata,*

Ma cosa si intende per funzione di regolazione?

Per funzione di regolazione²¹⁴, con riferimento all'attività delle Autorità indipendenti, si intende – oltre ad una serie di compiti di vera e propria amministrazione (autorizzativi, consultivi, etc.) – la capacità di dettare regole (vincolanti o anche solo persuasive) di conformazione del comportamento degli operatori economici operanti nei settori oggetto di regolazione; di presidiare il loro effettivo rispetto da parte dei regolati, anche impartendo ordini di cessazione di comportamenti violativi o ancora irrogando sanzioni; e di risolvere in via stragiudiziale le liti eventualmente insorte tra i soggetti sottoposti a regolazione e coloro che degli effetti della regolazione beneficiano (ad esempio, tra operatore economico e cliente finale).

ovvero da meccanismi “spontanei” di mercato; oppure, viceversa, estendersi se necessario”, ciò che, secondo l'A. “aiuta a comprendere il c.d. carattere “transitorio” della regolazione in vista della progressiva apertura dei mercati”. Invero, secondo l'A., in considerazione della circostanza che l'attività di regolazione ha ad oggetto ambiti “formalmente e sostanzialmente privati, ovvero prioritariamente affidati alla libertà di iniziativa economica”, anche altri due elementi caratterizzerebbero la regolazione, ovvero la sussidiarietà e la proporzionalità, non potendo gli interventi di regolazione essere diretti a perseguire finalità sociali oltre quanto consentito da detti principi.

²¹⁴ Sulle varie nozioni di regolazione, v. N. RANGONE, *Regolazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, V, Milano 2006, pp. 5057 ss.; G. CORSO, *Attività economica private e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 629 ss.; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino 1999; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit.; F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. ec.*, 2018, pp. 697 ss., il quale qualifica la regolazione come “concetto indistinto”; S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, cit. pp. 11 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i poteri impliciti*, in *Dir. amm.* 2007, pp. 703 ss., part. p. 730 ove l'A. definisce la regolazione come “funzione di controllo continuo e focalizzato, esercitato da una agency pubblica, in ordine ad una attività o un settore cui si attribuisce particolare rilevanza sociale” controllo che si esplica “in attività positiva (atti di indirizzo, regolamenti, autorizzazioni, ecc.), sia in attività successiva di verifica, sia in attività di moral suasion, sia in attività propositiva”; F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna 2007, part. p. 69: “che cos'è ... la regolazione delle autorità amministrative indipendenti? Non è una normale attività autoritativa di una amministrazione pubblica classificabile secondo le categorie elaborate da Otto Mayer, da Zanobini o riassuntivamente elencate nelle vecchie edizioni del Landi e Potenza. Sono atti sostitutivi di negozi privati. La pubblica amministrazione, sub specie di autorità amministrativa indipendente, fa quello che i privati non fanno o non vogliono fare, sostituendo a negozi privati decisioni amministrative”; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'autorità per l'energia elettrica e il gas e il Governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, pp. 435 ss.; ID, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit.. Nella letteratura statunitense v. T. DANTITH, *Regulation*, in *International encyclopedia of comparative law, State and Economy*, XVII, 1995, ove si individua un primo significato del termine “as the act of controlling, directing or governing according to a rule, principle or system” e un secondo significato connesso alle discipline economiche come “all acts of the state that control or alter the activity of markets” e che coinvolge “a very wide range of mechanisms of intervention, both general and individual, including not only rules restricting the behaviour of market actors but also subsidies, taxation, laws altering property rights, or non-market provision of services”. Interessante osservare che l'A. individua un ulteriore significato al termine regulation “in opposition to legislation”, osservando che “most if not all legal systems recognize a difference between laws, the normative production of the democratically elected legislature, and regulations, legally binding rules made by the executive government, wheter in pursuance of delegated or constitutionally co-ordinate authority”.

Se si intende la nozione di regolazione dal punto di vista teleologico, come espressione della capacità delle Autorità indipendenti, attraverso l'esercizio dei diversi poteri loro attribuiti, di conformare il settore ove operano e quindi determinare il comportamento degli operatori sottoposti alla regolazione, potrebbero ricondursi (non senza qualche difficoltà, attesa la loro differente natura giuridica) anche quegli atti adottati dalle Autorità indipendenti aventi i caratteri di normazione secondaria (su cui v. *infra*).

In dottrina, non vi è uniformità di vedute.

A fronte di chi sussume nella funzione di regolazione amministrativa (non solo delle Autorità indipendenti) anche tutte le tipologie di atti – non solo amministrativi, ma addirittura di normazione²¹⁵ – vi è chi evidenzia la necessità di tenere al di fuori della nozione di funzione di regolazione amministrativa gli atti normativi (di normazione secondaria adottati dalle Autorità indipendenti), i quali non potrebbero essere ascritti alla nozione di atti di regolazione, appartenendo questi ultimi invece alla categoria degli atti amministrativi generali²¹⁶.

²¹⁵ M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.* 2013, pp. 607 ss., ove l'A. sottolinea che per regolazione si intende, in un'accezione estesa del termine, *“un'attività che può concretarsi in provvedimenti puntuali tradizionali (come autorizzazioni ad imprese o sanzioni pecuniarie), ma include anche e soprattutto decisioni di tipo quasi-giudiziale, come quelle adottate dalle autorità antitrust per la risoluzione di casi concreti, e ricomprende altresì l'emanazione di regolamenti, di standard, di criteri generali, riconducibili all'idea di un'attività normativa o quasi-normativa (corrispondente al rulemaking angloamericano)”*. V. anche A. LALLI, *La valutazione distortiva del mercato: profili amministrativi e giurisdizionali*, cit.; M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Quaderni del Consiglio di Stato, Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino 1999, pp. 9 ss., ove l'A. per poteri di regolazione intende *“il potere di emanare regolamenti in senso proprio, atti amministrativi generali e ogni altro tipo di atto volto a indirizzare e conformare i comportamenti dei soggetti regolamentati”*; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino 2007, part. p. 110: *“la regolazione non si identifica tout court con la produzione di regolamenti. Essa non coincide con la potestà regolamentare intesa come potestà normativa, perché ha una valenza più ampia ... La regolazione può essere descritta come funzione di controllo o vigilanza su un settore od attività considerata rilevante sul piano socio-economico, la quale si esprime in attività positiva (atti di indirizzo, regolamenti, autorizzazioni, misure accessorie ad atti autorizzativi), in attività di successiva verifica, ovvero anche in attività di moral suasion o di proposta”*. Dunque, secondo l'A. la regolazione è *“l'insieme di quelle correzioni, connotate da elasticità, alta competenza tecnica e specialistica, che sono necessarie al libero mercato”* (p. 111).

²¹⁶ P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit. pp. 337 ss. Nel saggio l'A. richiama il parere del Consiglio di Stato n. 855/2016 sullo schema di Codice dei contratti pubblici che, analizzando le linee guida dell'Anac, ha evidenziato che laddove le stesse sono recepite con decreto ministeriale *“sono considerate veri e propri regolamenti; ciò per la chiara efficacia innovativa nell'ordinamento, che si accompagna ai caratteri di generalità e astrattezza delle disposizioni ivi previste”*, con la conseguenza che *“in tal caso, siamo dunque fuori dalla categoria degli atti di regolazione”*. Nel parere, il Consiglio di Stato, al contrario, qualifica come *“atti di regolazione”*, rientranti nel *genus* degli amministrativi generali, le linee guida vincolanti dell'ANAC.

Nello stesso senso, v. anche V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO, *Arbitri dei mercati*, cit., part. p. 77, ove l'A. distingue dall'attività di regolazione propria delle Autorità *“che si esprime in varia tipologia di poteri amministrativi, a carattere puntuale o generale, poteri ablatori, autorizzatori, sanzionatori, ecc., poteri anche giustiziali in determinati casi, intesi tutti al governo del settore, operanti nell'ambito*

La giurisprudenza, nei rari casi in cui si è occupata della questione, appare privilegiare la seconda impostazione²¹⁷.

Appare preferibile la seconda impostazione, che esclude dalla nozione di funzione di regolazione gli atti di normazione secondaria adottati dalle Autorità indipendenti, maggiormente formalistica e più rispettosa della diversità di natura giuridica dei due tipi di atti (normativo l'uno, amministrativo l'altro), anche in considerazione della diversità dei problemi, anche di ordine costituzionale, che l'attribuzione di poteri normativi in senso stretto (e non anche di poteri amministrativi) pone.

Anche se, si badi, sotto taluni profili – si pensi, ad esempio, alla partecipazione procedimentale ovvero al sindacato giurisdizionale sugli atti stessi, ma anche all'effetto ultimo prodotto sia dagli uni che dagli altri (la conformazione delle condotte dei soggetti regolati, appunto) – la distinzione tra le due categorie tende a sfumare nel campo oggetto della nostra analisi, dando luogo a un progressivo avvicinamento tra le nozioni.

Ciononostante, non si può non rilevare la differenza ontologica tra le due funzioni: amministrativa l'una (quella di regolazione), normativa l'altra, e cioè intesa alla produzione di norme giuridiche vincolanti che costituiscono fonti del diritto.

Occorrerà, pertanto, analizzare il potere normativo delle Autorità indipendenti – con tutti i profili problematici che lo stesso pone con riferimento a principi fondamentali quali il principio di legalità e il connesso principio democratico – separatamente dagli altri poteri di cui le Autorità sono dotate, che attengono più propriamente alla funzione di regolazione.

Tuttavia, prima di procedere a tale analisi, occorre una notazione preliminare.

Merita infatti di essere sottolineato che le Autorità indipendenti, pur essendo istituite al fine di regolare i settori cui sono deputate e vigilare sulla correttezza del comportamento degli operatori, e pur essendo ad esse attribuite competenze (anche normative) pressoché esclusive (come si vedrà), agiscono all'interno di una serie di relazioni con altri soggetti dell'ordinamento (*in primis*, Parlamento e Governo).

Pur riconoscendo l'importanza dei compiti e delle funzioni svolte dalle Autorità, non si può ritenere che la regolazione delle Autorità indipendenti costituisca l'unica fonte di disciplina dei settori cui sono deputate, e che soltanto alle Autorità

dell'ordinamento sezionale" (riprendendo la nota terminologia utilizzata da M.S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, cit.) l'attività normativa in senso tecnico, di carattere secondario, esercitata dalle Autorità indipendenti mediante l'adozione di regolamenti.

²¹⁷ V. parere del Consiglio di Stato cit. n. 855/2016, sul quale si tornerà *infra*.

indipendenti spetti la normazione (secondaria) e la regolazione (intesa nel senso che si è detto, come comprensiva degli altri poteri – di vigilanza, sanzionatori, consultivi, prescrittivi, etc. – che hanno per effetto la conformazione del mercato).

In dottrina, si è infatti osservato che “nessun attore dell’arena pubblica, protagonista o comprimario, agisce in modo isolato”. E dunque neppure le Autorità indipendenti possono essere considerate le uniche attrici dello “spazio regolatorio”²¹⁸.

Tuttavia, non mancano voci discordi, che minimizzano l’intervento di altri soggetti nell’“area riservata” alle Autorità²¹⁹.

A volte, tuttavia, la linea di demarcazione tra le competenze attribuite alle Autorità indipendenti e quelle degli altri attori dello “spazio regolatorio” (e segnatamente il Governo) non è così chiara e definita, e tale incertezza, nella peggiore delle ipotesi, potrebbe consentire all’autorità governativa di invadere spazi che dovrebbero essere riservati all’attività delle Autorità indipendenti²²⁰, pregiudicando così il carattere di indipendenza che abbiamo visto essere caratteristico del modello.

Resta comunque fermo quanto si è già osservato in ordine alle conseguenze in punto di compatibilità con il diritto europeo derivanti da un’eventuale ingerenza degli organi governativi in attività proprie delle Autorità indipendenti. La giurisprudenza europea, infatti, è ferma nel ritenere contrastanti con il diritto europeo eventuali sconfinamenti

²¹⁸ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 29. L’A. in particolare individua ben otto categorie di rapporti (verticali e orizzontali) intercorrenti nello “spazio regolatorio” tra le Autorità e gli altri interlocutori, e cioè Parlamento, Governo e burocrazie ministeriali, Unione europea, Regioni, autorità consorelle, imprese regolate, magistratura e opinione pubblica, a riprova del fatto che “lo spazio regolatorio in cui operano le autorità indipendenti è particolarmente affollato” (p. 30).

²¹⁹ È questa la tesi di F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna 2000, che ricostruisce i rapporti tra Autorità indipendenti e potere politico in termine di assoluta separazione, relegando gli organi politici a ruoli estremamente limitati anche in punto di attribuzioni ad essi spettanti. Nel modello delineato dall’A. infatti accanto ai regolatori indipendenti non potrebbero operare (per la disciplina e la vigilanza dei mercati) organi politici portatori di “interessi al di fuori del mercato”.

²²⁰ Su tali aspetti, con particolare riguardo al riparto di competenze tra ARERA e il Ministero dello Sviluppo Economico, v. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l’autorità per l’energia elettrica e il gas e il Governo*, cit.. Nel saggio, l’A. cerca di individuare una logica sottesa alle disposizioni legislative relative al riparto di competenze, evidenziando che “sembra emergere la propensione del legislatore ad imputare al Ministero dello sviluppo economico le competenze che abbiano una valenza lato sensu politica”. Per il settore delle comunicazioni elettroniche, v. M. LIBERTINI, *I rapporti tra Ministero e Autorità garante delle comunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, pp. 1287 ss.

Per le competenze del Ministero dello Sviluppo Economico in materia sia di energia elettrica che di comunicazioni elettroniche, v. d.lgs. 30.7.1999, n. 300 e DPCM 19.6.2019, n. 93, *Regolamento concernente l’organizzazione del Ministero dello sviluppo economico*, e, in particolare, l’art. 8, sulle competenze della Direzione generale per l’approvvigionamento, l’efficienza e la competitività energetica; l’art. 9 sulle competenze della Direzione generale per le infrastrutture e la sicurezza dei sistemi energetici e geominerari; l’art. 10 sui compiti della Direzione generale per le tecnologie delle comunicazioni e la sicurezza informatica - Istituto superiore delle comunicazioni e delle tecnologie dell’informazione, e l’art. 11 sui compiti della Direzione generale per i servizi di comunicazione elettronica, di radiodiffusione e postali.

degli altri attori dello spazio regolatorio nell'area riservata alle Autorità, che minerebbero alla loro indipendenza²²¹.

2. La funzione normativa delle Autorità indipendenti

2.1. Premessa. Poteri di regolamentazione interna e aventi efficacia esterna. Poteri formalmente normativi o (solo) sostanzialmente normativi.

Uno dei nodi più spinosi che il tema delle Autorità indipendenti pone è quello dell'attribuzione ad esse di poteri di normazione secondaria²²².

L'analisi del potere normativo delle Autorità indipendenti comporta la necessità di affrontare alcune questioni problematiche, tra cui l'individuazione dei caratteri dell'atto normativo secondario al fine di distinguere lo stesso dall'atto amministrativo a contenuto generale; l'analisi della norma attributiva del potere normativo per verificare l'effettivo rispetto del principio di legalità e del principio democratico; la collocazione degli atti normativi delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti.

Si cercherà pertanto di analizzare i singoli punti critici evidenziati, fornendo altresì una casistica di atti di regolazione di ARERA e AGCom, per verificare la riconduzione

²²¹ V. sul punto, Corte Giust., 26.7.2017, C-560/15, *Europa Way Srl*, cit. (nota n. 166 del Cap. I), che, in ordine ad una domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata in un giudizio nazionale relativo ad una procedura di selezione per l'assegnazione di radiofrequenze digitali (indetta dal MISE sulla base di un atto di regolazione dell'AGCom) successivamente dapprima sospesa dal Ministero e successivamente annullata dal legislatore nazionale (art. 3 *quinquies*, d.l. 2.3.2012, n. 16, conv. l. 26.4.2012, n. 44), ha sottolineato che non è compatibile con il diritto europeo “l'annullamento, da parte del legislatore nazionale, di una procedura di selezione per l'assegnazione di radiofrequenze in corso di svolgimento organizzata dall'ANR competente ... che era stata sospesa da una decisione ministeriale”. Sul punto, la Corte ha precisato che “l'indipendenza [dell'Autorità] sarebbe compromessa se fosse consentito ad enti esterni, quali il Ministro dello sviluppo economico italiano ed il legislatore italiano ... di sospendere o persino annullare ... una procedura di selezione ... in corso di svolgimento organizzata sotto la responsabilità della citata autorità”.

²²² Invero, come osservato in dottrina, l'attribuzione di poteri normativi alle Autorità indipendenti rientra nel processo di moltiplicazione dei centri di produzione normativa, nell'ambito del quale “sempre maggior rilievo, quantitativo e qualitativo, assumono i poteri regolamentari attribuiti dalla legge alle Autorità indipendenti”: A. ROMANO TASSONE, *Normazione secondaria*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano 2005, pp. 77 e 78.

In dottrina, è stato peraltro rilevato che l'attribuzione di poteri normativi alle Autorità indipendenti non riveste il carattere della indispensabilità. V. sul punto, A. D'ATENA, *Il sistema delle fonti come variabile “dipendente”*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, che nutre delle riserve sulla tendenza del legislatore a dotare tali Autorità di “poteri propriamente normativi a rilevanza esterna” potendo le stesse “svolgere un ruolo di tutto rilievo, senza bisogno di valersi degli strumenti della normazione”, essendo a tal fine sufficienti semplici atti di regolazione, dotati di persuasività.

degli stessi nella categoria degli atti normativi o degli atti amministrativi a contenuto generale.

Preliminarmente occorre precisare che tutte le Autorità indipendenti sono dotate – al pari di ogni altra organizzazione amministrativa – della potestà regolamentare²²³ in ordine all'organizzazione interna e al relativo funzionamento, nonché in ordine alla gestione finanziaria e contabile.

I regolamenti adottati nell'esercizio di tale potestà non comportano problemi di ordine sistematico, essendo gli stessi riconducibili nell'ambito dell'autonomia organizzativa delle amministrazioni e degli enti pubblici in generale²²⁴.

Nell'ambito di tale categoria, possono ricondursi anche i regolamenti adottati (a volte in applicazione di espresse disposizioni di legge²²⁵) dalle Autorità per disciplinare i procedimenti da svolgersi innanzi alle stesse, pur producendo detti regolamenti dei limitati effetti esterni nei confronti dei soggetti regolati²²⁶.

²²³ In dottrina, sulla potestà regolamentare in generale, v. G. ZANOBINI, *La potestà regolamentare e le norme della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pp. 553 ss.; M.S. GIANNINI, *Regolamento: a) problematica generale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, p. 601 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, Il L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova 1984, pp. 122 ss.; G. GRECO, *I regolamenti amministrativi*, Torino 2001.

²²⁴ Per l'AGCM, v. delibera in data 24.5.2017, n. 26614, *Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*; delibera in data 28.10.2015, n. 25690, *Regolamento concernente la disciplina dell'autonomia contabile*; T.U. delle norme concernenti il personale e l'ordinamento delle carriere: provvedimento n. 27374 deliberato nell'Adunanza del 10.10.2018. Per ARERA, v. delibera in data 2.2.2018, n. 57/2018/A e relativo Allegato A, *Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente* e delibera n. 343/2016/A e relativo Allegato A contenente il Regolamento di contabilità; il Regolamento del personale e ordinamento delle carriere, da ult. modif. delibera in data 19.12.2013, n. 589/2013/A. Per AGCom v. delibera in data 27.4.2012 n. 223/12/CONS come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/CONS del 28.12.2020 e delibera n. 17/98 in data 16.6.1998 e relativi Allegati B e C, contenenti rispettivamente il regolamento per la gestione amministrativa e la contabilità e il regolamento concernente il trattamento giuridico ed economico del personale. Per il Garante della protezione dei dati personali, v. delibera in data 28.6.2000, di approvazione dei Regolamenti n. 1/2000 sull'organizzazione e il funzionamento dell'ufficio del Garante, n. 2/2000 sul trattamento giuridico ed economico del personale e n. 3 sulla gestione amministrativa e la contabilità. Per ANAC, v. Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'ANAC (approvato con delibera n. 1125 in data 4.12.2019 e succ. modif.) e nel Regolamento sull'ordinamento giuridico ed economico del personale (approvato in data 9.1.2019 e succ. modif.).

²²⁵ Come per l'AGCM, la cui legge istitutiva n. 287/1990 all'art. 10, co. 5 prevede che “con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, sentito il Ministero del tesoro, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sono stabilite procedure istruttorie che garantiscono agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio e la verbalizzazione”.

²²⁶ Per le procedure istruttorie innanzi all'AGCM v. D.P.R. 30.4.1998, n. 217, *Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, per i procedimenti rientranti nell'ambito di applicazione della l. n. 287/1990. Per i procedimenti afferenti alle altre competenze dell'AGCM v. la delibera AGCM in data 1.4.2015, n. 25411, *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore*; la delibera in data 16.11.2004, n. 13779, *Regolamento sul conflitto di interesse*; delibera in data 12.11.2012, *Regolamento attuativo in materia di rating di legalità*.

Per i procedimenti innanzi ad ARERA v. D.P.R. 9.5.2001, n. 244, *Regolamento recante disciplina delle procedure istruttorie*; la deliberazione in data 23.12.2014 n. 649/2014/A e relativo Allegato A,

Perplessa è invece l'attribuzione ad Autorità indipendenti di poteri normativi “con efficacia esterna” aventi ad oggetto la disciplina di alcuni aspetti del settore oggetto di regolazione, e dotati dell'attitudine a produrre effetti nei confronti della generalità dei soggetti ivi operanti; attribuzione che invero può ritenersi quale logica conseguenza del pluralismo istituzionale (e normativo) che caratterizza lo Stato contemporaneo²²⁷.

È affermazione pacifica che le Autorità indipendenti, nell'esercizio della funzione normativa, dettino le regole (cogenti) per il corretto funzionamento del settore (del mercato) cui sono preposte.

Tale affermazione è vera solo per alcune Autorità indipendenti, ovvero per quelle Autorità alla cui cura è affidato un mercato (ARERA e AGCom), e in misura ridotta -

Disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione, e la deliberazione in data 14.6.2012 n. 243/2012/E/COM e relativo Allegato A, Regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni.

Per i procedimenti innanzi all'AGCom, v. il Regolamento in materia di procedure sanzionatorie: delibera n. 410/14/CONS del 29.7.2014, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 581/15/CONS del 16.10.2015; il Regolamento sulla disciplina dei tempi dei procedimenti: delibera n. 401/10/CONS del 22.7.2010, come modificata e integrata dalle delibere n. 456/11/CONS del 22.6.2011 e n. 118/14/CONS del 13.3.2014; il Regolamento sulle procedure per lo svolgimento delle funzioni ispettive e di vigilanza dell'Autorità: delibera n. 220/08/CONS del 7.5.2008, come modificata e integrata dalla delibera n. 710/13/CONS del 12.12.2013; il Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche: delibera n. 203/18/CONS del 24.4.2018; il Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori: delibera n. 226/15/CONS del 20.4.2015, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 449/16/CONS del 4.10.2016; il Regolamento concernente la procedura di consultazione pubblica: delibera n. 107/19/CONS del 5.4.2019.

Per i procedimenti innanzi al Garante della protezione dei dati personali, v. il recente regolamento n. 1/2019, concernente le procedure interne aventi rilevanza esterna, finalizzate allo svolgimento dei compiti e all'esercizio dei poteri demandati al Garante per la protezione dei dati personali, adottato con delibera GDPR 4.4.2019.

²²⁷ Sul punto, v. A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli 1983, part. p. 51, ove si sottolinea che “in una società e in un sistema così congegnato, i cui elementi sono diventati tanto intensamente bisognosi di disciplina – e in buona parte tecnica – e vogliosi di autonomie, i centri di normazione sono venuti naturalmente a moltiplicarsi, diffondendosi perciò su vasta scala la portata normativa delle più diverse autorità amministrative”. Nel saggio, l'A. evidenzia, con una certa lungimiranza invero, come in tale quadro i regolamenti del Governo rappresentano “una soltanto ... delle numerose forme di estrinsecazione della potestà normativa conferita dall'ordinamento alle pubbliche amministrazioni e destinate a disciplinare non più soltanto, o prevalentemente, l'organizzazione e le attività amministrative e i rapporti tra le single amministrazioni ... ma anche, e sempre più diffusamente, rapporti interpretativi” e che detta tendenza è affermata anche in altre esperienze, come quella americana, caratterizzata dall'attribuzione di potestà normative alle *regulatory commissions*.

Nello stesso senso, anche con riguardo al potere normativo delle Autorità indipendenti, v. F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti* (2004), in N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit. part. p. 207, ove l'A. sottolinea come “il pluralismo (culturale, istituzionale, sociale, politico) che caratterizza la società contemporanea non possa non ripercuotersi sia sul sistema normativo che su quello istituzionale, dando così vita rispettivamente ad un pluralismo normativo ed ad un pluralismo istituzionale-amministrativo”.

In giurisprudenza, in tal senso v. Cons. St., sez. consultiva atti normativi, Ad. 14.2.2005, n. 11603/2005, sullo schema di decreto legislativo relativo al Codice delle assicurazioni, ove si afferma che “il “policentrismo normativo” che la legislazione italiana è venuta configurando si collega alla sempre più vasta distribuzione delle funzioni pubbliche fra una pluralità di soggetti, anche al di fuori dell'apparato governativo e ministeriale”.

in considerazione del fenomeno, di cui si è detto, di trasformazione in organi di Autorità indipendenti europee - per altre (Banca d'Italia, Consob e IVASS)²²⁸.

Non sono invece dotate di poteri (formalmente) normativi l'AGCM e il Garante della Privacy, anche se parte della dottrina tende a riconoscere l'esistenza in capo alle stesse di "poteri normativi sostanziali"²²⁹.

²²⁸ Sul potere normativo esercitato dalla Banca d'Italia mediante l'adozione delle c.d. istruzioni di vigilanza e i relativi aggiornamenti v. il saggio di B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in Osservatorio sulle fonti, cit.; V. CERULLI IRELLI, *La vigilanza regolamentare*, in *Mondo bancario* 1994, pp. 32 ss.

²²⁹ P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle Autorità indipendenti*, Torino 2005, che evidenzia il consistente "sviluppo di poteri normativi sostanziali delle Autorità", avendo "Autorità formalmente titolari di soli poteri provvedimentali ... esercitato un potere di tipo diverso e che variamente possono essere ricondotti all'area dei poteri normativi". Nello stesso senso, v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., part. p. 127, ove l'A. evidenzia uno "scolorimento della categoria delle fonti sublegislative" dato dal venir meno della "distinzione tra procedimenti normativi e procedimenti autorizzatori: i primi volti a porre regole di tipo generale, i secondi la disciplina di un singolo rapporto giuridico tra l'amministrazione competente e il privato che ha presentato l'istanza volta al rilascio del provvedimento". Con particolare riguardo al Garante della protezione dei dati personali, si v. il saggio di A. FROSINI, *Gli atti normativi del Garante per la protezione dei dati personali*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 3678 ss. ove l'A. evidenzia che "emerge con evidenza uno scollamento tra la veste formale e il contenuto dei provvedimenti generali esaminati, i quali si presentano formalmente come atti amministrativi, ma sostanzialmente caratterizzati dai connotati tipici degli atti normativi".

È il caso delle autorizzazioni generali del Garante della protezione dei dati personali che possono essere emanate per categorie di destinatari, in assenza di un'istanza di parte, che disciplinano in via generale e astratta le modalità di trattamento, conservazione, comunicazione e diffusione dei dati, originariamente disciplinate dall'art. 40, d.lgs. n. 196/2003 (ora abrogato dall'art. 22, co. 6, d.lgs. 10.8.2018, n. 101), ai sensi del quale "le disposizioni del presente codice che prevedono un'autorizzazione del Garante sono applicate anche mediante il rilascio di autorizzazioni relative a determinate categorie di titolari o di trattamenti, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana". La nuova disciplina dell'autorizzazione generale è ora contenuta nell'art. 21, d.lgs. n. 101/2018, il quale prevede espressamente che "il Garante ..., con provvedimento di carattere generale da porre in consultazione pubblica ... individua le prescrizioni contenute nelle autorizzazioni generali già adottate ... che risultano compatibili con le disposizioni [del regolamento UE 2016/679] ... e, ove occorra, provvede al loro aggiornamento" all'esito del procedimento di consultazione pubblica. Sembra quindi che anche il legislatore abbia assunto la consapevolezza circa il contenuto sostanzialmente normativo di tale autorizzazione generale. Del resto, in applicazione dell'art. 21 cit., il Garante con provvedimento in data 5.6.2019, n. 146 (pubblicato nella G.U. del 29.7.2019, n. 176) ha dettato "Prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati", la cui analisi consente di ritenere che si tratta di un vero e proprio atto normativo dal punto di vista sostanziale. Recentemente, in recepimento del Regolamento n. 679/2017UE, l'art. 2 quinquiesdecies d.lgs. n. 196/2003 ha attribuito al Garante il potere di prescrivere "con provvedimenti di carattere generale adottati d'ufficio ... misure e accorgimenti a garanzia dell'interessato, che il titolare del trattamento è tenuto ad adottare", nei casi in cui un tipo di trattamento che comporta l'uso di nuove tecnologie e che può presentare "un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche", connessi all'esecuzione di un compito di interesse pubblico, in considerazione della natura, dell'oggetto, del contesto e delle finalità del trattamento.

Altro esempio di atto sostanzialmente (ma non formalmente) normativo è l'autorizzazione generale alla fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica, definita dall'art. 1, co. 1, lett. g), d.lgs. n. 259/2003, con terminologia di origine europea, come "regime giuridico che disciplina la fornitura di reti o di servizi di comunicazione elettronica, anche ad uso privato, ed i relativi obblighi specifici per il settore applicabili a tutti i tipi o a tipi specifici di servizi e di reti di comunicazione elettronica, conformemente al Codice".

Sulla autorizzazione generale di cui all'art. 1, co. 1, lett. g) cit. M. CLARICH, in *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., pp. 127 ss. ha infatti osservato che "l'autorizzazione generale, che è sganciata da un procedimento amministrativo in senso proprio, che si apre con un'istanza che a

Al fine di poter ascrivere gli atti di regolazione adottati dalle Autorità indipendenti alla categoria degli atti normativi secondari, appare preliminarmente necessario individuare i tratti caratterizzanti la concreta manifestazione del potere normativo, e cioè l'atto di normazione secondaria, come fonte del diritto.

2.2. Brevi cenni sui caratteri dell'atto normativo: generalità, astrattezza e innovatività.

Come noto, la nozione di atto normativo – di normazione secondaria – come fonte del diritto è di elaborazione dottrinale²³⁰.

Non esiste nel nostro ordinamento – e a differenza della legge²³¹ – una nozione positiva di atto normativo secondario, nella quale siano indicati con precisione gli elementi (formali e sostanziali) al ricorrere dei quali un atto può essere qualificato come tale.

sorgere il dovere di procedere e provvedere in modo esplicito ... mantiene soltanto una funzione normativa in senso proprio”.

Ed ancora, parte della dottrina ha qualificato come sostanzialmente normativi i provvedimenti AGCM di autorizzazione in deroga al divieto di intese restrittive, che possono riguardare anche “categorie di intese vietate” (art. 4, co., 1, l. n. 287/1990). Sul punto, v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit. p. 128; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino 2002, p. 343; P. MILAZZO, *Aspetti del potere regolamentare dell'Autorità garante della concorrenza ed il mercato*, in P. CARETTI (a cura di), *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, cit., part. pp. 48 ss.

Altra dottrina sostiene che siano espressione di “potere implicito di regolazione” sia la diffida di cui all'art. 15 l.n. 287/1990 oltre che gli impegni di cui all'art. 14 ter l.n. 287/1990, su cui *infra*. V. sul punto G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit. part. pp. 767 ss., ove l'A. sottolinea criticamente come in alcuni casi la diffida abbia un contenuto conformativo, valido *pro futuro*, e sia pertanto espressione di “regolazione, cioè un quid pluris rispetto al potere tipico dell'Autorità di garanzia”, osservando che “le obbligazioni imposte risponderanno pure a principi concorrenziali, ma non sta ad AGCM dare regolazioni *ex ante*” e incisivamente che “la motivazione non può essere un *pass-partout* per imporre surrettiziamente obblighi di cui l'AGCM non può essere la fonte”.

²³⁰ Sull'atto normativo in dottrina v. A. DE VALLES, *Regolamenti ministeriali e ordinanze generali*, in *Foro it.* 1951, IV, pp. 97 ss.; M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, II, pp. 402 ss.; G. GUARINO, *Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro it.* 1953, I, pp. 537 ss.; V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, pp. 238 ss.; F. MODUGNO, S. NICCOLAI, *Atti normativi*, in *Enc. giur.*, III, Roma 1988, agg. 1997; G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, pp. 1494 ss. V. anche A. ROMANO TASSONE, *Normazione secondaria*, cit., part. p. 48 ove l'A. evidenzia che malgrado la sua importanza, la legge non costituisce l'unica fonte del diritto amministrativo, anche in considerazione delle “esigenze di una società moderna, le cui fonti disciplinari devono sempre più soddisfare requisiti di snellezza operativa e rapidità di intervento che la legge certamente non possiede”, ricostruendo minuziosamente l'elaborazione dottrinale circa la nozione di atto di normazione secondaria.

²³¹ La normazione primaria – oltre che, ovviamente, quella di rango costituzionale – è facilmente individuabile sulla base di precisi requisiti formali, essendo la disciplina del procedimento per l'adozione (procedimento legislativo) puntualmente previsto dalla Costituzione.

Né può essere utilizzato in via generale un criterio di carattere formale per l'individuazione dell'atto di normazione secondaria. Ed infatti, soltanto per i regolamenti adottati dal Governo (emanati con decreto del Presidente della Repubblica) e per i regolamenti ministeriali e interministeriali, la legge (art. 17, co. 4, l. 23.8.1988, n. 400) disciplina uno specifico procedimento, che prevede l'espressione del parere da parte del Consiglio di Stato, la sottoposizione al visto ed alla registrazione della Corte dei conti e la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale²³².

A fronte dell'inadeguatezza del solo criterio formale per la qualificazione di un atto come normativo secondario, la dottrina²³³ ha elaborato un criterio - generalmente seguito anche in giurisprudenza²³⁴ - di tipo materiale o sostanziale.

²³² L'art. 15, co. 1, DPR 28.12.1985, n. 1092, *Testo unico delle disposizioni sulla promulgazione delle leggi, sulla emanazione dei decreti del Presidente della Repubblica e sulle pubblicazioni ufficiali della Repubblica italiana*, stabilisce che nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana "si inseriscono e si ripubblicano", oltre alle leggi costituzionali, alle leggi ordinarie e agli atti aventi forza di legge "gli altri decreti, del Presidente della Repubblica, del Presidente del Consiglio dei Ministri e ministeriali, nonché le delibere e gli altri atti di Comitati di Ministri che siano strettamente necessari per l'applicazione di atti aventi forza di legge e che abbiano contenuto normativo".

La sottoposizione al parere del Consiglio di Stato e al visto e alla registrazione della Corte dei conti non si estendono ai regolamenti adottati dalle Autorità indipendenti, essendo espressamente previsti soltanto per i regolamenti di cui all'art. 17 l.n. 400/1988.

In dottrina, v. V. CERULLI IRELLI, *Costituzione e amministrazione*, Torino 2002, p. 362, secondo il quale, ad eccezione della emanazione con decreto del Presidente della Repubblica, tipico degli atti normativi del Governo, gli altri due passaggi "che attengono propriamente al controllo della legittimità, dovrebbero essere previsti per gli atti normativi delle Autorità indipendenti; non solo per una esigenza di controllo in se stessa, ma anche perché non si riuscirebbe a spiegare la diversità di disciplina rispetto agli atti normativi del Governo".

²³³ L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, V, agg. 2001; V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità indipendenti*, cit.; v. anche A. ROMANO TASSONE, *Normazione secondaria*, cit., part. pp. 51 ss.

²³⁴ Nella giurisprudenza costituzionale, v. Corte cost. n. 278/2010, che individua il potere di normazione - e dunque l'atto di normazione secondaria - nella "produzione di norme generali ed astratte, con cui si disciplinano i rapporti giuridici, conformi alla previsione normativa, che possano sorgere nel corso del tempo"; al contrario, si è al cospetto di un atto amministrativo generale laddove la potestà esercitata dall'amministrazione "esprime una scelta di carattere essenzialmente tecnico, con cui l'amministrazione persegue la cura degli interessi pubblici a essa affidati dalla legge" con un atto "la cui sfera di efficacia si esaurisce e si consuma entro i limiti, obiettivi e temporali, della scelta stessa".

Nella giurisprudenza civile v. Corte Cass., S.U., 28.11.1994, n. 10124, secondo cui "a differenza degli atti e provvedimenti amministrativi generali - che sono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono rivolti alla cura concreta d'interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili - i regolamenti sono espressione di una potestà normativa attribuita all'amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti aventi i caratteri della generalità e dell'astrattezza".

Nella giurisprudenza amministrativa v. Cons. St., Ad. plen., 4.5.2012, n. 9 ove al fine di distinguere tra atto normativo e atto amministrativo generale, il Consiglio di Stato ricorre ad un criterio materiale, costituito dal "requisito della indeterminabilità dei destinatari", rilevando che "è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare,

In base a tale criterio un atto, formalmente amministrativo, ha natura normativa qualora il relativo contenuto sia caratterizzato da astrattezza e generalità. Deve trattarsi cioè di un atto le cui disposizioni “siano destinate a valere per tutti i possibili futuri casi concreti, e nei riguardi di tutti i possibili soggetti implicati in questi ultimi”²³⁵. Altro requisito ritenuto necessario è la c.d. innovatività, e cioè l’idoneità dell’atto “ad innovare nel sistema delle norme preesistenti”²³⁶.

L’assenza di una precisa indicazione legislativa in ordine alla nozione di atto normativo comporta conseguenze circa la distinzione con altri atti, c.d. amministrativi a contenuto generale²³⁷.

La distinzione tra atti a contenuto generale e atti regolamentari a contenuto normativo – non agevole in ragione dei confini labili tra le due categorie, essendo entrambi “atti amministrativi dal punto di vista soggettivo e dal punto di vista formale”²³⁸ – conserva rilievo in considerazione delle conseguenze circa il regime

una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti”, evidenziando sul punto che non è condivisibile l’orientamento secondo cui può essere qualificato come normativo soltanto l’atto che si indirizza, indistintamente, a tutti i consociati. Sul punto, infatti, l’Adunanza plenaria ha evidenziato che “l’ordinamento conosce innumerevoli casi di disposizioni “settoriali” della cui natura normativa nessuna dubita”, nell’ambito dei quali “la “generalità” e l’“astrattezza” che, come comunemente si riconosce, contraddistinguono la “norma”, non possono e non devono essere intesi nel senso di applicabilità indifferenziata a ciascun soggetto dell’ordinamento, ma, più correttamente, come idoneità alla ripetizione nell’applicazione (generalità) e come capacità di regolare una serie indefinita di casi (astrattezza)”. Dunque, il “carattere normativo di un atto non può pertanto essere disconosciuto solo perché esso si applica esclusivamente agli operatori di un settore ... dovendosi, al contrario, verificare, se, in quel settore, l’atto è comunque dotato dei sopradescritti requisiti della generalità e dell’astrattezza”.

In dottrina, sull’Ad. plen. n. 9/2012 cit. v. N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, pp. 1209 ss.

²³⁵ A.M. SANDULLI, *L’attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., p. 67

²³⁶ A.M. SANDULLI, *L’attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., p. 79

²³⁷ Sugli atti amministrativi generali v. A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1954, IV, 221 ss.. Più recentemente, v. M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, pp. 53 ss.; M.C. ROMANO, *Atti amministrativi generali*, in *Diz. dir. pubbl.*, Milano 2006 pp. 491 ss.; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova 2000.

²³⁸ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, Il L’ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 122.

Sul punto, v. V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità indipendenti*, in M. D’ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit. p. 78 : *gli atti normativi di rango secondario “restano ... ascritti a quelli propri della funzione amministrativa (atti amministrativi in senso tecnico, provvedimenti: artt. 2, 4, 5, l. n. 2248/1865, all. e); art. 26, t.u. Cons. St.) per quanto concerne le modalità della loro adozione (che seguono principi e regole dell’azione amministrativa), nonché per quanto concerne il sindacato giurisdizionale cui sono sottoposti (a tutela dei soggetti che per effetto di quegli atti possono essere lesi nei loro diritti o interessi protetti)”*. Sulla necessaria distinzione tra atti amministrativi generali e atti normativi v. anche C. TUBERTINI, *Riforma costituzionale e potestà regolamentare dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, pp. 935 ss.

giuridico applicabile ai relativi atti a seconda dell'ascrizione all'una o all'altra categoria, anche se in dottrina non vi è uniformità di vedute²³⁹.

Come noto, infatti, solo i regolamenti, in quanto atti normativi, sono fonti del diritto, e cioè “rappresentano una componente del sistema normativo della comunità nazionale” e sono “parte di quel complesso normativo che tutti gli appartenenti a questa sono tenuti ad osservare ... indipendentemente dall'averne effettiva conoscenza (*nemo jus ignorare censetur*); che i giudici sono tenuti ad applicare senz'altro *ex officio* (*iuria novit curia*), per il sol fatto dell'avvenuta pubblicazione dei singoli elementi che lo compongono ... e ad interpretare secondo le regole proprie (non ai contratti e agli altri atti non creativi di ordinamento giuridico, ma) agli atti normativi; che, se non osservato o falsamente applicato nelle sentenze, può esser causa dell'annullamento di queste da parte della Corte di cassazione”²⁴⁰. Inoltre, valgono con riferimento agli atti normativi i criteri interpretativi posti dall'art. 12 Preleggi.

Pur essendo chiare le differenze di regime giuridico applicabile, appare evidente come la qualificazione di un atto come normativo secondario o come amministrativo generale sia in ultima battuta rimessa all'interpretazione giurisprudenziale, chiamata ad individuare la ricorrenza nel singolo caso di specie dei caratteri che abbiamo visto essere propri degli atti normativi (astrattezza, generalità, innovatività).

²³⁹ In senso contrario, sul punto, v. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2019, part. parte I cap. II dedicata alla funzione di regolazione e alle fonti del diritto, ove l'A. evidenzia che la distinzione tra atti normativi e atti amministrativi generali ha scarsa rilevanza, essendo il loro regime quasi identico. Ed infatti, secondo l'A., a fronte dell'esclusione degli atti amministrativi generali dall'ambito di applicazione della l. n. 241/1990 il regime giuridico degli stessi ricalcherebbe quello degli atti normativi; per entrambi, infatti, non è richiesta la motivazione, né la partecipazione dei privati al procedimento inteso alla loro adozione. L'A. sottolinea, inoltre, come per molti atti amministrativi generali sia prevista la pubblicazione, che ne accentua la valenza regolatoria. Nello stesso senso, v. anche ID, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit. part. pp. 140 ss.

²⁴⁰ A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., pp. 9-10.

2.3. Casistica di atti adottati da ARERA e AGCom. Atti normativi o amministrativi generali?

Premessi tali brevi cenni in ordine ai caratteri degli atti di normazione secondaria, occorre analizzare alcuni atti generali adottati dalle principali Autorità di regolazione, e segnatamente da ARERA²⁴¹ e da AGCom, al fine di individuarne le caratteristiche e verificare la possibile ascrizione alla categoria degli atti normativi²⁴², ovvero alla categoria degli atti amministrativi generali.

Sul punto, merita di essere preliminarmente sottolineato che proprio nel settore delle Autorità indipendenti la distinzione – già difficoltosa, come visto – tra atti amministrativi generali e atti normativi secondari (coincidenti dal punto di vista formale) tende ad assottigliarsi in considerazione del contenuto degli atti adottati dalle Autorità che presenta in molti casi il carattere dell’innovatività che abbiamo visto caratterizzare (oltre alla astrattezza e alla generalità) la categoria della normazione secondaria²⁴³, oltre che dell’effetto ultimo prodotto di conformazione delle condotte dei soggetti sottoposti a regolazione.

E la distinzione appare ancor più spinosa in ragione del regime di pubblicità degli atti (sia normativi secondari che amministrativi generali), analogo per entrambe le categorie²⁴⁴, oltre che del procedimento partecipato attraverso cui le Autorità giungono all’adozione tanto dell’uno quanto dell’altro tipo di atto.

In giurisprudenza, la questione (nei limiti di rilevanza di cui si è detto, e cioè in punto di diversità di effetti - invalidità dei successivi atti contrastanti; deducibilità della

²⁴¹ In dottrina, sulla regolazione in materia di energia elettrica e, segnatamente, sui poteri normativi riconosciuti in capo ad ARERA, v. M.T. RIZZO, *L’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2014, pp. 1387 ss.; P. RANCI, *L’energia elettrica e il gas*, in G. TESAURO, M. D’ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, cit. pp. 129 ss.

²⁴² Si è infatti osservato che la questione circa l’ascrizione di un atto alla categoria degli atti normativi è sempre una “*questione di interpretazione*”. V. sul punto, V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in M. D’ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 80. Per un’analisi della regolazione delle Autorità indipendenti, con specifico riferimento ad ARERA, AGCom e ART, v. S. FOÀ, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura dal mercato*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 764 ss..

²⁴³ Nello stesso senso, v. M. RAMAJOLI, M. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit., che evidenzia la labilità della distinzione tra atti amministrativi generali e atti normativi con riferimento ad alcune delibere delle Autorità di regolazione non “*divergano dai tradizionali atti regolamentari dal punto di vista contenutistico e quindi dal punto di vista delle modalità di disciplina della materia*”, trattandosi di “*disposizioni che hanno la caratteristica della novità, introducendo condizioni e prescrizioni ulteriori rispetto a quelle fino a quel momento esistenti*” (p. 59).

²⁴⁴ Sotto il profilo formale, occorre evidenziare che tanto gli atti normativi veri e propri quanto gli atti amministrativi generali adottati dalle Autorità indipendenti sono sottoposti a un regime di pubblicità che ne garantisce la generale conoscibilità. Tali atti sono infatti generalmente pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica, a differenza degli atti amministrativi puntuali, i quali sono soggetti ad un regime di pubblicità meramente interno (sono generalmente pubblicati sul solo bollettino dell’Autorità).

violazione come motivo di ricorso in cassazione, etc. - che conseguono alla qualificazione di un atto come normativo) non si è posta; tuttavia, ciò non sottrae ad essa rilevanza sotto altri profili, e segnatamente sotto il profilo – problematico – dell’attribuzione alle Autorità di veri e propri poteri normativi.

2.3.1. Esempi di atti adottati da ARERA.

Una prima categoria di atti di ARERA riguarda la disciplina dell’accesso alla rete elettrica²⁴⁵ ed è finalizzata a promuovere la tutela della concorrenza tra gli operatori del settore, garantendo da un lato a tutti gli operatori che ne facciano richiesta la parità di condizioni e dell’altro al gestore della rete elettrica la corresponsione di un corrispettivo adeguato, tale da coprire i costi sostenuti per l’erogazione del servizio.

In ambito europeo, la direttiva n. 944/2019/UE, all’art. 59, co. 1, lett. a), tra i compiti delle Autorità nazionali di regolazione indica quello di “stabilire o approvare, in base a criteri trasparenti, tariffe di trasmissione o distribuzione o le relative metodologie di calcolo, o entrambe” e il Regolamento europeo n. 2019/943/UE all’art. 18 detta specifiche disposizioni sulla determinazione da parte delle Autorità di regolazione nazionali del corrispettivo per l’accesso alla rete elettrica, demandando all’ACER il compito di redigere una relazione “sulle migliori pratiche relative alle metodologie di tariffazione per la trasmissione e la distribuzione”; relazione che le Autorità di regolazione devono tenere in debito conto “al momento della fissazione o dell’approvazione delle tariffe di trasmissione e delle tariffe di distribuzione o delle relative metodologie”.

In ambito nazionale, si è detto che il legislatore ha affidato ad ARERA il compito “garantire la promozione della concorrenza e dell’efficienza nel settore dei servizi di

²⁴⁵ La rete di trasmissione nazionale dell’energia elettrica è affidata in concessione Terna s.p.a. (D.M. MISE 20.4.2005, modif. D.M. MISE 15.12.2010). Si tratta di un monopolio naturale, in considerazione della anti-economicità oltre che della difficoltà tecnica di riproduzione della rete elettrica nazionale. Terna, quale gestore della rete di trasmissione, “*ha l’obbligo di connettere alla rete di trasmissione nazionale tutti i soggetti che ne facciano richiesta, senza compromettere la continuità del servizio*” purché siano rispettate le regole tecniche stabilite dal gestore sulla base delle direttive impartite da ARERA e “*le condizioni tecnico-economiche di accesso e di interconnessione fissate dall’Autorità per l’energia elettrica e il gas*” (art. 3, 1° co., d.lgs. n. 79/1999, conformemente a quanto già previsto dall’art. 2, co. 12, lett. d), l.n. 481/1995).

Su tali problematiche, in dottrina v. V. CERULLI IRELLI, *Imprese pubbliche e servizi di interesse generale*, in *Diritto e amministrativo e società civile*, III, *Problemi e prospettive*, SPISA, Bologna 2020.

pubblica utilità, ... nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti” (art. 1, co. 1, l.n. 481/1995).

A tal fine, all’Autorità sono attribuiti una serie di compiti, tra cui la definizione delle condizioni tecnico-economiche di accesso e di interconnessione alle reti (art. 2, co. 12, lett. d), l.n. 481/1995), la fissazione e l’aggiornamento “in relazione all’andamento del mercato, [del]la tariffa base, [de]i parametri e gli altri elementi di riferimento per determinare le tariffe (...) in modo da assicurare la qualità, l’efficienza del servizio, l’adeguata diffusione del medesimo sul territorio nazionale, nonché la realizzazione degli obbiettivi di carattere sociale, tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse ... tenendo separato dalla tariffa qualsiasi onere improprio” (art. 2, co. 12, lett. e), l.n. 481/1995).

L’art. 3, d.lgs. n. 79/1999 attribuisce ad ARERA la competenza a fissare “le condizioni tecnico-economiche di accesso e di interconnessione fissate dall’Autorità per l’energia elettrica e il gas (1° co.) nonché le condizioni “atte a garantire a tutti gli utenti della rete la libertà di accesso a parità di condizioni, l’imparzialità e la neutralità del servizio di trasmissione e dispacciamento”, specificando che nell’esercizio di tale competenza “persegue l’obiettivo della più efficiente utilizzazione dell’energia elettrica prodotta o comunque immessa nel sistema elettrico nazionale, compatibilmente con i vincoli tecnici della rete” (3° co.).

Sulla base di tali disposizioni, europee e nazionali, ARERA ha quindi adottato la propria normazione, ora contenuta in tre distinti Testi integrati (approvati con deliberazione ARERA in data 27.12.2019, 568/2019/R/EEL).

Si tratta del Testo integrato delle condizioni economiche per l’erogazione del servizio di connessione – TIC, con il quale vengono disciplinati i vari aspetti del servizio di connessione (dalla presentazione della richiesta di connessione e del relativo contenuto, all’indicazione dei diritti e degli obblighi delle parti, ai corrispettivi, e così via); il Testo integrato delle disposizioni per l’erogazione dei servizi di trasmissione e distribuzione dell’energia elettrica – TIT, il quale detta disposizioni per la regolazione dei corrispettivi e delle tariffe per i servizi di trasmissione e distribuzione dell’energia elettrica; nonché il Testo integrato delle disposizioni per la regolazione dell’attività di misura elettrica – TIME, che detta disposizioni in materia di regolazione tariffaria del servizio di misura dell’energia

elettrica, indicando le modalità per l'individuazione dei punti di misura, la disciplina dei dati di misura.

In applicazione dell'art. 2, co. 12, lett e) cit. ARERA ha poi adottato Testo integrato per l'erogazione dei servizi di vendita dell'energia elettrica di maggior tutela e di salvaguardia ai clienti finali - TIV²⁴⁶. L'art. 10 TIV prevede che le condizioni economiche applicate dall'esercente il servizio di cd. maggior tutela all'utenza debbano comprendere alcuni corrispettivi, specificamente individuati, i quali sono aggiornati e pubblicati trimestralmente da ARERA.

Una seconda categoria di atti dell'Autorità attiene alla disciplina della separazione, funzionale e contabile, delle imprese verticalmente integrate operanti nel settore dell'energia elettrica²⁴⁷, già prevista nell'ambito della normativa in materia di liberalizzazione del mercato elettrico e successivamente resa ancor più rigida dal diritto europeo.

L'Autorità ha adottato la propria disciplina, contenuta ora nel Testo integrato delle disposizioni in merito agli obblighi di separazione (c.d. *unbundling* funzionale) per le imprese operanti nei settori dell'energia elettrica e del gas – TIUF (da ult. deliberazione 296/2015/R/COM, modif. con deliberazione 15/2018/R/COM), con il quale viene disciplinata la separazione funzionale per le imprese verticalmente integrate operanti nei settori della distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale, con obblighi in materia di separazione di identità, di marchio e di politiche di comunicazione; e nel Testo integrato delle disposizioni in merito agli obblighi di separazione contabile (c.d. *unbundling* contabile) per le imprese operanti nei settori dell'energia elettrica, del gas e per i gestori del servizio idrico integrato e relativi obblighi di comunicazione – TIUC.

Si tratta di atti – vincolanti e obbligatori, dotati di astrattezza, generalità e innovatività – che conformano il mercato elettrico, garantendo l'accesso allo stesso da parte degli operatori, caratterizzati tutti dalla comune finalità di promozione della libera concorrenza e di corretto funzionamento del mercato.

²⁴⁶ Nel mercato di erogazione del servizio di energia elettrica in maggior tutela (istituito con il d.l. 18.6.2007, n. 73, conv. l. 3.8.2007, n. 125) - a differenza del mercato libero ove gli operatori determinano autonomamente i prezzi dei servizi erogati - le condizioni economiche del servizio sono fissate dall'Autorità (da ult. delib. ARERA 26.3.2020 n. 100/2020/R/EEL). La soppressione del mercato tutelato, prevista dall'art. 1, co. 59 ss., l. 4.8.2017, n. 124, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza*, è stata più volte rinviata (d.l. 25.7.2018, n. 91, conv. modif. l. 21.9.2018, n. 108; d.l. 30.12.2019, n. 162, conv. modif. l. 28.2.2020, n. 8).

²⁴⁷ V. art. 2, co. 12, lett. f), l.n. 481/1995; art. 1, co. 4, d.lgs. n. 79/1999; dirett. 2009/72/CE, così come recepito dal d.lgs. n. 1.6.2011, n. 93 e, da ult., dirett. 2019/944/UE cit..

Altra categoria di atti adottati da ARERA è invece finalizzata alla tutela dei clienti finali, i quali devono essere posti in grado di scegliere consapevolmente l'operatore economico con cui stipulare il contratto di fornitura alle migliori condizioni economiche.

In ambito europeo, le direttive che si sono succedute in materia (direttiva 2009/72/CE e ora direttiva 2019/944/UE) contengono importanti richiami all'importanza della trasparenza e della comprensione delle condizioni contrattuali di erogazione del servizio di fornitura di energia elettrica da parte dei clienti finali; in esse, in particolare, si fissa un livello minimo di tutela dei clienti, anche riguardo alla trasparenza delle condizioni generali di fornitura, e si demanda all'Autorità di regolazione nazionale l'adozione delle misure necessarie volte ad assicurare che le informazioni trasmesse dai fornitori ai rispettivi clienti siano affidabili e possano essere confrontate.

In ambito nazionale, la l. n. 481/1995 prevede in capo ad ARERA il potere di emanare direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi di pubblica utilità nei settori dell'energia elettrica e del gas naturale (articolo 2, co. 12, lett. h)), ivi compresa la vendita al dettaglio, definendo i livelli di qualità da garantire all'utente, al fine di assicurare al cliente finale una adeguata tutela, anche promuovendo e diffondendo "la massima trasparenza in merito ai servizi offerti, la concorrenzialità dell'offerta e la possibilità di migliori scelte da parte degli utenti finali" (articolo 2, comma 12, lettera l))²⁴⁸.

Sulla base di tali disposizioni, ARERA ha adottato la delibera ARG/com 104/10, di approvazione del c.d. Codice di condotta commerciale (da ult. modif. deliberazione 27.10.2020 n. 426/2020/R/com), con il quale sono disciplinate le modalità di diffusione delle informazioni relative alle offerte contrattuali, sono imposti agli esercenti la vendita obblighi di formazione del personale incaricato delle attività di promozione delle offerte contrattuali, sono fissati i criteri per la comunicazione dei prezzi di fornitura del servizio e della spesa complessiva, è determinato il contenuto dei contratti di fornitura, sono fissati criteri per garantire la confrontabilità delle offerte mediante la redazione della c.d. scheda di confrontabilità.

Sempre a fini di tutela dei clienti finali, l'Autorità ha approvato anche il Testo integrato in materia di misure propedeutiche alla conferma del contratto di fornitura di

²⁴⁸ Ai sensi dell'art. 2, co. 37, l.n. 481/1995 "*le determinazioni delle Autorità di cui al comma al comma 12, lettera h), costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio*". Esse eterointegrano i contratti di utenza stipulati con i clienti finali (su cui v. infra).

energia elettrica e/o di gas naturale e procedura ripristinatoria volontaria – TIRV (deliberazione 6.4.2017, n. 228/2017/R/COM), nel quale sono dettate disposizioni specifiche in ordine alle misure preventive per la conferma dei contratti, a seconda della modalità di conclusione degli stessi (a distanza, fuori dai locali commerciali), distinguendo a seconda che si tratti di clienti domestici o non domestici, in ordine alla procedura speciale conciliativa a carattere risolutivo, attivata dal cliente mediante reclamo, nonché in ordine alla procedura ripristinatoria.

Nell'ambito della categoria in esame, si può far rientrare anche la regolazione adottata dall'Autorità in tema di fatturazione della vendita al dettaglio²⁴⁹, contenuta nel Testo integrato delle disposizioni in materia fatturazione del servizio di vendita al dettaglio per i clienti di energia elettrica e di gas naturale – TIF (approvato con deliberazione 4.8.2016, n. 463/2016/R/COM).

Inoltre, rientra sicuramente nell'ambito della regolazione adottata dall'Autorità ai sensi dell'art. 2, co. 12, lett. h) cit., la disciplina in materia di qualità dell'attività di vendita di energia elettrica contenuta ora nel Testo integrato della regolazione della qualità dei servizi di vendita di energia elettrica e di gas naturale – TIQV (Allegato A alla deliberazione 21.7.2016, 413/2016/R/com e succ. modif.) che detta gli indicatori di qualità commerciale, gli standard specifici e generali di qualità commerciale della vendita, i reclami e gli indennizzi automatici, *etc.*

Altro esempio di atto di regolazione di ARERA – che invero ha dato luogo a un lungo contenzioso – è quello relativo alla disciplina del servizio pubblico di dispacciamento²⁵⁰.

²⁴⁹ Requisiti minimi di fatturazione sono contenuti nell'Allegato I alla direttiva n. 2019/944/UE ed attengono alle informazioni minime che devono figurare sulla fattura e le informazioni di fatturazione, la frequenza di fatturazione e la fornitura delle informazioni di fatturazione, le componenti di prezzo applicato al cliente finale, *etc.*

²⁵⁰ Come noto, con il termine dispacciamento si intende il servizio erogato dal gestore della rete elettrica nazionale (Terna s.p.a.) volto a mantenere in equilibrio il sistema elettrico, e cioè a far sì che la quantità di energia immessa nel sistema coincida con la quantità di energia prelevata, al fine di garantire la sicurezza della rete. In considerazione della circostanza che l'energia elettrica (a differenza di altri beni e in considerazione delle caratteristiche fisiche) non può essere immagazzinata, la quantità di energia elettrica immessa nel sistema dipende dalle contrattazioni che si svolgono nell'ambito del mercato elettrico del giorno prima (MGP) nell'ambito del quale i produttori e gli acquirenti si accordano per la vendita e l'acquisto della quantità di energia necessaria a coprire la domanda relativa al giorno seguente, definendo i propri programmi di immissione e prelievo. Per svolgere servizio di dispacciamento, e mantenere quindi in equilibrio il sistema, Terna stipula – nell'ambito del mercato per i servizi di dispacciamento (MSD) – contratti con i c.d. produttori abilitati (titolari di "unità di produzione o di consumo") i quali si obbligano ad immettere e/o a prelevare energia elettrica nelle quantità indicate da Terna verso la corresponsione di un prezzo stabilito dagli stessi produttori abilitati.

Le linee generali della disciplina generale del servizio di dispacciamento sono oggi contenute nel Regolamento n. 943/2019/UE cit.

Ai sensi dell'art. 3, d.lgs. n. 79/1999 spetta ad ARERA fissare “le condizioni atte a garantire a tutti gli utenti della rete la libertà di accesso a parità di condizioni, l'imparzialità e la neutralità del servizio di trasmissione e dispacciamento” e nell'esercizio di tale competenza “l'Autorità persegue l'obiettivo della più efficiente utilizzazione dell'energia elettrica prodotta o comunque immessa nel sistema elettrico nazionale, compatibilmente con i vincoli tecnici della rete”.

In applicazione di tale disposizione legislativa, ARERA con la delibera in data 13.6.2006, n. 111/06 e relativo Allegato A, ha adottato il proprio atto di regolazione, ove vengono definite le condizioni per l'erogazione del servizio di dispacciamento dell'energia elettrica. In particolare, l'Allegato A alla delibera n. 111/06 prevede che per poter immettere e/o prelevare energia dalla rete, gli operatori sono tenuti a concludere con Terna un contratto di dispacciamento (art. 4.1.) e devono definire, per ciascuna unità di produzione e di consumo, programmi di immissione in rete e di prelievo di energia (art. 14.1 e art. 14.3).

Tuttavia, poiché possono verificarsi casi di sbilanciamento, la normativa dispone che la quantità di energia immessa o prelevata in eccesso o in difetto rispetto a quanto comunicato dagli operatori nel programma di immissione e/o di prelievo si considera, rispettivamente, ceduta dall'utente a Terna o ceduta da Terna all'utente (art. 14.2 e 14.3). L'energia oggetto di tali cessioni viene valorizzata attraverso un apposito prezzo, c.d. prezzo di sbilanciamento, calcolato sulla base di un apposito meccanismo disciplinato dalla delibera stessa agli artt. 39 e 40²⁵¹.

²⁵¹ Ed è proprio in ordine a tale corrispettivo, più volte modificato dall'Autorità a partire dal 2012 (delibere n. 342/2012; n. 239/2013 e n. 285/2013, tutte adottate in via d'urgenza, senza la previa consultazione pubblica), che si è generato un ampio contenzioso, che ha visto l'intervento dapprima del Tar Lombardia (III, 26.6.2014, n. 1648) che ha annullato le delibere per mancato svolgimento del procedimento di consultazione, e poi del Consiglio di Stato (VI, 20.3.2015, n. 1532), di conferma della sentenza di prime cure. A seguito di tale annullamento giurisdizionale, l'Autorità, da un lato, ha avviato una fase di consultazione conclusasi con l'adozione delibera n. 333/2016 con la quale ha rideterminato i criteri per la valorizzazione degli sbilanciamenti effettivi per il periodo luglio 2012 - settembre 2014; dall'altro, ha avviato una consultazione per l'adozione di una nuova disciplina delle modalità di calcolo dei prezzi di sbilanciamento, per il periodo futuro (Documento di consultazione n. 163/2015/R/eel); tale procedimento si è concluso con la delibera n. 444/2016 del 28.7.2016, con la quale l'Autorità ha ridefinito le modalità di calcolo dei corrispettivi di sbilanciamento e ha dettato un criterio di individuazione dei limiti entro cui gli sbilanciamenti da parte degli utenti possono essere considerati “conformi” alla normativa. Su tali delibere, v. tra le altre, Tar Lombardia, II, 21.9.2017, n. 1851 e, da ultimo, sulla determinazione del prezzo di sbilanciamento, v. Cons. St., VI, 30.10.2020, n. 6652.

2.3.2. Esempi di atti adottati da AGCom.

Una prima categoria di atti dell'AGCom riguarda la tutela dei consumatori nel mercato delle comunicazioni elettroniche. Si tratta di disposizioni, via via adeguate dall'Autorità sulla base dell'assetto di mercato, che riguardano principalmente la qualità dei servizi prestati e la trasparenza e la completezza delle informazioni²⁵².

Per quanto attiene alla qualità dei servizi, l'art. 2, co. 12, lett. h) e p), l.n. 481/1995 prevedono in capo alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità la competenza a emanare direttive relativamente alla produzione e all'erogazione dei servizi definendo, in particolare, i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente e a controllare che ciascun soggetto esercente i servizi adotti una carta dei servizi con indicazione di standard dei singoli servizi e verificare il rispetto di tali standard.

Tali competenze sono state successivamente confermate in capo all'AGCom dalla legge istitutiva n. 249/1997 (art. 1, co. 6, lett. b), n. 2), che prevede l'emanazione di "direttive concernenti i livelli generali di qualità dei servizi e per l'adozione, da parte di ciascun gestore, di una carta del servizio recante l'indicazione di standard minimi per ogni comparto di attività" e, infine, dal d.lgs. n. 259/2003 il quale prevede che l'Autorità possa, tra l'altro, imporre alle imprese di fornire informazioni al fine di "pubblicare prospetti comparativi sulla qualità e sui prezzi dei servizi a vantaggio dei consumatori" (art. 33, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 259/2003), prescrivere alle imprese fornitrici dei servizi di comunicazione elettronica di pubblicare "a uso degli utenti

²⁵² A differenza del mercato dell'energia elettrica, nel mercato delle telecomunicazioni – fortemente liberalizzato, nel quale contendono molteplici operatori economici – e anche in considerazione dell'assenza in quest'ultimo di un'unica rete, non duplicabile, alla quale dover consentire l'accesso degli operatori, l'AGCom non regola l'accesso alle reti e alle infrastrutture di comunicazione, la cui disciplina è contenuta nel d.lgs. n. 259/2003. In base a tale disciplina, gli operatori possono stipulare tra loro accordi sulle disposizioni tecniche e commerciali relative all'accesso e all'interconnessione, mentre all'Agcom è affidato il compito di vigilare affinché non vi siano restrizioni che impediscano alle imprese accordi di interconnessione e di accesso e affinché siano rispettate le disposizioni intese a fornire le migliori condizioni di servizio agli utenti finali.

Nel settore delle telecomunicazioni, infatti, le reti di telecomunicazioni sono plurime e appartengono a diversi soggetti, società private. La fornitura delle reti – e cioè la realizzazione, gestione, controllo e messa a disposizione delle stesse (art. 1, 1° co., lett. l), d.lgs. n. 259/2003) è libera (art. 3, 2° co., d.lgs. n. 259/2003). Essa è assoggettata ad un'autorizzazione generale, che l'impresa interessata ottiene a seguito della presentazione al Ministero dello Sviluppo economico di una dichiarazione contenente l'intenzione di iniziare la fornitura di reti.

Diverso il discorso per la rete fissa, nel cui mercato Telecom Italia s.p.a. (ora TIM s.p.a.) è stata individuata dall'AGCom come impresa detentrica di un significativo potere di mercato (art. 17 d.lgs. n. 259/2003), e in capo ad essa è previsto l'obbligo di garantirne l'accesso agli altri operatori.

finali, informazioni comparabili, adeguate ed aggiornate sulla qualità dei servizi offerti”, e precisare “i parametri di qualità del servizio da misurare, nonché il contenuto, la forma e le modalità della pubblicazione, per garantire che gli utenti finali abbiano accesso ad informazioni complete, comparabili e di facile consultazione ...” (art. 72, co. 1 e 2 d.lgs. n. 259/2003).

In attuazione di tali disposizioni, l’AGCom ha adottato una serie di atti, tra cui la Direttiva in materia di qualità e carte dei servizi di accesso a Internet da postazione fissa (allegato A alla delibera AGCom n. 131/06/CSP in data 12.7.2006, così come integrata dalla delibera n. 244/08/CSP del 12.11.2008), la delibera n. 154/12/CONS, recante Disposizioni in materia di qualità e carte dei servizi di comunicazioni mobili e personali, con cui l’Autorità ha dettato la disciplina a tutela della qualità dei servizi offerti all’utenza, definendo tra l’altro una serie di indicatori per verificare il rispetto degli standard di qualità dei servizi, con obbligo degli operatori di telecomunicazioni di pubblicare sul proprio sito *web* una relazione annuale e di inviare un resoconto all’Autorità circa le prestazioni offerte all’utenza.

Nonostante il *nomen* utilizzato per tali atti di regolazione (“disposizioni”, “direttiva”), si tratta di veri e propri atti normativi, sia sotto il profilo formale (pubblicazione in Gazzetta Ufficiale), sia sotto il profilo sostanziale (generalità, astrattezza e innovatività del relativo contenuto).

In altri casi, invece, gli atti di regolazione dell’Autorità sono veri e propri “regolamenti”, anche dal punto di vista nominale.

E così, in materia di tutela dei consumatori, specificamente sotto il profilo della trasparenza delle condizioni contrattuali, l’art. 70 d.lgs. n. 259/2003 stabilisce una serie di informazioni che devono essere contenute nei contratti di fornitura del servizio, sul cui inserimento vigila l’Autorità, e disciplina il diritto di recesso da parte del contraente, la cui forma può essere specificata dall’Autorità. L’art. 71 d.lgs. n. 259/2003 attribuisce all’AGCom la competenza ad assicurare che “le imprese che forniscono reti pubbliche di comunicazione elettronica o servizi accessibili al pubblico di comunicazione elettronica pubblichino informazioni trasparenti, comparabili, adeguate e aggiornate in merito ai prezzi e alle tariffe vigenti, a eventuali commissioni per la risoluzione del contratto e a informazioni sulle condizioni generali vigenti in materia di accesso e di uso dei servizi forniti agli utenti finali e ai consumatori” prevedendo che l’Autorità possa “precisare ulteriori prescrizioni relative alla forma in

cui tali informazioni devono essere pubblicate”, nonché adottare ulteriori misure finalizzate a garantire la massima trasparenza.

Invero, si tratta di competenze finalizzate a garantire ai consumatori una piena e consapevole conoscenza delle condizioni contrattuali per la fornitura dei servizi proposte dai vari operatori e al fine di orientare i primi verso scelte consapevoli, in un settore, come quello delle comunicazioni elettroniche, caratterizzato da una continua evoluzione tecnologica, e da un ampio confronto concorrenziale.

L’AGCom, sulla base di disposizioni legislative citate, ha adottato una serie di atti di regolazione.

Innanzitutto, il Regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche (adottato con delibera n. 519/15/CONS), con il quale l’Autorità ha dettato disposizioni in materia di libertà di scelta degli utenti dell’operatore di telecomunicazioni, di obblighi informativi e durata contrattuale, di modifica delle condizioni contrattuali e di cessazione del rapporto contrattuale, la cui osservanza è presidiata dalla irrogazione di sanzioni amministrative.

Sempre in tale categoria, si può ricondurre la delibera in data 22.3.2007, n.126/07/CONS, recante Misure a tutela dell’utenza per facilitare la comprensione delle condizioni economiche dei servizi telefonici e la scelta tra le diverse offerte presenti sul mercato, con la quale l’Autorità ha stabilito l’obbligo per gli operatori di telefonia di mettere a disposizione gratuitamente ai consumatori una serie di informazioni finalizzate a consentire al cliente finale di avere piena conoscenza del proprio piano tariffario, delle condizioni economiche del contratto e dei consumi telefonici, prevedendo altresì l’adozione di successivi provvedimenti in materia di confrontabilità delle offerte proposte sul mercato; nonché la delibera n. 252/16/CONS (recentemente modificata dalla delibera n. 121/17/CONS) recante Misure a tutela degli utenti per favorire la trasparenza e la comparazione delle condizioni economiche dell’offerta dei servizi di comunicazione elettronica²⁵³.

²⁵³ La delibera n. 121/17/CONS cit. è stata impugnata da un operatore delle telecomunicazioni innanzi al Tar Lazio, nella parte in cui – a fronte della prassi consolidata tra gli operatori di emettere fatture a 28 giorni – ha previsto come periodo minimo di fatturazione il mese per le offerte fisse e le quattro settimane per la telefonia mobile, sostenendo l’assenza della titolarità in capo all’AGCom di regolare i rapporti contrattuali tra operatori e utenti, in quanto l’art. 71 d.lgs. n. 259/2003 attribuirebbe alla stessa solo il potere di assicurare la trasparenza e la comparabilità delle offerte commerciali, disciplinandone la forma ma non il contenuto. Il Tar (III, 22.3.2018, n. 3261) ha ritenuto legittimo l’atto di regolazione e infondata la doglianza in ordine alla carenza di potere dell’Autorità, individuando il fondamento del potere sia nelle direttive europee in materia di comunicazioni elettroniche, sia nella l. n. 281/1995 e n. 249/1997, ed evidenziando, con specifico riferimento a queste ultime, che “*si tratta* ...

In tutti i casi analizzati, gli atti di regolazione dell'AGCom trovano il loro fondamento nel diritto europeo, e, in particolare, negli artt. 98 ss. Direttiva n. 2018/1972/UE cit., che contiene una serie di prescrizioni in merito alla tutela degli utenti finali, sia per quanto attiene alla trasparenza e confrontabilità delle informazioni contrattuali, sia per quanto attiene alla qualità dei servizi, che gli Stati membri – e dunque le “autorità nazionali di regolamentazione” – sono tenuti ad osservare.

Un altro esempio di atto normativo (un vero e proprio regolamento) adottato dall'AGCom attiene alla materia della tutela del diritto d'autore.

Come noto, infatti, la l. 22.4.1941, n. 633 e succ. modif., Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, all'art. 182 bis prevede in capo all'AGCom, al fine di prevenire e accertare le violazioni della legge stessa, compiti di vigilanza, il cui contenuto è ulteriormente specificato dal d.lgs. 9.4.2003, n. 70 sul commercio elettronico e dal d.lgs. 31.7.2005, n. 177, per i servizi radiotelevisivi.

Nell'esercizio di tali potere di vigilanza - pur con qualche perplessità avanzata dalla dottrina ma superata dalla giurisprudenza²⁵⁴ - l'AGCom ha adottato con delibera n.

di norme a carattere generale, che impongono all'Autorità, in sede applicativa, di individuare gli strumenti operativi più adeguati, per il raggiungimento degli scopi prefissati". Ed infatti, secondo il Tar "in contesti – come quello delle telecomunicazioni – caratterizzati da una estrema specializzazione e da una rapida evoluzione tecnologica, tali da determinare una rapida obsolescenza delle misure regolatorie, è evidente l'esigenza di un intervento rapido ed efficace dell'Autorità, al fine di adeguare il contenuti delle regole all'evoluzione del mercato, nel rispetto dei limiti e degli obiettivi indicati dalla legge". Secondo il Tar, "a fronte di un mercato soggetto ad una rapida evoluzione sotto il profilo sia tecnico che economico, con offerte dal contenuto assai diversificato, deve ritenersi del tutto legittimo l'intervento dell'Autorità che (lungi dall'intervenire sul piano negoziale nel rapporto tra le società coinvolte e gli utenti) ha individuato un quadro complessivo di riferimento o meglio una mera cornice, costituita dal periodo minimo di fatturazione, che agevolasse il confronto tra le offerte, lasciando liberi – all'interno di essa – gli operatori di articolare le proprie offerte commerciali nel modo più utile ed efficace, modificandone anche il prezzo".

²⁵⁴ Dubbi sono stati avanzati, in giurisprudenza e in dottrina, circa la possibilità per l'AGCom di adottare un regolamento in materia di tutela del diritto d'autore (nel quale sono previsti poteri ordinatori e prescrittivi in capo all'Autorità in caso di violazione delle relative disposizioni), atteso il fatto che le disposizioni legislative fanno riferimento a meri compiti di vigilanza, non prevedendo espressamente la possibilità per l'Autorità di esercitare un potere normativo.

Come noto, il Regolamento AGCom sulla tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica ha generato un ampio contenzioso, che ha visto l'intervento anche della Corte costituzionale.

Nel contenzioso, instaurato innanzi al Tar Lazio, erano state sollevate censure in merito alla violazione del principio di legalità e di riserva di legge, nonché del principio di specialità nella gerarchia delle fonti, sostenendo la carenza del potere dell'AGCom di adottare un regolamento in materia di tutela del diritto d'autore. Il Tar Lazio, con ordinanze n. 10016 e n. 10020 del 26.9.2014 ha sollevato questione di legittimità costituzionale della disciplina legislativa citata che attribuisce compiti di vigilanza all'AGCom in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica con gli artt. 21 e 41 Cost. e con gli artt. 24 e 25 Cost., per violazione della riserva di legge e di tutela giurisdizionale in materia di diritti fondamentali.

La Corte costituzionale con sentenza n. 247/2015 ha tuttavia dichiarato la questione sollevata inammissibile, presentando "molteplici profili di contraddittorietà, ambiguità e oscurità nella formulazione della motivazione e del petitum". Nella sentenza la Corte costituzionale ha tuttavia evidenziato che "le disposizioni censurate non attribuiscono espressamente ad AGCOM un potere regolamentare in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica; detto

680/13/CONS in data 12.12.2013, recante Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazioni elettroniche (su cui si tornerà *infra*), con il quale sono previste misure per favorire lo sviluppo e la tutela delle opere digitali anche attraverso il sostegno allo sviluppo del mercato dei contenuti mediante campagne informative e alla diffusione dell'offerta legale, nonché mediante la lotta alla pirateria, prevedendo un procedimento ad istanza di parte per la rimozione da una pagina internet di un'opera digitale resa disponibile in violazione del diritto d'autore, ovvero, in caso di servizi media, per inibire la diffusione di un programma inserito in un palinsesto²⁵⁵.

2.3.3. Considerazioni critiche.

Si tratta soltanto di alcuni degli atti adottati dalle Autorità, nell'ambito dei settori cui sono preposte, ma che presentano tutti i caratteri che abbiamo visto essere propri degli atti normativi (astrattezza, generalità e innovatività); vere e proprie fonti del diritto, obbligatorie e vincolanti per gli operatori del settore.

Ma dalla casistica esaminata si possono dedurre ulteriori conseguenze, invero centrali per la ricostruzione del fondamento dei poteri delle Autorità, e segnatamente del potere normativo, che saranno utili nel prosieguo della trattazione.

Innanzitutto, il potere normativo dell'Autorità spesso trova fondamento (oltre che in disposizioni nazionali) in precise ed espresse disposizioni di diritto europeo. In altri casi, laddove è la norma nazionale ad attribuire il potere normativo in capo

potere è, invece, desunto implicitamente e in via interpretativa dallo stesso rimettente, in base ad una lettura congiunta di tutte le disposizioni impugnate”.

Tale *obiter dictum* è stato valorizzato dal Tar Lazio che, nel definire la questione, con le sentenze in data 30.3.2017, n. 4100 e n. 4101, ha affermato che “una visione sistematica delle norme ... fa emergere la sussistenza in capo all'AgCom di compiti di regolamentazione e di vigilanza nel settore del diritto d'autore che possono anche consentirle di impedire l'accesso a determinati contenuti resi disponibili sulla rete internet per il tramite di un prestatore di servizi”.

Sul punto, in dottrina v. M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, 2019, in www.giustizia-amministrativa.it; M. RENNA, *Le questioni di legittimità del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore on line*, in *AIDA – Annali italiani del diritto d'autore*, Milano 2014, pp. 111 ss.; F. GOISIS, *Profili di legittimità nazionale e convenzionale europea nella repressione in via amministrativa delle violazioni del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: il problema dell'enforcement*, in *AIDA - Annali italiani del diritto d'autore della cultura e dello spettacolo*, Milano 2014, pp. 184 ss. In particolare sulla pronuncia della Corte costituzionale, v. A. GIANNELLI, *La tutela amministrativa del diritto d'autore on line*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 345 ss.

²⁵⁵ In dottrina, sul Regolamento AGCom in materia di tutela del diritto d'autore, v. L. DE LUCIA, F.F. GUZZI, *L'incerta natura giuridica dei procedimenti amministrativi a tutela del diritto d'autore online (Regolamento dell'AGCom n. 680/13/CONS)*, in *AIDA*, 2014, pp. 136 ss.

all'Autorità, la stessa contiene spesso una formulazione ampia, a volte contenente la mera indicazione degli obiettivi da raggiungere, senza la specificazione di criteri ai quali l'Autorità, nell'esercizio della potestà normativa, debba attenersi.

Altra caratteristica peculiare della disciplina contenuta negli atti di regolazione esaminati – che invero costituisce una delle ragioni del ricorso al modello stesso delle Autorità indipendenti – è l'elevata tecnicità della disciplina introdotta, nella quale confluiscono conoscenze provenienti da settori diversi da quello giuridico, proprie delle scienze ingegneristiche, delle scienze economiche, *etc.*

2.4. Possibili profili di incostituzionalità della norma attributiva del potere normativo per violazione del principio di legalità. Dalla legalità sostanziale alla legalità procedimentale.

Dunque, dalla breve casistica che si è offerta sono emersi alcuni elementi che, oltre a denotare i caratteri propri degli atti di ARERA e AGCom analizzati (veri e propri atti normativi secondari), presentano profili problematici invero comuni a tutti gli atti (di carattere normativo secondario) adottati dalle Autorità indipendenti e che meritano, dunque, una ulteriore e approfondita riflessione.

Si è visto come in molti casi le Autorità indipendenti adottino veri e propri atti normativi sulla base di disposizioni legislative contenenti formulazioni generiche²⁵⁶, a volte limitate alla mera indicazione degli obiettivi da raggiungere; disposizioni (e dunque atti) che trovano talvolta il loro fondamento anche nel diritto europeo (nel diritto derivato dell'Unione).

Altre volte, il potere normativo, pur non espressamente previsto, è ricavato implicitamente da una interpretazione sistematica del quadro normativo di riferimento²⁵⁷, come si è visto per il potere regolamentare dell'AGCom sulla tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettroniche.

²⁵⁶ Sul punto, v. Cons. St., VI, 17.10.2005, n. 5827 in cui, in ordine alla l.n. 481/1995 si afferma che *“come molte leggi istitutive d'Amministrazioni indipendenti è una Legge d'indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare. La natura della copertura legislativa è adeguata alla peculiarità dei poteri dell'Amministrazione indipendente quale amministrazione che si "autoprogramma" secondo le finalità stabilite dal legislatore”*.

²⁵⁷ Si tratta del ricorso al criterio dei poteri impliciti, meno rilevante invero per i poteri normativi – i quali devono avere sempre una base legale (seppur in alcuni casi generica) – rispetto ai poteri amministrativi provvedimentali, in cui tale criterio serve a giustificare l'esistenza. Chiaro in tal senso G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit. part. pp. 709, 710: nel caso dei regolamenti delle Autorità indipendenti *“nell'andare a determinare in concreto il contenuto della*

La ragione a fondamento di tale elasticità nella formulazione della norma attributiva del potere normativo risiede nella necessità di consentire alle Autorità indipendenti di regolare nel modo più efficiente (e repentino) i settori cui sono deputate, caratterizzati da elevato tecnicismo, da continui mutamenti e da una rapida evoluzione tecnologica, e nella contestuale e conseguente impossibilità per il legislatore di definire in maniera compiuta concetti indeterminati, altamente tecnici e specialistici, nell'ambito dei quali ricondurre i comportamenti degli operatori economici del settore²⁵⁸.

Si pone pertanto il problema di verificare se norme attributive del potere normativo contenenti formulazioni così generiche, senza l'indicazione di precisi criteri cui il concreto esercizio del potere normativo debba confrontarsi, siano compatibili con il principio di legalità²⁵⁹ e, dunque, siano conformi a Costituzione.

potestas regolamentare il ricorso alla tesi dei poteri impliciti è quasi fisiologico” senza che ciò comporti “un vulnus al principio di legalità”; infatti “con riguardo ai poteri regolamentari, il ricorso al criterio degli implied powers serve ad individuare i confini esterni della “competenza” o in altre parole l'estensione di un potere (appunto regolamentare) sicuramente attribuito dalla legge”, a differenza dei “poteri provvedimentali” in cui “si tratta non di esaminare i limiti esterni della competenza, ma la stessa esistenza della competenza ad esercitare quello specifico potere”. Ed ancora, con riguardo all'attribuzione di poteri normativi, secondo l'A. “la individuazione di poteri o di compiti non espressamente indicati dal testo normativo, ma comunque riconducibili ad esso, è una operazione ricorrente, anzi tipica dell'ermeneutica, operazione la quale, si intende, ove esercitata leggendo correttamente la ratio della legge, contribuisce a determinarne il significato e dunque la portata dell'attribuzione del potere regolamentare”. Sui poteri impliciti, v. anche A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit.; P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, Napoli 2018, part. pp. 143 ss.

In giurisprudenza si registrano aperture nel senso della compatibilità con la Costituzione del riconoscimento di poteri impliciti nei settori soggetti a regolazione delle Autorità indipendenti. Si v. per tutte l'importante pronuncia del Consiglio di Stato, VI, 20.3.2015, n. 1532, ove si sottolinea che “la parziale deroga al principio di legalità in senso sostanziale (che si estrinseca, in particolare, attraverso la tipica forma di esercizio del potere regolamentare ai sensi dell'art. 17 [l.n. 400/1988], secondo un sistema ispirato a una rigorosa tipicità) si giustifica nel caso delle Autorità indipendenti, in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema”; dunque, “una predeterminazione legislativa rigida risulterebbe invero di ostacolo al perseguimento di tali scopi”, con la conseguente “conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori ..., dei poteri impliciti”.

²⁵⁸ Invero, tale esigenza non si pone soltanto nel settore ove operano le Autorità indipendenti, ma in generale in tutti i settori caratterizzati dalla presenza di regole tecnico-scientifiche, che non si prestano – stante la loro costante e repentina mutevolezza – ad essere imbrigliate all'interno di tipi di fonti del diritto più rigide (come la fonte legislativa).

Sotto tale più ampio respiro, v. in dottrina A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli 2018.

²⁵⁹ Sul principio di legalità, v. M. D'AMICO, *Legalità (dir. cost.)*, in *Diz. dir. pubbl.*, pp. 3365 ss.; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma 1990; Id., *Regolamento*, cit., p. 605 ss.; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, pp. 659 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano 1990; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 247 ss.; A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *www.giustamm.it*, 2008; C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità, Fonti normative e ordinamenti*, atti del Convegno. Macerata, 21-22 maggio 1999, Milano 2000, e ivi M.C. ROMANO, *Principio di legalità e regolamenti in Germania: una indagine di diritto comparato*; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano 2001; ID, *Principio di legalità e principio di certezza del diritto nella regolazione amministrativa dei servizi di interesse economico generale*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, *La*

Come noto, il principio di legalità – nato insieme all’istituto della riserva di legge agli albori dello Stato liberale di diritto ottocentesco con finalità di garanzia dei cittadini, come limite ai pubblici poteri – è espressione del primato della legge e del legislatore (del Parlamento) quale organo rappresentativo dell’intera collettività. Sotto tale profilo, dunque, il principio di legalità è direttamente collegato al principio democratico di cui all’art. 1 Cost., in base al quale soltanto organi rappresentativi della collettività, appartenenti al circuito democratico-rappresentativo, possono operare scelte e stabilire i bisogni della collettività, cui appartiene la sovranità²⁶⁰.

In virtù di tale principio “ogni potere è legittimo (è ammesso) solo se fondato sulla legge, in quanto espressione della volontà popolare”²⁶¹.

Come osservato in dottrina, il principio di legalità, letto alla luce del principio di sovranità popolare, deve essere interpretato con maggior rigore quando il potere normativo è attribuito ad autorità non direttamente rappresentativa del popolo, con la conseguenza che “tanto più viene rispettato il principio tanto più l’atto normativo proviene dalla rappresentanza della volontà popolare”²⁶².

regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete, Milano 2006; P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., part. pp. 73 ss., Con particolare riguardo al rapporto tra Autorità indipendenti e principio di legalità, N. BASSI *Principio di legalità e principio di certezza del diritto a confronto nella regolazione amministrativa dei servizi economici generali*, relazione tenuta al convegno “La regolazione dei servizi di interesse economico generale”, promosso dalla Fondazione Cesifin a Firenze 6 novembre 2009; M. MIDIRI, *Principio di legalità sostanziale e potere regolatorio della Consob*, in *Giur. comm.*, 2020, pp. 566 ss.

²⁶⁰ L. CARLASSARE, *Regolamento*, cit., part. p. 622 ove l’A. evidenzia che il principio democratico, insieme alla “istanza garantista” connessa al controllo giurisdizionale, “concorre ... ad una diversa interpretazione del principio di legalità, imperniata appunto sul diverso modo di intendere il contenuto della legge che costituisce la base dei poteri del governo-amministrazione. È l’idea che le decisioni politiche, per tradursi in norme giuridiche vincolanti, devono passare al vaglio dell’assemblea rappresentativa; in ogni materia, insomma, il Parlamento – espressione del popolo sovrano – deve parlare per primo: la secondarietà del regolamento sul piano formale non è che l’espressione della sua secondarietà sul piano dei contenuti”.

Sul principio democratico, v. A. PIZZORUSSO, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Diz. dir. pubbl.*, Milano 2006, p. 411 ove l’A. evidenzia che “nelle società democratiche ... si tende ad attribuire la funzione normativa ... attraverso il conferimento del potere di emanare atti normativi ad organi rappresentativi della comunità (secondo la dottrina della “rappresentanza politica”)”.

²⁶¹ G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, cit., p. 265.

²⁶² V. ancora G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, cit. part. pp. 267 e 268, ove l’A. evidenzia che “se il principio di legalità deriva ed è collegato con la sovranità popolare, ben diverso dovrebbe essere il ragionamento quando si misura la legittimità di un atto normativo di autorità rappresentativa e invece di autorità non rappresentativa (o indirettamente rappresentativa)”, sottolineando che “paradossalmente nell’ordinamento italiano avviene esattamente il contrario: si è molto occhiuti e severi contro le leggi regionali e di regolamenti locali, e molto benevoli verso i regolamenti dell’esecutivo, o di altre autorità (ad es. le autorità c.d. indipendenti)”. L’A., proprio in ragione dell’assenza del carattere della rappresentatività, dubita della legittimità dei regolamenti delle Autorità indipendenti, osservando in via generale che “il moltiplicarsi delle autorità c.d. indipendenti rientra in una tendenza generale, di livello mondiale, attraverso cui il capitalismo, superando le barriere nazionali, costruisce gli strumenti di regolazione e controllo coerenti con le sue leggi di movimento (il nuovo jus mercatorum, come è stato efficacemente battezzato): le autorità indipendenti sono le agenzie

È evidente, pertanto, il rapporto ontologicamente problematico tra l'attribuzione di poteri normativi in capo ad Autorità indipendenti, estranee – come abbiamo visto – al circuito democratico rappresentativo, e il principio di legalità.

Del principio di legalità sono state formulate, nel corso del tempo e a seconda dei diversi contesti ordinamentali (corrispondenti, segnatamente, al passaggio dalla Costituzione flessibile alla Costituzione rigida²⁶³), due differenti declinazioni. E così, dal principio di legalità formale, inteso come mera previsione legislativa dell'intervento regolamentare, si è passati al principio di legalità sostanziale, il quale impone che la fonte normativa secondaria (non solo) abbia una base legale (legislativa), ma che anche il contenuto sia conforme agli scopi e ai criteri dettati dalla norma legislativa.

Ed è proprio sotto il profilo sostanziale che il principio di legalità strida con l'attribuzione generica di poteri normativi alle Autorità indipendenti, essendo evidente che, in assenza anche della mera previsione legale del potere normativo, l'atto espressione del relativo potere sarebbe sicuramente illegittimo (o meglio, nullo per carenza di potere)²⁶⁴.

È evidente infatti che l'assenza di una chiara e specifica previsione legislativa circa il contenuto e i limiti del potere normativo attribuito volta per volta alle Autorità indipendenti finisce per svuotare il ruolo del Parlamento – il quale in tal modo resterebbe privo (almeno parzialmente) della possibilità di disciplinare in maniera dettagliata alcuni aspetti dei settori affidati alla regolazione delle Autorità – valorizzando al contempo la potestà normativa di organismi che, lungi dall'essere espressione della volontà popolare, sono istituiti per l'esigenza di adattare la normativa tecnicistica di riferimento ai settori oggetto di regolazione, al fine di governare i settori

locali di tale movimento, e perciò hanno da essere indipendenti dal potere politico nazionale, per rispondere alle ragioni per cui sono volute e potenziate”.

In giurisprudenza, v. Cons. St., VI, n. 5622/2008: *“la previsione del potere normativo di un soggetto diverso dal legislatore e, segnatamente, di un organo amministrativo (pur se imputabile allo Stato-comunità e non all'amministrazione in senso tradizionale), deve necessariamente trovare fondamento in una previsione di legge, a garanzia dei principi fondamentali dello Stato di diritto, sanciti dalla Costituzione”.*

²⁶³ M. D'AMICO, *Legalità (dir. cost.)*, cit., p. 3367; L. CARLASSARRE, *Regolamento*, cit. p. 621

²⁶⁴ Emblematico in tale senso è l'annullamento giurisdizionale di una previsione contenuta in un Regolamento dell'AGCom (e segnatamente del Regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche adottato con delibera n. 519/15/CONS, di cui si è detto), per aver limitato la modifica delle condizioni contrattuali alle sole *“ipotesi e nei limiti previsti dalla legge o dal contratto medesimo”*, in quanto né dal contesto europeo né dal contesto nazionale era possibile evincere *“alcuna attribuzione all'Autorità del potere di limitare o condizionare la capacità negoziale degli operatori economici”* (Tar Lazio, III, 19.1.2017, n. 947; 13.12.2016, n. 12421).

stessi, assicurando al contempo che le attività degli operatori economici si svolgano nel rispetto del principio di libera concorrenza.

Tale ampia e generica attribuzione di potere, senza la precisa indicazione dei criteri e del contenuto, determinerebbe – soprattutto ove la materia sia coperta da riserva di legge – un sicuro contrasto della norma attributiva con la Costituzione, come del resto accaduto in Francia ove il *Conseil Constitutionnel* ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della legge francese sul *Conseil Supérieur de l’Audiovisuel*, essendo la competenza regolamentare di un’Autorità indipendente, cioè di “*une autorité de l’Etat autre que le premier ministre*” ammessa purché il contenuto sia limitato sia per quanto attiene al campo di applicazione sia per quanto attiene al contenuto, appartenendo al legislatore la competenza a “*fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l’exercice des libertés publiques*”²⁶⁵.

Da noi, ad oggi non sono stati sollevati innanzi alla Corte costituzionale profili di incostituzionalità delle norme (generiche) attributive di potere normativo ad Autorità poste al di fuori del circuito democratico-rappresentativo.

Purtuttavia, da più parti è stata avvertita la necessità di superare tale insanabile contrasto con il principio di legalità, il cui punto cruciale è appunto rappresentato dal *deficit* democratico delle Autorità indipendenti; *deficit* che negherebbe in radice la possibilità di attribuire ad esse poteri normativi così ampi e poco limitati.

²⁶⁵ Conseil Constitutionnel, décision 18.9.1986 n. 86-2017 DC; décision 17.1.1989, n. 88-248 DC, citate da V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità indipendenti*, in M. D’ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 96. L’A. ritiene che le argomentazioni del Conseil Constitutionnel siano valide anche nel nostro ordinamento.

E così dottrina²⁶⁶ (non senza qualche voce discorde²⁶⁷) e giurisprudenza²⁶⁸ hanno individuato la soluzione nella necessaria partecipazione degli operatori economici interessati ai procedimenti intesi all'adozione di atti di normazione secondaria.

²⁶⁶ In dottrina, v. tra gli altri, V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit.; ID, *Prima lezione di diritto amministrativo*, cit., part. pp. 95, 183 ove l'A. parla di "democrazia procedimentale"; M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit.: "la piena trasparenza e la partecipazione degli interessati ai procedimenti di regolazione assume una particolare importanza nel caso delle Autorità indipendenti dotate in molti casi di poteri normativi quasi in bianco: colmare il deficit di legalità sostanziale con garanzie procedurali rinforzate. Queste ultime possono, cioè, rappresentare un fattore importante di legittimazione della stessa presenza nel nostro ordinamento di Autorità indipendenti dal potere politico sganciate in qualche misura dal circuito democratico tradizionale" (p. 19); ID, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., part. p. 168 ove l'A. evidenzia la peculiarità del contraddittorio nei procedimenti di regolazione, ove esso "assume ... una dimensione essenzialmente verticale e una funzione di tipo collaborativo"; P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle Autorità indipendenti*, cit.; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, pp. 679 ss.; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, cit., part. pp. 129 ss.; A. PREDIERI, *I procedimenti amministrativi*, in *Quad. Cons. St.*, Torino, 1999, pp. 29 ss., part. p. 36: "possiamo ammettere che vi siano funzioni di fondamentale importanza esercitate in un sistema democratico da organi non elettivi e non responsabili: se in sostituzione di quella responsabilità si viene a creare un congegno che rende l'esercizio del potere verificabile, controllabile, in sedi diverse che non siano quelle del sistema rappresentativo elettorale"; e ancora, secondo l'A. ciò è possibile "perché la riduzione legislativa dell'autoreferenzialità e la garanzia procedimentale intesa nel senso più pieno può costituire l'elemento che consente in un sistema poliarchico l'accettazione e la mancanza di altri tipi di responsabilità"; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, Bologna 2000.

²⁶⁷ Assai critica sulla attribuzione di poteri normativi alle Autorità indipendenti è M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, cit., la quale ne ritiene la illegittimità costituzionale, osservando che "soltanto l'investitura democratica" potrebbe "legittimare la titolarità di poteri normativi"; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino 1997.

In senso contrario, V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit. part. p. 95, ove l'A. osserva che "una volta ammesse le Aai come organizzazioni di regolazione di settore, ad esse non può essere negato il potere normativo, che è in qualche modo connaturato allo stesso modello di queste amministrazioni", con la conseguenza che "laddove, come è da ritenere nella regolazione dei mercati, questo modello può, e in alcuni casi deve, essere previsto dalla legge, in questi settori si avrà una normazione, ovviamente secondaria, emanata dalle Autorità stesse".

²⁶⁸ Consolidata in tal senso la giurisprudenza costituzionale: per tutti v. Corte cost. n. 69/2017 e le pronunce ivi citate: "l'eventuale indeterminatezza dei contenuti sostanziali della legge può ritenersi in certa misura compensata dalla previsione di talune forme procedurali (sentenza n. 83 del 2015) aperte alla partecipazione di soggetti interessati e di organi tecnici. In questa logica, è stato dato rilievo alla previsione di determinati "elementi o moduli procedurali" (sentenza n. 435 del 2001) che consentano la collaborazione di più enti o organi (sentenze n. 157 del 1996 e n. 182 del 1994) - specie se connotati da competenze specialistiche e chiamati a operare secondo criteri tecnici, anche di ordine economico (sentenze n. 215 del 1998, n. 90 del 1994 e n. 34 del 1986) - o anche la partecipazione delle categorie interessate (sentenza n. 180 del 1996)", osservando con riferimento all'esercizio dei diversi poteri di regolazione delle Autorità indipendenti che "la possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge, ai fini della valutazione del rispetto dell'art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. In questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti".

Nella giurisprudenza amministrativa, in generale sulle garanzie partecipative v. Cons. St., VI, 27.12.2006, n. 7972: "l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95

Invero, la garanzia di partecipazione degli interessati riguarda tutti i procedimenti che si svolgono innanzi alle Autorità, indipendentemente dalla natura (normativa o amministrativa) dell'atto da adottare, e costituisce una caratteristica precipua del metodo di funzionamento del modello dell'amministrazione indipendente²⁶⁹, non soltanto un meccanismo per il riconoscimento della legittimazione delle Autorità ad adottare atti di normazione secondaria. Ma è altresì evidente che, con riferimento ai poteri normativi, la partecipazione riveste tutt'altra portata.

A fronte della carenza di legittimazione democratica in capo alle Autorità indipendenti, i cui membri non sono investiti della carica in virtù di procedimenti di elezione che vedono la partecipazione della collettività, ma sono nominati secondo procedure che tendono (o meglio, in alcuni casi tentano) di marginalizzare il più possibile l'intervento della politica a garanzia dell'indipendenza (strutturale e funzionale) delle Autorità, per poter ritenere rispettato il principio di legalità (e il connesso principio democratico) è infatti necessario che nell'ambito del procedimento inteso all'adozione dell'atto di normazione secondaria (contenente prescrizioni innovative, generali e astratte) debba per così dire riprodursi la dialettica propria del

Cost., è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. In assenza, quindi, di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale"; Tar Lombardia, III, 17.10.2013, n. 2311: "nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio. Uno strumento essenziale per arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione è costituito dalla consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati attraverso audizioni e meccanismi di "notice and comment", con cui viene data preventivamente notizia del progetto di atto e viene consentito agli interessati di fare pervenire le proprie osservazioni"; Cons. St., VI, 8.2.2021, n. 1140: "l'atto di regolamentazione ... si traduce nella posizione di regole limitative della libertà negoziale ed economica degli operatori incisi, assunto per il perseguimento degli obiettivi di tutela assegnati all'Autorità procedente, all'esito di un procedimento ispirato ai meccanismi "notice and comment", incentrati sull'avvio di una pubblica consultazione sulla base di apposito progetto di atto, nell'ambito della quale consentire ai soggetti interessati di presentare le proprie osservazioni, che l'Autorità procedente deve tenere in considerazione nella motivazione dell'atto regolatorio da adottare"; Cons. St., VI, 1.10.2014, n. 4874: "una predeterminazione di carattere rigido risulterebbe di ostacolo al perseguimento [degli] scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori [n.d.r. delle Autorità indipendenti], della sola predeterminazione legale (purché caratterizzata da adeguati livelli di certezza) degli obiettivi propri dell'attività di regolazione e dei limiti dell'esercizio in concreto di tale attività".

²⁶⁹ Sul punto, v. E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, cit.; M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Quad. Cons. St., Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino 1999, pp. 9 ss.; e ivi i contributi di A. PREDIERI, *I procedimenti amministrativi*, pp. 29 ss.; S. CASSESE, *Negoziato e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, pp. 37 ss.; L. MARUOTTI, *Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, pp. 43 ss.; R. CARANTA, *I procedimenti di fronte alle autorità amministrative indipendenti*, in V. CERULLI IRELLI, *Il procedimento amministrativo*, Napoli 2007, pp. 167 ss.

meccanismo democratico, consentendo agli operatori del settore destinatari dell'atto stesso, sia singolarmente, sia mediante proprie associazioni di categoria, di partecipare al relativo procedimento al fine di presentare le proprie osservazioni, di cui l'Autorità dovrà tener conto, in sede di elaborazione dell'atto e nella relativa motivazione²⁷⁰.

Sotto tale profilo, perciò, emerge con evidenza l'importanza del sindacato giurisdizionale sull'effettivo rispetto delle garanzie partecipative (invero esercitato sotto tale aspetto con estremo rigore dal giudice amministrativo), come fattore di legittimazione ulteriore dell'attività delle Autorità indipendenti²⁷¹.

²⁷⁰ Come anticipato, le Autorità indipendenti con poteri di regolazione (in senso stretto) si sono dotate di appositi regolamenti per la disciplina dei relativi procedimenti (per ARERA, v. Allegato A alla deliberazione in data 23.12.2014, n. 649/2014/A cit.; per AGCom, v. Allegato A alla delibera in data 5.4.2019 n. 107/19/CONS cit.).

Si tratta invero di una differenza evidente rispetto all'Amministrazione tradizionale *“che non è padrona della disciplina del proprio procedimento, dettata, invece, dalla legge”*: S. CASSESE, *Negoziante e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, cit., p. 37.

Tutti i procedimenti prevedono la consultazione degli operatori economici destinatari dell'atto di regolazione, sia mediante la presentazione di osservazioni e documenti, sia mediante audizioni, incontri pubblici e seminari.

Nel solo regolamento adottato da ARERA è prevista la possibilità di una deroga alla consultazione pubblica preventiva in presenza di *“ragioni di straordinaria urgenza, emergenza o segretezza”*, di cui l'Autorità deve dar conto nella motivazione dell'atto di regolazione e impone all'Autorità di valutare *“la possibilità di fissare un termine per la presentazione di osservazioni e proposte, al fine di consentire eventuali adeguamenti od integrazioni all'atto di regolazione adottato (c.d. consultazione postuma)”* (art. 5)

In ordine alla necessità di interpretare restrittivamente tale disposizione, in giurisprudenza v. Tar Lombardia, II, 20.8.2019, n. 1901: *“le previsioni regolamentari ... che escludono la previa consultazione pubblica in sede di adozione degli atti di regolazione ... debbano essere interpretate in modo del tutto restrittivo, trattandosi di previsioni eccezionali prima ancora che derogatorie”*; Cons. St., VI, 20.3.2015, n. 1532, che ha annullato un atto di regolazione di ARERA in materia di sbilanciamenti di energia elettrica, in quanto non preceduto dalla necessaria consultazione pubblica, in assenza di ragioni di urgenza che ne avrebbero in via eccezionale consentito la deroga: laddove si ammettesse che le ragioni di urgenza che consentono la deroga alla previa consultazione pubblica possano essere invocate in modo ampio ed elastico *“ne conseguirebbe un'ulteriore e indebita (in quanto tendenzialmente autoprodotta) estensione della deroga al generale principio secondo cui l'esercizio dell'attività di regolazione deve essere ricondotto in modo diretto o indiretto a un circuito di legittimazione democratica (ovvero, in carenza – e in via eccezionale – accompagnato da pregnanti e indefettibili garanzie di carattere partecipativo)”*.

In dottrina, sulla partecipazione ai procedimenti innanzi ad ARERA, v. G. NAPOLITANO, *L'evoluzione della disciplina procedurale della regolazione energetica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, pp. 707 ss.

²⁷¹ V. in giurisprudenza, la recente pronuncia del Tar Lombardia (II, 5.1.2021, n. 18), che ha annullato un atto di regolazione di ARERA di modifica del Testo integrato delle attività di vendita al dettaglio di gas naturale – TIVG al fine di incentivare la diffusione della bolletta in formato elettronico (c.d. bolletta 2.0) nel mercato dei servizi di maggior tutela, non essendo stato preceduto dalla consultazione pubblica e dunque dalla partecipazione dei soggetti interessati: la previsione della consultazione pubblica per l'adozione di atti di regolazione *“è espressione del principio secondo il quale l'esercizio dell'attività di regolazione da parte dell'Autorità di settore impone di assicurare in modo quanto mai ampio la c.d. legalità in senso procedimentale”*, specificando che *“nel caso degli atti di regolazione adottati dalle Autorità amministrative di settore la legge normalmente non indica nei dettagli il relativo contenuto, né descrive in modo prescrittivo le condizioni e i limiti di esercizio della relativa attività”*; Tar Lombardia, 6.9.2016, n. 1629, che ha annullato una delibera di ARERA con la quale venivano apportate modifiche al Testo integrato sulla morosità – TIMOE, prevedendo un inasprimento del trattamento riservato alle imprese di distribuzione dell'energia elettrica qualora esse non adempiano esattamente agli obblighi previsti in caso di morosità dei clienti finali, per violazione

Si assiste dunque ad una sorta di dequotazione del principio di legalità da sostanziale a procedimentale: attraverso la partecipazione dei soggetti interessati dall'atto di normazione secondaria al relativo procedimento si recupera ciò che si era perduto in termini di legalità sostanziale.

Si comprende, pertanto, la centralità delle garanzie procedimentali in queste ipotesi, la cui violazione dà luogo ad illegittimità dell'atto adottato, la quale non può essere sanata attraverso la "prognosi" circa gli esiti che la partecipazione degli operatori avrebbe avuto, in applicazione del principio della c.d. strumentalità delle forme²⁷².

Invero, anche nei procedimenti che si svolgono innanzi alle Amministrazioni tradizionali le garanzie partecipative svolgono un ruolo centrale²⁷³. Tuttavia, un'eccezione alla regola della partecipazione è prevista per i procedimenti intesi alla emanazione di atti normativi e amministrativi generali che in via generale sono esclusi da tale regola dall'art. 13, l. n. 241/1990²⁷⁴.

del regolamento ARERA sulla partecipazione ai procedimenti di regolazione nonché del "principio giurisprudenziale secondo cui, con riferimento ai poteri di regolazione ... la dequotazione del principio di legalità sostanziale, giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire, impone il rafforzamento del principio di legalità procedimentale il quale si sostanzia, tra l'altro nella previsione di più incisive forme di partecipazione degli interessati".

²⁷² Sul punto, v. ancora Cons. St., n. 1532/2015 cit., ove si afferma che "il carattere del tutto fondante che il rispetto della legalità in senso procedimentale riveste nell'ambito della legittimazione dell'esercizio delle attività di regolazione delle Autorità indipendenti non ammette lo svolgimento ex post di un giudizio controfattuale (o di prognosi postuma) circa gli esiti che la pur doverosa partecipazione – in concreto omessa – avrebbe prodotto laddove fosse stata correttamente ammessa" e che gli esiti di tale approccio fattuale "non possono essere sic et simpliciter traslati nel diverso settore dell'esercizio dell'attività di regolazione delle Autorità indipendenti, nel cui ambito il corretto, doveroso e diligente esercizio dell'interlocuzione procedimentale ex ante costituisce di per sé una delle condizioni (non eliminabili e non sostituibili) di conformità a Costituzione dello stesso modello regolatorio prima ancora che di conformità a legge del suo concreto esercizio".

²⁷³ In dottrina, v. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1952, pp. 118 ss.; F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e 'contrattazione'*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1971, pp. 1475 ss.; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in Studi in memoria di Enrico Guicciardi, Padova 1975, pp. 780 ss.; G. ARENA, *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo: analisi dell'esperienza americana*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1976, pp. 286 ss.; M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1980, pp. 225 ss.; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in Dir. amm., 1993, pp. 142 ss.; S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello "neoclassico"*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova 1993, pp. 3 ss.; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2007, pp. 13 ss.; G. DELLA CANANEA, *Il diritto di essere sentiti e la partecipazione*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli 2007, pp. 81 ss.; F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in Dir. amm., 2010, pp. 299 ss.; M. DE BENEDETTO, *Partecipazione [dir. amm.]*, in www.treccani.it, 2015; M.C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016, pp. 283 ss., e ivi anche ID, *I diritti dei partecipanti al procedimento*, pp. 373 ss..

²⁷⁴ Sull'ambito di applicazione e sulla ratio dell'art. 13 l.n. 241/1990 v. in dottrina l'analisi di M.C. ROMANO, *Le ipotesi sottratte all'applicazione delle norme sulla partecipazione*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016, pp. 436 ss.; con riguardo ai procedimenti generali e volti all'emanazione di atti normativi delle Autorità indipendenti l'A. evidenzia che la partecipazione ai procedimenti delle Autorità indipendenti è giustificata da "ragioni non già esclusivamente garantistiche, funzionali all'espletamento del successivo sindacato giurisdizionale, bensì dettate dalla

Dunque, la regola della partecipazione nei procedimenti innanzi alle Autorità indipendenti intesi all'adozione di atti normativi secondari costituisce una "deroga alla deroga" (quella contenuta nell'art. 13 cit.): ed infatti, le garanzie partecipative, nel caso delle Autorità indipendenti sono a presidio (prima e soprattutto) dei procedimenti intesi all'adozione di atti di normazione secondaria (oltre che di atti amministrativi generali e, ovviamente, degli atti amministrativi in senso stretto), e assume un valore più pregnante, costituendo essa stessa la condizione affinché si possa ritenere rispettato il principio di legalità e dunque affinché si possa considerare legittimo l'esercizio del potere (e segnatamente del potere normativo) da parte delle Autorità indipendenti (fermi restando eventuali vizi di contenuto).

Corollario del principio della necessaria partecipazione degli interessati ai procedimenti innanzi Autorità indipendenti è l'obbligo di motivazione analitica dei relativi atti in capo alle Autorità²⁷⁵, al fine di dar conto, da un lato, della rispondenza del potere esercitato alle prescrizioni di legge e, dall'altro, delle osservazioni presentate nell'ambito dei relativi procedimenti da parte degli operatori interessati. Motivazione che, in via successiva (ed eventuale), consente al giudice di esercitare il proprio sindacato sull'atto adottato dall'Autorità, al fine di verificare, in via preliminare, la "stretta consequenzialità di quella specifica regolamentazione con i fini assegnati dalla legge"²⁷⁶, e di verificare se l'atto sia legittimo in quanto adottato all'esito di una effettiva partecipazione procedimentale degli operatori del settore²⁷⁷.

necessità di consolidare la legittimazione istituzionale di queste atipiche figure dell'organizzazione amministrativa", sottolineando che "nei procedimenti davanti alle Amministrazioni indipendenti la partecipazione non si risolverebbe nella sola dimensione collaborativa, intesa come apporto conoscitivo rispetto all'imparziale formazione delle decisioni pubbliche, ma anche come strumento capace di contribuire ad una maggiore parità tra i diversi operatori economici all'interno del mercato" (pp. 445 ss.).

²⁷⁵ L'obbligo di motivazione è ora imposto dalla l. 28.12.2005, n. 262 con riferimento agli atti regolamentari e generali per Banca d'Italia, Consob e Isvap. In dottrina, v. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit. p. 726, secondo il quale l'obbligo di motivazione "costituisce principio valevole anche con riguardo agli atti, normativi e/o generali delle altre Autorità indipendenti".

In giurisprudenza, v., tra le altre, Cons. St., VI, 18.11.2016, n. 4825, di annullamento di atti di regolazione di ARERA per carenza e inadeguatezza della motivazione: "*i contenuti di questi atti (soprattutto di quelli fondamentali, ossia le deliberazioni determinative del coefficiente di demoltiplicazione) denotano più una semplice narrazione delle intenzioni perseguite dall'Autorità e della metodologia operativa da essa seguita, per giungere alla decisione che la stessa andava assumendo, che non una vera spiegazione (motivazione) dei fattori - e della loro combinazione - che inducevano l'Autorità stessa a credere nella adeguatezza e sopportabilità, per le imprese interessate, dei risultati della propria innovazione*".

²⁷⁶ Ancora G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., p. 726.

²⁷⁷ Ovviamente, il sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione delle Autorità indipendenti non è limitato alla verifica dei citati presupposti, ma si estende anche a verificare se la scelta dell'Autorità, connotata da elevata discrezionalità c.d. tecnica, sia ragionevole, non contraddittoria. Su tali aspetti si tornerà *infra*.

Una volta ricondotta l'attribuzione di così ampi e non circoscritti poteri normativi alle Autorità indipendenti nell'alveo del principio di legalità (seppur in senso procedimentale) e (indirettamente) del principio democratico, non è possibile negare in radice l'attribuzione di tali poteri a questo particolare modello di amministrazione indipendente²⁷⁸. E ciò anche perché i poteri normativi affidati alla cura delle Autorità, caratterizzano proprio il modello di amministrazione (ma non senza eccezioni).

A conclusioni diverse deve giungersi, invece, con riferimento a quei casi in cui la previsione di tali competenze normative avviene a livello europeo, rappresentando in tale caso la previsione europea sul potere normativo un presidio ineliminabile per contrastare eventuali tentativi di privare le Autorità di tale competenza fondamentale, che ridonderebbe inevitabilmente in una compressione dell'indipendenza funzionale dell'Autorità²⁷⁹.

In tali casi, laddove cioè il potere normativo è previsto e descritto in ambito europeo si può ritenere che il fondamento di tale potere possa essere rintracciato proprio nel diritto europeo (senza necessità di ricorrere alla giustificazione procedimentale del potere) e che in tal guisa sia soddisfatto il principio di legalità²⁸⁰, il quale deve oggi

²⁷⁸ Del resto, anche in giurisprudenza si è osservato che *“la tradizionale impostazione negativa, secondo la quale l'attribuzione di poteri normativi risulta configurabile solo a fronte di soggetti dotati di rappresentatività (Parlamento, Governo, Consigli regionali e comunali, etc.), appare ormai superata, nella sua assolutezza, dall'evoluzione dell'ordinamento a partire dagli anni novanta del secolo scorso”* (Cons. St., sez. consultiva atti normativi, n. 11603/2005 cit.).

²⁷⁹ In dottrina, v. P. BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1999, pp. 251 ss., ove l'A. evidenzia che l'ambito di competenza normativa delle Autorità indipendenti *“viene in parte e indirettamente “difeso” dal legislatore comunitario che con la sua normazione “invasiva” in materia, pur facendo sempre salva la politicità e discrezionalità nazionale impedisce al parlamento di [n.d.r. compiere] ampi mutamenti di rotta che non siano voluti e predeterminati con direttive comunitarie”*.

²⁸⁰ In dottrina, sulla legittimazione europea dei poteri normativi delle Autorità indipendenti, v. F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in F. BASSI, F. MERUSI, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano 1993; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, cit. part. pp. 113 ss. ove l'A. sottolinea che *“il combinarsi della legittimazione comunitaria col concorrente principio dell'effetto utile, pone l'azione delle autorità (o quantomeno buona parte di questa azione) oltre i dubbi di estraneità all'apparato costituzionale o di radicale incompatibilità col principio di legalità”* e che l'incisiva presenza dell'ordinamento europeo nei settori in cui operano le Autorità indipendenti costituisce *“l'elemento che concorre a rimuovere le residue perplessità sul fondamento costituzionale, in termini generali, del potere regolamentare delle autorità”* (p. 114); F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, relazione al convegno annuale AIC 2005 su *“L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali”*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, part. p. 23 ove l'A. evidenzia che *“in certi settori le norme europee legittimano anche l'esercizio di incisivi poteri normativi, costituendo così una base di legittimazione che permette di considerare soddisfatto il principio costituzionale di legalità”*.

In giurisprudenza, v. Cons. St., sez. cons. atti normativi, n. 11603/2005 cit.: *“se un fondamento legislativo è sempre necessario per stabilire il potere normativo delle cd. autorità indipendenti e i connessi limiti, ad esso si aggiungono (o anzi, ormai, si sovrappongono) anche una “copertura costituzionale” e/o una “copertura comunitaria” che presidono ai vari ambiti di intervento”*.

misurarsi non soltanto con riferimento a norme legislative nazionali, ma anche con disposizioni di rango europeo²⁸¹.

Tale argomentazione è conforme alla giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo cui il diritto europeo può costituire una base legale idonea a soddisfare il principio di legalità sostanziale²⁸².

Resta fermo, tuttavia, - ma la considerazione è più di politica del diritto - che, laddove manchi la previsione europea del potere, sarebbe comunque opportuno che fosse il legislatore a dettare prescrizioni sostanziali specifiche circa l'oggetto, i criteri e i limiti del potere normativo delle Autorità indipendenti, almeno laddove tale potere vada ad incidere in materie coperte da riserva di legge (relativa)²⁸³; riserva di legge che, come osservato in dottrina, investe "tutti i settori in oggetto"²⁸⁴.

In altri termini, il principio di legalità deve essere inteso non soltanto in negativo, come divieto di esercitare un potere normativo in assenza di una adeguata base legislativa, ma anche in positivo, come necessità che sia l'istituzione democratica (il Parlamento) ad individuare i "contorni" del potere normativo delle Autorità indipendenti e i fini da perseguire attraverso il suo esercizio, limitando in tal modo l'ambito di scelta (la discrezionalità, potremmo dire) delle Autorità indipendenti, alle quali non è consentito - a pena di insanabile contrasto con il nostro ordinamento costituzionale - perseguire un proprio indirizzo politico²⁸⁵.

²⁸¹ In tal senso, v. F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, cit. p. 115, ove l'A. evidenzia che "il principio di legalità non è più una regola di coerenza tutta interna all'ordinamento statale, ma involge anche gli atti comunitari", esistendo "una sostanziale equiparazione tra legge statale e norma comunitaria, anche in settori nei quali la legge è garanzia democratica e clausola di salvaguardia dei diritti dell'individuo".

²⁸² Corte cost. n. 383/1998 che, in materia di accesso ai corsi universitari, ha affermato che affinché il principio di legalità (e la connessa riserva di legge in materia) sia rispettato è necessario che l'atto normativo "sia inserito in un contesto di scelte normative sostanziali predeterminate, tali che il potere dell'amministrazione sia circoscritto secondo limiti e indirizzi ascrivibili al legislatore. Analoga funzione nella composizione di tale contesto, e quindi di delimitazione della discrezionalità dell'amministrazione, deve essere riconosciuta alle norme comunitarie dalle quali derivino obblighi per lo Stato incidenti sull'organizzazione degli studi universitari", rilevando nel caso oggetto di esame che "è, principalmente e particolarmente, a queste norme che, nella specie, in carenza di un quadro organicamente predisposto dal legislatore nazionale per la disciplina del numero delle iscrizioni ai corsi universitari, deve farsi riferimento".

²⁸³ Sull'istituto della riserva di legge, v. R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.* XL, Milano 1989, pp. 1207 ss.; L. CARLASSARE, *Regolamento*, cit., p. secondo la quale il principio di legalità in senso sostanziale si distinguerebbe "solo quantitativamente dalla riserva di legge relativa" (p. 622); ID, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma 1990; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, cit. part. pp. 248 ss.; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, ed. agg. L.A. MAZZAROLLI, D. GIROTTO, Torino 2018, part. pp. 201 ss.

²⁸⁴ In tal senso, v. V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 96. V. anche ID, *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità*, in F.A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, cit..

²⁸⁵ In dottrina, v. G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit. p. 178, secondo il quale "il fatto che le autorità indipendenti si collochino "in un'area di soggezione esclusiva

2.5. La collocazione degli atti normativi delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti del diritto e il problema dei rapporti con la legge e con i regolamenti del Governo.

Tali riflessioni investono di conseguenza il profilo dei rapporti istituzionali tra Parlamento (la legge) e le Autorità indipendenti (gli atti normativi dalle stesse adottate) e il riparto di competenza tra le due istituzioni.

Come osservato in dottrina, infatti, spetta al legislatore operare le “scelte di fondo che ineriscono un certo assetto di mercato o un certo equilibrio tra diritti dei consumatori e libertà di iniziativa economica”, le quali si differenziano dalle “preferenze strumentalmente motivate, le quali ineriscono aspetti tecnici e solo integrativi delle scelte di fondo e costituiscono, esse soltanto, patrimonio esclusivo delle Autorità indipendenti”²⁸⁶.

Si tratterebbe, in sostanza, di una sorta di riserva di competenza normativa (tecnicistica) in capo alle Autorità indipendenti, la cui sfera non può essere invasa dal legislatore mediante l'adozione di una disciplina dettagliata, al pari tecnicistica, sostitutiva di quella adottata dalle Autorità²⁸⁷.

alla legge” deve valere non solo in negativo, nel senso che non vi devono essere condizionamenti e indirizzi da parte dell'esecutivo, ma anche in positivo, nel senso che la legge deve dettare i criteri direttivi entro cui l'attività delle autorità indipendenti va a spiegarsi”; e ancora “l'estraneità delle autorità al circuito politico-rappresentativo, se da un lato è indispensabile alla loro indipendenza funzionale dal potere politico, dall'altro impedisce che attribuzioni lato sensu politiche possano essere riferite ai soggetti in esame, i quali le eserciterebbero esonerati da qualsivoglia giudizio comportante responsabilità politica”. Secondo l'A. tuttavia le Autorità indipendenti, in quanto amministrazioni, sono soggette al diritto amministrativo, costituito anche da quel corpus di principi di elaborazione giurisprudenziali “che costituiscono la parte generale non scritta di tale branca del diritto” e “tale rete di principi “copre” le lacune e schematismi della legislazione e in definitiva assicura il rispetto della riserva di legge” (p. 187). In conclusione, dunque, secondo l'A. “il principio di legalità non si risolve in un rapporto Parlamento-amministrazione, e dunque nella verifica di conformità dell'attività di quest'ultima alle previsioni dettate dal primo, bensì nella verifica di conformità dell'attività di quest'ultima alle previsioni dettate dal primo, bensì nella verifica (di conformità-raffrontabilità) tra attività amministrativa e ordinamento complessivo, comprese cioè le c.d. norme sans texte” (p. 188).

²⁸⁶ F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, relazione al convegno su “Le Autorità amministrative indipendenti”, tenuto in memoria di V. CAIANIELLO in Roma in data 9.5.2003, pubblicato in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸⁷ Tale affermazione sembra in linea con la ricostruzione di F. POLITI, *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, XXXVI, Roma 2002, il quale evidenzia che “nel nostro ordinamento la legge non solo non rivest[e] il ruolo di fonte “massima”, venendosi piuttosto a collocare all'interno di un quadro composito e variegato non riconducibile ad un principio di unità gerarchicamente ordinato, ma piuttosto ricostruibile secondo una logica di tipo pluralistico, in cui particolare risalto va assegnato al principio di competenza quale regola di ripartizione fra gli ambiti di influenza delle diverse fonti dell'ordinamento”. V. anche ID, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., pp. 205 ss.

Ammettere tale ultima ipotesi del resto comporterebbe, da un lato, negare in radice l'utilità del ricorso al modello dell'Amministrazione indipendente e, dall'altro, una ineliminabile compressione dell'indipendenza delle Autorità.

È la stessa collocazione istituzionale delle Autorità indipendenti, titolari del potere normativo, a determinare un “mutamento di significato” dell'intervento del legislatore, perché “la legge non viene più a configurarsi come arbitro incontestato delle diverse materie, dovendo essa lasciare al potere regolamentare dell'organo in questione lo spazio costituzionalmente spettante”²⁸⁸.

Quanto osservato con riferimento all'ambito di autonomia e di competenza normativa riservato alle Autorità indipendenti e, conseguentemente, ai rapporti con il legislatore, comporta inevitabili conseguenze in ordine alla collocazione degli atti normativi delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti del diritto²⁸⁹.

In dottrina, si è a lungo discusso circa l'esatta collocazione degli atti normativi delle Autorità indipendenti nell'ambito della gerarchia delle fonti del diritto e, in particolare, in ordine al rapporto degli stessi con la legge (precedente e successiva), e quindi in merito alla qualificazione di tali atti come fonti primarie o secondarie²⁹⁰.

E così, secondo alcuni i regolamenti delle Autorità indipendenti sarebbero fonti secondarie²⁹¹, essendo il sistema delle fonti chiuso a livello primario; secondo altri, si tratterebbe di fonti primarie o sub-primarie, e cioè in grado di disciplinare

²⁸⁸ F. POLITI, *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 6.

²⁸⁹ Sulle fonti del diritto in generale, v. V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano 1968, pp. 925 ss.; F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano 1997, pp. 561 ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, cit.; ID, *Fonti del diritto*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, II ed., Bologna 2011; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, XXXV, Padova 2004; L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II.2, Milano 2007, pp. 536 ss.. Per un'analisi critica del sistema delle fonti del diritto a fronte dei mutamenti istituzionali, C. PINELLI, *Le fonti del diritto nell'epoca dell'internazionalizzazione*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 359 ss.

²⁹⁰ Per una compiuta ricostruzione del dibattito dottrinale in materia, v. S. MARZUCCHI, *Regolamenti delle Autorità indipendenti*, in *Diz. dir. pubbl.*, Milano 2006, p. 5020 ss.; S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le Autorità indipendenti*, cit. V. anche S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, cit., part. pp. 143 ss., per una interessante ricostruzione dei rapporti con la legge degli atti normativi delle Autorità indipendenti, qualificati come regolamenti c.d. quasi-indipendenti, in quanto “non si può parlare di regolamenti davvero indipendenti perché gli interessi sono predefiniti dal legislatore, tuttavia non sono neanche regolamenti meramente attuativi-esecutivi” (p. 143). Tale ricostruzione, secondo l'A., “risulta coerente col ruolo svolto dalle autorità indipendenti, che non è quello di eseguire, dare attuazione, ma regolare e quindi anche regolamentare, in conformità alle esigenze che via via si pongono nel settore di afferenza, anche e soprattutto sulla base del dato dell'esperienza, della prassi, l'azione di quanti vi operano” (144).

²⁹¹ S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Padova 2002; A. PREDIERI, *La Consob nell'apparato amministrativo*, in G. M. FLICK (a cura di), *La Consob. L'istituzione e la legge penale*, cit.,

autonomamente materie aventi “dignità legislativa”, tuttavia non disciplinate dalla legge²⁹².

La scelta tra l’una e l’altra opzione determina conseguenze rilevanti circa la capacità derogatoria della legge da parte dell’atto normativo dell’Autorità indipendente.

Ed infatti, qualora si riconoscesse valore primario agli atti di normazione delle Autorità, si dovrebbe conseguentemente ammettere la capacità degli stessi di derogare a disposizioni legislative precedenti (*lex posterior derogat priori*) e, in virtù del criterio della competenza²⁹³, si dovrebbe ritenere che gli stessi non potrebbero essere abrogati o modificati da una legge successiva.

Tuttavia, pur a fronte delle peculiarità evidenziate che caratterizzano questa particolare categoria di atti normativi – peculiarità in larga parte derivanti dalla particolare collocazione istituzionale del soggetto emanante e dalle ragioni che hanno spinto il legislatore stesso a ricorrere a tale modello – la tesi della natura di fonte primaria degli stessi appare troppo ardita.

Sembra preferibile propendere per la natura di fonte secondaria dei regolamenti delle Autorità indipendenti, seppure con alcuni tratti eccezionali. Ed infatti, a differenza degli altri atti normativi di fonte secondaria sui quali, in virtù del principio di gerarchia delle fonti, la legge prevale sempre, i regolamenti delle Autorità indipendenti sarebbero “gerarchicamente atipici”²⁹⁴: la competenza esclusiva ad essi attribuita escluderebbe infatti il rapporto di gerarchia con la legge²⁹⁵.

Ciò significa che una legge successiva non potrebbe invadere l’ambito di competenza esclusiva riservato all’Autorità indipendente, dettando una disciplina dettagliata sostitutiva di quella prevista nell’atto normativo dell’Autorità.

²⁹² M.S. GIANNINI, *Consob*, in G.M. FLICK (a cura di), *La Consob. L’istituzione e la legge penale*, cit., p. 57-59, secondo il quale i regolamenti della Consob “anche se si chiamano regolamenti, non sono fonti secondarie ma primarie: non come le leggi, perché non possono modificare norme imperative di leggi; possono però modificare norme dispositive, e possono sviluppare autonomamente materie aventi dignità legislativa non trattate dalla legge”; E. CARDI, *Commento agli artt. 1-4 della legge n. 281 del 1985*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1990, pp. 285 ss.

²⁹³ Sul criterio della competenza, in dottrina v. V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., part. pp. 962 ss.; ID, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, pp. 775 ss.

²⁹⁴ E. CARDI, *Commento agli artt. 1-4 della legge n. 281 del 1985*, cit.; nello stesso senso, v. N. MARZONA, *L’amministrazione pubblica del mercato mobiliare*, Padova 1988, secondo la quale il rapporto tra legge e regolamenti delle Autorità indipendenti sarebbe di complementarità e non di subordinazione.

²⁹⁵ Del resto, in giurisprudenza si riconosce che “il sistema delle fonti sembra negli ultimi anni svilupparsi in processi di produzione complessi, nei quali criterio di gerarchia e criterio di competenza si sostituiscono e sovrappongono ripetutamente” (Cons. St., sez. consultiva atti normativi, n. 11603/2005 cit.).

Quanto al rapporto tra i regolamenti delle Autorità e regolamenti del Governo, essi sono sicuramente regolati dal criterio di competenza, attesa la natura di fonte secondaria di entrambi, con la conseguenza che il Governo attraverso propri regolamenti non potrebbe appropriarsi delle attribuzioni normative delle Autorità o condizionarne l'esercizio²⁹⁶. Del resto, si tratta di una notazione ovvia, se solo si considera che è la necessaria indipendenza (presidiata dal diritto europeo), prima ancora che la ricostruzione dei rapporti tra regolamenti di Governo e Autorità indipendenti, ad imporre tale soluzione.

2.6. Gli atti normativi delle Autorità indipendenti e l'autonomia privata. Gli effetti indiretti del potere normativo delle Autorità: l'eterointegrazione dei contratti.

Gli atti normativi secondari delle Autorità indipendenti incidono, sotto differenti profili, sull'autonomia contrattuale delle parti.

Dall'analisi che si è fornita, a titolo esemplificativo, di alcuni atti normativi secondari di ARERA e AGCom emerge con evidenza che la disciplina ivi contenuta investe tanto il procedimento di formazione del contratto (si pensi, ad esempio, alla disciplina sui contratti conclusi a distanza e fuori dai locali commerciali), quanto le informazioni precontrattuali da fornire ai clienti, nonché le modalità di esecuzione del contratto e la qualità dei servizi erogati; altre volte è la stessa determinazione del corrispettivo del servizio fornito ad essere vincolato (almeno nel limite massimo) ovvero definito dalla stessa dall'Autorità.

²⁹⁶ In tal senso, v. A. CERRI, *Regolamenti*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma 1991, pp. 4 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., part. p. 360: "la "ratio" delle leggi istitutive di organi siffatti sarebbe infatti lesa o elusa in modo manifesto, se il Governo potesse usurpare le loro attribuzioni o condizionarne l'esercizio, sia pure nella forma di un regolamento" (p. 360).

In giurisprudenza, per la ricostruzione dei rapporti tra regolamenti del Governo e delle Autorità indipendenti in termini di competenza, interessante una recente pronuncia del Tar Lombardia (I, 28.11.2019, n. 2538) che, in materia di tariffe per la valorizzazione dei titoli di efficienza energetica, ha annullato un atto regolamentare del Governo con il quale veniva stabilito un tetto massimo per la determinazione della tariffa, cui ARERA (illegittimamente) si era conformata. Secondo il Tar "con il pedissequo recepimento del dettato ministeriale, Arera ha in sostanza abdicato all'esercizio delle proprie indefettibili potestà di regolazione, siccome inequivocabilmente scandite dal diritto dell'Unione e dall'ordinamento domestico, mancando di autonomamente provvedere alla determinazione dei criteri per la copertura dei costi sopportati dai distributori in ragione dell'acquisto dei certificati bianchi, soggiacendo a puntuali prescrizioni promananti dall'Autorità governativa", mentre l'Autorità avrebbe dovuto "rivendicare la propria esclusiva sfera di competenza in materia tariffaria, provvedendo a dispiegare in piena autonomia le prerogative e i munera regolatori che le pertengono, al di là ed a prescindere dalla regola ministeriale ... che per Arera non avrebbe dovuto assumere significanza precettiva o vincolante".

Si tratta di aspetti che, in vario modo, incidono e limitano l'autonomia contrattuale delle parti, in funzione di tutela del contraente debole, e cioè del cliente finale (consumatore), al fine di perseguire gli obiettivi e le finalità connessi alla regolazione dei rispettivi mercati²⁹⁷.

Ma gli atti normativi delle Autorità indipendenti incidono sull'autonomia contrattuale non solo in modo indiretto – e cioè attraverso l'emanazione di regole atte ad orientare la formazione del consenso delle parti, a definire e imporre determinati obblighi di comportamento agli operatori economici, *etc.* – ma anche in via diretta, mediante la produzione di un ulteriore e rilevante effetto (espressione di un corrispondente potere in capo alle stesse Autorità): la eterointegrazione dei contratti di utenza²⁹⁸.

²⁹⁷ E così, ad esempio, nel mercato dell'energia elettrica, l'autonomia contrattuale risulta essere limitata sotto differenti profili.

Un primo aspetto della riduzione dell'autonomia contrattuale è riscontrabile nella determinazione di alcune voci della bolletta elettrica, che vengono fissate da ARERA, sia nell'ambito del mercato tutelato che di quello libero. Si tratta del corrispettivo per il servizio di rete (trasporto, distribuzione e gestione del contatore), ovvero agli oneri generali di sistema (corrispettivi a copertura di costi per attività di interesse generale per il sistema elettrico). Occorre poi distinguere a seconda che il contratto di utenza venga stipulato nell'ambito del mercato cd. di maggior tutela, ovvero del mercato libero. Nel primo, infatti, anche il corrispettivo per il servizio di vendita è fissato dall'Autorità. Nell'ambito del mercato libero, al contrario, il prezzo del servizio di vendita dell'energia elettrica è fissato autonomamente dal fornitore.

Un ulteriore e assai incisivo aspetto caratterizzante la ridotta autonomia contrattuale è riconducibile alla predisposizione delle condizioni contrattuali da parte dell'Autorità. Come anticipato, con il Codice di condotta commerciale (delibera ARERA n. 366/2018/R/com cit.) ARERA ha definito i criteri per la comunicazione dei prezzi di fornitura del servizio e le informazioni contrattuali minime per la promozione delle offerte commerciali, specificando altresì il contenuto minimo per la redazione dei contratti di fornitura. In particolare, sono previsti: - obblighi di trasparenza in capo ai venditori, che devono fornire le informazioni relative alle proprie offerte contrattuali in modo trasparente, completo e non discriminatorio; - particolari criteri di comunicazione dei prezzi di fornitura del servizio, tali da garantire la confrontabilità delle offerte; - obblighi relativi alla promozione delle offerte contrattuali. Il titolo IV del Codice di condotta commerciale è dedicato ai Contratti di fornitura. In particolare, sono fissati specifici criteri di redazione dei contratti di fornitura e ne viene indicato il contenuto minimo (identità e indirizzo delle parti e indirizzo della fornitura; indicazione delle prestazioni oggetto del contratto; le condizioni economiche del servizio; le modalità per la determinazione di eventuali variazioni dei corrispettivi nonché le condizioni economiche delle prestazioni accessorie; le forme di garanzia eventualmente richieste al cliente ed ogni altro onere posto a carico del cliente finale in relazione alla conclusione e all'esecuzione del contratto; le modalità di fatturazione, *etc.*).

Sono poi previsti particolari obblighi di trasparenza e comparabilità delle offerte, che devono essere pubblicate sul Portale Offerte (istituito con delibera ARERA 51/2018/R/com) al fine di favorire una maggiore conoscenza e comprensione da parte degli utenti delle offerte commerciali presenti sul mercato.

In dottrina, sui rapporti tra regolazione e autonomia contrattuale v. A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza (il rapporto tra autonomia contrattuale e disciplina del mercato)*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust*, cit., II, Torino 2010, pp. 1095 ss.

²⁹⁸ In dottrina, sull'eterointegrazione dei contratti ad opera degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti v. C. FERRARI, *Integrazione autoritativa e integrazione autentica nei contratti regolati*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, pp. 310 ss.; E. TEDESCO, *Regolazione dell'economia e integrazione del contratto. Il rapporto tra le autorità di regolazione e l'autonomia privata*, in *Contratti*, 2021, pp. 231 ss.; C. FERRARI, *Integrazione autoritativa e integrazione autentica nei contratti regolati*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, cit.; A. AZARA, *Fonti sub-primarie e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2020, pp. 194 ss.; T.

Si tratta di un potere che pone dei profili problematici che attengono, sostanzialmente, alla possibilità e alle condizioni in presenza delle quali fonti secondarie – quali gli atti normativi delle Autorità indipendenti – possono integrare i contratti di utenza, andando ad incidere sull'autonomia contrattuale delle parti, coperta da riserva di legge (art. 41 Cost.), e sancita dall'art. 1322 cod. civ..

Ed infatti il contratto di utenza²⁹⁹ – cioè il contratto stipulato tra l'operatore economico del mercato (elettrico, delle telecomunicazioni, e così via) e l'utente finale del servizio – è un contratto di diritto privato cui si applica la disciplina contenuta nel codice civile³⁰⁰.

Nel codice civile, il fenomeno dell'integrazione del contratto è disciplinato dagli artt. 1374 e 1339. Ai sensi dell'art. 1374 cod. civ. il contratto obbliga le parti, oltre a quanto in esso previsto, “anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità”. L'art. 1339 cod. civ. prevede che “le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge, sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti”³⁰¹.

Entrambe le disposizioni richiedono che per poter etero-integrare il rapporto contrattuale liberamente determinato dalle parti sia necessaria una disposizione legislativa.

SICA, *Il ruolo del contratto di dispacciamento di energia elettrica nel mercato regolato*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 810 ss.; ID, *Autorità indipendenti e autonomia privata: le soluzioni del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 2497 ss.; M. ANGELONE, *Diritto privato “regolatorio”, conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle “authorities”*, in *Nuove Autonomie*, 2017, pp. 441 ss.; D. SIMEOLI, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Dig. disc. priv.*, Agg. Torino 2014, pp. 94 ss.; R. ROLLI, *Autorità, libertà e indipendenza. La copertura costituzionale delle autorità indipendenti*, in F. LUCIANI (a cura di), *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli 2011, pp. 174 ss.; M. LIBERTINI, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2010, pp. 63 ss.; C. SOLINAS, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura dell'energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato*, in *Contr. impr.*, 2010, pp. 1368 ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli 2008, pp. 44 ss.; G. GITTI (a cura di), *Il contratto e le autorità indipendenti. La metamorfosi dell'autonomia privata*, Bologna 2006; V. RICCIUTO, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, in *AA.VV.*, *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli 2006, pp. 971 ss.; E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, pp. 515 ss..

²⁹⁹ In dottrina, sui contratti di utenza v. G. ALPA, *Contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, pp. 107 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova 2001; M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.*, 2000; L. MANCINI, *I contratti di utenza pubblica*, in *Dir. amm.*, 2002; V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo*, cit., part. pp. 185 ss.

³⁰⁰ Sul punto, v. Corte cass., III, 2.12.2002, n. 17041: “il rapporto di utenza telefonica costituisce ... un servizio pubblico essenziale, soggetto tuttavia al regime contrattuale di diritto comune ed alle relative regole di adempimento e di prestazioni secondo buona fede”.

³⁰¹ Sul tema dell'integrazione del rapporto contrattuale, per tutti v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969.

Il potere di eterointegrazione dei contratti per effetto degli atti normativi delle Autorità indipendenti deve dunque ritenersi ammissibile se espressamente previsto da una disposizione di rango legislativo³⁰².

Soccorre in tal senso - limitatamente alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità - il rinvio, operato dall'art. 2, co. 12, lett. h), l.n. 481/1995 - che, come visto, attribuisce alle predette Autorità il compito di emanare "*direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi*" - all'art. 2, co. 37, l.n. 481/1995 ai sensi del quale "*il soggetto esercente il servizio predispone un regolamento di servizio nel rispetto dei principi di cui alla presente legge Le determinazioni delle Autorità di cui al comma 12, lettera h), costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio*".

In sostanza, in forza di dette disposizioni, si riconosce agli atti di regolazione delle Autorità efficacia integrativa dei contratti di utenza individuali, attraverso la mediazione dell'integrazione del regolamento di servizio predisposto dall'operatore economico. Dunque, è il combinato disposto dell'art. 2, co. 12, lett. h) e dell'art. 2, co. 37, l.n. 481/1995 a costituire la base legale per l'integrazione del contratto ad opera di disposizioni contenute in atti normativi (secondari) delle Autorità³⁰³.

³⁰² In giurisprudenza, v. Cons. St., VI, 27.6.2019, n. 4422, ove si esclude "*la possibilità di modificare in via amministrativa l'assetto degli interessi stabilito dalle parti*" essendo necessaria una espressa previsione legislativa: "*essendo il potere di autoregolamentazione dei privati attribuito dalla legge, la "conformazione amministrativa" del contratto richiede un fondamento normativo avente pari rango nel sistema delle fonti*".

In dottrina, v. A. AZARA, *Fonti sub-primarie e integrazione del contratto*, cit., ove l'A. sostiene che "*l'integrazione additiva di clausole eteronome richiede una norma di rango primario e non può trovare fondamento nella teoria dei c.d. poteri impliciti. La legge ben potrà devolvere alle Autorità indipendenti poteri eteronomi, ma dovrà stabilire espressamente la competenza eterointegrativa della fonte inferiore. Inefficace sarà l'eventuale disposizione eteronoma di fonte secondaria non abilitata ad integrare l'atto di autonomia privata in forza di una formula espressa contenuta nella legge*".

³⁰³ In giurisprudenza, v. Corte cass., VI, 31.10.2014, n. 23184: "*la struttura di questa norma consente di affermare che dall'esercizio da parte dell'A.E.G.G. del potere da essa previsto possa senz'altro derivare una integrazione del contratto di utenza ai sensi dell'art. 1339 c.c. (possibile anche senza una sostituzione di clausola prevista, sostituzione che può, comunque, essere anche solo parziale e, quindi, modificativa)*"; Cons. St., VI, 24.5.2016, n. 2182: l'art. 2, co.12, lett. h) e l'art. 2, co. 37, l.n. 481/1995 "*attribuiscono all'Autorità ampi poteri di etero-integrazione, suppletiva e cogente, dei contratti ... per il perseguimento delle specifiche finalità individuate. Si tratta di un potere che, essendo previsto da una norma imperativa, diventa esso stesso, insieme a tale norma, parametro di validità del contratto. Perciò il contenuto dei contratti viene integrato, secondo lo schema dell'art. 1374 cod. civ., dall'esercizio del potere dell'Autorità ovvero – qualora detti contratti contengano clausole difformi da quanto previsto dalla determinazione dell'Autorità stessa – tali clausole vanno, ai sensi del primo comma dell'art. 1418 cod. civ., ritenute nulle per contrarietà a norma imperativa*"; nello stesso senso, v. anche Cons. St., VI, n. 24.2.2020, n. 1368; Tar Lombardia, II, 14.5.2014, n. 1258: "*deve affermarsi l'esistenza di un potere per l'Autorità per l'energia elettrica e il gas di eterointegrazione dei contratti, ai sensi dell'art. 1339 c.c.*"; Cons. St., VI, 25.10.2019, n. 7296: "*l'Autorità di settore che è una Autorità di regolazione e, quindi, [è] titolare del compito di porre regole di condotta ulteriori nel rispetto delle prescrizioni legali. Si tratta di regole che entrano, con funzione di eterointegrazione, nel singolo contratto, il quale dovrà uniformarsi ad un parametro normativo ampio, rappresentato dalle regole normative e amministrative di condotta*". E ancora, recentemente, Cons. St., VI, 4.2.2020, n. 879, che

E così, la Corte di Cassazione ha riconosciuto che “poiché tali atti sono emanati sulla base di una previsione di legge”, quando “il loro profilo funzionale ed il loro contenuto possa essere considerato come determinativo di una clausola rispetto al contratto di utenza” è giustificata l’applicazione dell’art. 1339 cod. civ. in quanto, con la locuzione “clausole”, la norma del Codice si riferirebbe non solo “al caso nel quale la legge individui essa stessa direttamente la clausola da inserirsi nel contratto”, ma anche “all’ipotesi in cui la legge preveda che l’individuazione della clausola sia fatta da una fonte normativa da essa autorizzata”³⁰⁴.

Tuttavia, l’integrazione dei contratti per mezzo degli atti normativi delle Autorità indipendenti non è illimitata, ma incontra un duplice ordine di limiti: l’uno, per così dire, strutturale (in quanto attinente alla struttura del sistema delle fonti) e, l’altro, finalistico.

Da un lato, non è possibile che le prescrizioni integrative dell’Autorità deroghino a norme imperative; ciò che invero deriva dalla stessa natura di fonte secondaria degli atti di regolazione (in senso stretto) delle Autorità. E, dall’altro, dette prescrizioni integrative devono pur sempre perseguire la finalità di tutela del cliente finale, obiettivo – questo – espressamente sancito dall’art. 1, l.n. 481/1995³⁰⁵.

riconosce in capo all’AGCom “*poteri ampi di eterointegrazione, suppletiva e cogente, dei contratti per il perseguimento di specifici obiettivi individuati. Tal potere, in quanto attribuito da una norma imperativa, diventa esso stesso, insieme a tale norma, parametro di validità del contratto. Il contenuto dei contratti viene così integrato, secondo lo schema dell’art. 1374 c.c., dall’esercizio di tal potere da parte dell’Autorità o, se del caso (per i contratti contenenti clausole difforni da quanto statuito dall’Autorità stessa), queste ultime sono nulle, ai sensi dell’art. 1418, I c., c.c.*”; nello stesso senso, v. Cons. St., VI, 24.5.2016, n. 2182.

³⁰⁴ Corte cass. n. 23184/2014 cit.; nello stesso senso v. anche Corte cass., III, 30.8.2011, n. 17786.

³⁰⁵ Ancora Corte cass. n. 23184/2014 cit. “*il potere normativo secondario dell’Autorità per l’Energia Elettrica ed il Gas ai sensi dell’art. 2, comma 2, lett. h), si può concretare anche nella previsione di prescrizioni che, attraverso l’integrazione del regolamento di servizio, di cui allo stesso art. 2, comma 37 possono in via riflessa integrare, ai sensi dell’art. 1339 c.c., il contenuto dei rapporti di utenza individuali pendenti anche in senso derogatorio di norme di legge, ma alla duplice condizione che queste ultime siano meramente dispositive e, dunque, derogabili dalle stesse parti, e che la deroga venga comunque fatta dall’Autorità a tutela dell’interesse dell’utente o consumatore, restando, invece, esclusa - salvo che una previsione speciale di legge o di una fonte comunitaria ad efficacia diretta - non la consenta - la deroga a norme di legge di contenuto imperativo e la deroga a norme di legge dispositive a sfavore dell’utente e consumatore*”; v. anche Cons. St. n. 5622/2008 che, con riferimento ad una disposizione contenuta nel Codice di condotta commerciale adottato da ARERA sul c.d. diritto di ripensamento esteso – in violazione di una espressa disposizione legislativa contenuta nel Codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005) – anche ai clienti non consumatori, ha osservato che “*il richiamo all’art. 1339 c.c. ... non può valere ad alterare l’ordine gerarchico delle fonti, consentendo ad una disposizione di rango secondario di scavalcare, entrando nel contenuto contrattuale in sostituzione di pattuizioni negoziali, norme di legge*”.

In dottrina, in merito alla necessaria finalità dell’integrazione contrattuale ad opera dei regolamenti delle Autorità indipendenti di tutelare i destinatari dei servizi forniti, v. G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, Milano, 2014, part. pp. 325 ss.

Nell'ambito di detti limiti, in presenza di una espressa previsione legale che a ciò consenta, è da ritenere che il nostro ordinamento ammetta che, nei settori cui sono deputate Autorità di regolazione (e segnatamente, in quelli dell'energia elettrica e del gas, nonché in quello delle comunicazioni elettroniche), il rapporto contrattuale possa essere etero-integrato dalle previsioni contenute in atti di regolazione adottati dalle Autorità stesse, per il perseguimento delle finalità stabilite dalla legge, prima tra tutte la tutela dei clienti finali.

3. Gli atti c.d. di *soft law*.

La capacità delle Autorità indipendenti di disciplinare i settori cui sono preposte si esprime (in alcuni casi) non soltanto nell'esercizio dei poteri normativi (laddove) ad esse attribuiti, ma anche mediante l'adozione regole contenute in atti amministrativi, di carattere non vincolante, caratterizzati da un alto tasso di informalità; espressione perciò di poteri non autoritativi, ma che si impongono - in considerazione dell'autorevolezza della fonte da cui promanano - agli operatori che (pur non essendovi costretti) conformano comunque la propria attività alle relative prescrizioni³⁰⁶.

Si tratta degli atti di c.d. *soft law*³⁰⁷, che pongono problemi di sistematizzazione all'interno delle tradizionali categorie concettuali³⁰⁸.

La dottrina sul punto è divisa tra chi sembrerebbe riconoscere ad essi natura sostanzialmente normativa³⁰⁹ e chi ritiene si tratti di atti amministrativi generali atipici,

³⁰⁶ Recentemente sull'argomento in dottrina v. M.E. BUCALO, *Autorità Indipendenti e soft law*, Torino 2018.

³⁰⁷ In generale sul fenomeno della c.d. *soft law*, v. M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.* 2017, pp. 127 ss., ove l'A. evidenzia come solo recentemente sia emersa la nozione di *soft law* "inteso come diritto privo di coercibilità in senso tradizionale". Secondo l'A. il tratto caratterizzante gli atti di *soft law* è, in negativo, "ciò che manca, e cioè l'assenza di coercibilità" (diritto non vincolante, appunto); mentre in positivo il concetto di *soft law* può essere inteso come "diritto espressione di cooperazione, in quanto pone in essere precetti privi di sanzione, ossia precetti la cui ottemperanza è volontaria".

V. anche A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in www.rivistaaic.it; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova 2008; M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna 2010; M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.* 2015, pp. 683 ss.

³⁰⁸ Sulla difficoltà di ricondurre gli atti delle Autorità indipendenti nelle categorie giuridiche tradizionali, v. A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Milano 1997, part. p. 88 ove l'A. evidenzia che di fronte alla grande novità portata dalle Autorità indipendenti nel nostro sistema costituzionale, risulta difficile ragionare per categorie tradizionali quali quelle di "atto normativo" o di "atto amministrativo generale".

³⁰⁹ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit. part. pp. 143 ss. ove l'A. qualifica gli atti di *soft law* come "altre manifestazioni del potere normativo, frequenti nei

inidonei ad incidere autoritativamente sulle posizioni giuridiche dei terzi³¹⁰, comunque atti non normativi³¹¹.

Sono ricompresi in tale categoria diversi tipi di atti – raccomandazioni, istruzioni, circolari, inviti³¹², comunicazioni, messaggi, linee guida, secondo alcuni addirittura le relazioni annuali delle Autorità laddove contengono riferimenti ai principi interpretativi seguiti nell'applicazione della normativa³¹³, ovvero i modelli/formulari predisposti dall'AGCM per le comunicazioni delle intese e delle concentrazioni vietate³¹⁴ – che svolgono sia una funzione interpretativa e integrativa delle norme

settori in cui sono istituite le autorità indipendenti, caratterizzate da un elevato grado di informalità e che si collocano al di fuori del sistema delle fonti tipizzate dando origine a quelle che nel dibattito anglosassone sono qualificate come *tertiary rules*". In generale sugli atti di *soft law* (non solo quelli adottati dalle Autorità indipendenti) come fonti del diritto v. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova 2008, part. p. 27.

³¹⁰ Sul punto, v. S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, cit. part. p. 161 ss. ove peraltro è fornita una analisi di alcuni atti di *soft law* adottati dalle Autorità indipendenti. L'A. sostiene che gli atti di *soft law* delle Autorità indipendenti non possano essere considerati vincolanti soltanto per la circostanza che, in concreto, i soggetti regolati vi si attengono in ragione dell'autorevolezza della fonte da cui promanano; tuttavia, secondo l'A., con l'adesione all'orientamento che tende a contenere il valore di tali atti "non si intende comunque ridimensionare in alcun modo il dato secondo cui di fatto l'influenza da essi esercitata sull'attività degli operatori è notevole" (p. 168-169).

³¹¹ V. sul punto R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino 2009, pp. 33-37, che, con riferimento alla *soft law* parla di un "mondo di ectoplasmi normativi, riassunti nella comoda categoria del *soft law* ... Deve ignorarli il giurista? La domanda è difficile perché mal posta. A me sembra che il giurista debba aver ben netta la distinzione tra ciò che è 'fonte del diritto' e ciò che non lo è: e fonte del diritto può essere esclusivamente l'atto ... previsto come tale da una norma di riconoscimento", evidenziando che "il *soft law*, per definizione, non c'entra con le 'fonti del diritto', ossia con l'*hard law*. Può entrare invece nel processo di interpretazione per profili diversi".

³¹² Ad esempio, gli inviti (di moral suasion) che l'AGCM può adottare, nel corso della fase pre-istruttoria nell'ambito dei procedimenti in materia di pratiche commerciali scorrette, ove ritenga che un determinato comportamento costituisca una pratica commerciale scorretta, ma che la condotta non sia particolarmente grave, indicando al professionista i profili di criticità e invitarlo a rimuoverli, in modo tale da indurlo alla cessazione della pratica senza dover avviare un procedimento. In tal caso, entro un termine stabilito nella lettera di moral suasion, il professionista è tenuto ad inviare all'Autorità una relazione dettagliata, nella quale illustra le misure adottate per rimuovere i profili di scorrettezza della condotta; una volta accertata l'ottemperanza del professionista alla moral suasion, il collegio archivia la pratica.

³¹³ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 144

³¹⁴ Tali moduli/formulari laddove contengono gli orientamenti dell'Autorità in ordine all'applicazione della normativa di settore, sono ricondotti dalla dottrina nella categoria delle *guidelines*. V. sul punto S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, cit., part. pp. 204 ss.; P. MILAZZO, *Aspetti del potere regolamentare dell'Autorità antitrust*, in P. CARETTI (a cura di), *I poteri normativi delle Autorità indipendenti*, Osservatorio sulle fonti 2003-2004, cit. part. p. 69 ove si rileva la diversità rispetto agli altri atti adottati dall'AGCM nell'esercizio di ruoli più propriamente aggiudicatori: "è evidente che provvedimenti di questo tipo si differenzino in termini assai accentuati rispetto alla ordinaria attività propriamente provvedimentale dell'AGCM, in relazione alla quale normalmente l'Autorità svolge un ruolo ... di carattere aggiudicatorio, priva di carattere normativo; con l'elaborazione di modelli e formulari, infatti, l'AGCM si spinge fino a riempire di contenuto, prima dell'applicazione, alcune definizioni date dal legislatore e bisognose di integrazione o specificazione", con la conseguenza che essa "tende a vincolare gli operatori ad una particolare forma di comunicazione, dotata di precisi parametri e precise caratteristiche".

legislative o regolamentari, sia una funzione c.d. di *moral suasion*, di tipo persuasivo appunto.

In dottrina è stato osservato che l'utilizzo di tali tipi di atti è sintomo della "crisi delle fonti normative sublesiglativie", che investe la distinzione tra norme interne ed esterne e che si esprime appunto mediante atti di *soft law* in cui la "funzione formale, autoritativa-prescrittiva ... tende a degradare progressivamente verso una funzione informale, essenzialmente persuasiva, di promozione di comportamenti ritenuti auspicabili dall'autorità di regolazione"; crisi che deriverebbe anche dal "diffondersi nella nostra cultura giuridica della nozione propriamente anglosassone di *regulation*", che dà rilievo "soprattutto al contenuto e all'effettività nell'induzione e conformazione dei comportamenti"³¹⁵.

Senza dubbio la manifestazione più importante di tale categoria, che ha suscitato maggiori riflessioni dottrinarie, è costituita dalle Linee guida adottate dall'ANAC³¹⁶.

³¹⁵ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., pp. 137-138.

³¹⁶ Il fondamento legislativo per l'adozione delle Linee guida è contenuto nell'art. 213, co. 2, d.lgs. n. 50/2016 secondo cui "l'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche".

Si tratta delle Linee guida n. 1 recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, approvate con delibera del Consiglio di amministrazione n. 973 del 14.9.2016 e succ. modif.; delle Linee guida n. 2, relative all'"offerta economicamente più vantaggiosa", approvate con delibera del Consiglio di amministrazione n. 1005 del 21.9.2016 e succ. modif.; delle Linee guida n. 3, su "Nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni, approvate con delibera n. 1007 in data 11.10.2017, e succ. modif.; delle Linee guida n. 4, *Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*, approvate con delibera n. 1097, del 20.10.2016 e succ. modif.; delle Linee guida n. 5, *Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici*, approvate con delibera n. 1190 del 16.11.2016, e succ. modif.; delle Linee guida n. 6, *Indicazioni dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice*, approvate con delibera n. 1293 del 16.11.2016 e succ. modif.; delle Linee Guida n. 7 per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house, approvate con delibera n. 235 del 15.2.2017; delle Linee guida n. 8, *Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili*, approvate con delibera n. 950 del 13.9.2017; delle Linee guida n. 9, *Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*, approvate con delibera n. 318 del 28.3.2018; delle Linee guida n. 10, *Affidamento del servizio di vigilanza privata*, approvate con delibera n. 462 in data 23.5.2018; delle Linee guida n. 11, recanti "indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea", approvate con delibera n. 570 del 26.6.2019; delle Linee guida n. 12, *Affidamento dei servizi legali*, approvate con delibera n. 907 del 24.10.2018; delle Linee guida n. 13, sulla disciplina delle clausole sociali, approvate con delibera n. 114 del 13.2.2019; delle Linee guida n. 14, "Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato, approvate con delibera n. 161 del 6.3.2019; delle Linee guida n. 15, recanti "Individuazione

Sulla natura giuridica delle Linee guida non vi è uniformità di vedute.

Il Consiglio di Stato – in sede di espressione del parere sullo schema di codice dei contratti pubblici (parere n. 855/2016) ha ricondotto le Linee guida adottate dall'ANAC non vincolanti nella categoria degli atti amministrativi ordinari, e quelle vincolanti nella categoria degli “atti di regolazione” che “non sono regolamenti in senso proprio, ma atti amministrativi generali”³¹⁷,

In dottrina, alcuni riconducono le Linee guida vincolanti nella categoria degli atti normativi, e in particolare in quella dei regolamenti di esecuzione e/o di integrazione e di attuazione, sottolineando l'inutilità della riconduzione delle stesse nella categoria (di dubbio pregio concettuale) degli atti di regolazione³¹⁸. Secondo altri, si tratterebbe più genericamente di atti riconducibili alla c.d. *soft law*³¹⁹.

e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici”, approvate con delibera n. 494 del 5.6.2019.

In dottrina, sulle Linee guida dell'ANAC v. G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, pp. 273 ss.; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC*, in *www.giustamm.it*, 2016; ID, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro amm.*, 2018, pp. 1559 ss.; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 436 ss.; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 504 ss.; M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2016; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pp. 381 ss.; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, pp. 743 ss.; S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2017, pp. 1 ss.; M.C. ROMANO, *Il ruolo e le competenze dell'Anac sui contratti pubblici*, in M. D'ALBERTI, *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli 2017, pp. 769 ss.; M. RAMAJOLI, *Pretesa precettiva e flessibilità delle linee guida ANAC*, in F. LIGUORI, S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli 2017, pp. 79 ss.; M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2020

³¹⁷ Nel parere il Consiglio di Stato ha distinto tra le Linee guida adottate con D.M. su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari, quelle adottate con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes* e, infine, quelle adottate con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante, riconducendo le prime alla categoria degli atti normativi, avendo “una chiara efficacia innovativa dell'ordinamento, che si accompagna ai caratteri della generalità e astrattezza” e, in particolare, dovendo essere qualificati regolamenti ministeriali ai sensi dell'art. 17, co. 3 l.n. 400/1988. Quanto alle Linee guida adottate con delibera dell'ANAC, il Consiglio di Stato riconduce quelle non vincolanti nella categoria degli atti amministrativi, mentre quelle vincolanti nella categoria degli atti amministrativi generali.

³¹⁸ G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, cit.. Sulla riconduzione delle Linee guida vincolanti alla categoria degli atti di normazione secondaria v. anche C. DEODATO, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro amm.*, cit.; F. MARONE, *Le linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, cit.

³¹⁹ M. RAMAJOLI, *Pretesa precettiva e flessibilità delle linee guida ANAC*, in F. LIGUORI, S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, cit. ove l'A. evidenzia che “il codice lega infatti gli strumenti di regolazione flessibile all'obiettivo della promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, che sono i tipici risultati attesi dalla soft law. In questa logica, le linee guida dell'Anac potrebbero assolvere a una funzione di orientamento, che è propria degli atti di soft law”. L'A. sottolinea inoltre come la giurisprudenza tenda a negare alle linee guida la natura di vincolo puntuale e a “scolorire e diluire la pretesa precettiva delle linee guida in nome della loro necessaria rispondenza al valore della flessibilità”.

E recentemente il legislatore³²⁰ è intervenuto a ridimensionare – ma non a sopprimere³²¹ – la categoria delle Linee guida vincolanti, prevedendo l'adozione da parte dell'ANAC di un regolamento unico contenente disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice.

Anche in tale ambito non si può non rilevare che, pur a fronte della natura amministrativa degli atti di c.d. *soft law*, tra cui, in particolare, le Linee guida adottate dall'ANAC, si assista a un progressivo avvicinamento tra categorie concettuali quanto ad effetti concretamente prodotti. Ed infatti, non si può negare che le Linee guida dell'ANAC – sia vincolanti che non vincolanti (ma in concreto generalmente osservate dagli operatori), così come gli altri atti di “regolazione flessibile” adottati dalle altre Autorità – producano, nella sostanza, effetti sovrapponibili a quelli generati da veri e propri atti normativi, pur derivando la loro vincolatività non dalla natura giuridica dell'atto (che, per l'appunto, è e resta amministrativo), quanto invece dalla particolare autorevolezza della fonte dalla quale promanano.

E ciò appare confermato anche dal recente intervento del legislatore che, almeno in alcuni ambiti, ha sostituito le Linee guida – invero criticate dagli operatori del settore sotto il profilo dell'assenza di certezza del diritto e di chiara e immediata percepibilità della disciplina – con un regolamento unico, vero e proprio atto normativo, a riprova del fatto che per raggiungere lo scopo della conformazione delle condotte degli operatori sia indifferente lo strumento utilizzato (atto amministrativo generale ovvero atto di normazione secondaria).

Tuttavia, pur a fronte di tale progressivo avvicinamento tra categorie – almeno quanto ad effetti in concreto prodotti sui settori regolati – non si può prescindere dalla diversa natura giuridica dei due tipi di atti, da cui deriva, come visto, un diverso regime giuridico applicabile.

³²⁰ V. sul punto, il comma 27 *octies* dell'art. 216 d.lgs. 50/2016, introdotto dal d.l. n. 32/2019 conv. modif. l. n. 55/2019 (c.d. decreto sblocca cantieri), che ha previsto subingresso della fonte regolamentare nell'ambito oggettivo di intervento dell'originario potere di regolazione vincolante dell'ANAC, stabilendo la perdita di efficacia delle linee guida di cui all'articolo 213, co. 2 cit. recanti una disciplina incompatibile con le disposizioni del regolamento unico. Fino alla data di entrata in vigore di quest'ultimo, si dispone la transitoria conservazione degli effetti delle linee guida e dei decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni.

³²¹ Ed infatti a seguito degli interventi di riforma previsti dal d.l. 32/2019 cit. il potere di adottare linee guida vincolanti deve ritenersi limitato alle residue ipotesi in cui le norme del codice dei contratti pubblici espressamente rinviino all'apporto attuativo o integrativo dell'Autorità, oltre che ai settori diversi dai contratti pubblici (trasparenza, anticorruzione). Su tali aspetti, v. il parere Cons. St., sez. consultiva atti normativi, Ad. 19.12.2019, n. 3235/2019.

4. La funzione di regolazione: i poteri amministrativi in senso stretto. I poteri di vigilanza, controllo e monitoraggio.

Occorre ora procedere all'analisi dei poteri (amministrativi in senso stretto) di cui la funzione di regolazione – nell'accezione che si è data – consta.

Tutte le Autorità indipendenti (dotate o meno di poteri normativi) esercitano (per espressa attribuzione legislativa) una serie di poteri di monitoraggio, controllo e vigilanza sul settore cui sono deputate, ovvero, per le Autorità c.d. trasversali, sulle attività che incidono sulla tutela degli interessi sensibili ad esse affidati (la concorrenza, la *privacy*).

Per le Autorità c.d. di regolazione, l'esercizio di tali poteri comporta lo svolgimento di una serie di attività collaterali a quella normativa, nel duplice senso che, da un lato, una volta che dette Autorità hanno stabilito le regole di comportamento da seguire, è necessario che le Autorità stesse provvedano a vigilare e controllare sul loro effettivo rispetto da parte della generalità degli operatori del settore; e dall'altro che, attraverso l'attività di controllo e monitoraggio sul settore di riferimento le Autorità verificano la necessità di adottare ulteriori interventi di normazione, laddove necessari, ovvero di rimuovere atti già adottati, laddove non più necessari.

Per le altre Autorità (che, come detto, parte della dottrina qualifica come Autorità c.d. di garanzia proprio in ragione dell'assenza in capo ad esse di poteri normativi), i poteri di controllo e vigilanza hanno pur sempre ad oggetto l'attività degli operatori economici, ma assumono come parametro di riferimento per verificare la correttezza dei comportamenti non norme dalle stesse create (essendo prive del relativo potere), ma la normativa nazionale (ed europea) di riferimento, che stabilisce in via generale – mediante disposizioni contenenti concetti giuridici indeterminati (si pensi alle nozioni di intesa restrittiva o di concentrazione per quanto attiene alla tutela della concorrenza) – ciò che è consentito o non è consentito fare, e che deve essere interpretata e applicata nel caso concreto dall'Autorità.

Le attività di controllo e vigilanza si sostanziano attraverso l'utilizzo di una serie di poteri (di indagine, ispettivi), anche particolarmente incisivi, che consentono alle Autorità di operare con efficienza ed effettività al fine di garantire il rispetto della normativa di settore. Strumenti che sono stati recentemente rafforzati a livello europeo,

almeno per quanto attiene la tutela della concorrenza, al fine di garantire l'efficacia dell'azione delle Autorità indipendenti nazionali³²².

I poteri di controllo e vigilanza riguardano sia, in generale, l'andamento dei settori, che le condotte di singoli operatori economici e si svolgono attraverso procedimenti che, come vedremo, sono disciplinati da regolamenti delle Autorità indipendenti³²³. Nel caso in cui l'attività di controllo abbia ad oggetto le condotte di singoli soggetti (o comunque di soggetti individuati), è evidente che essa assolva una funzione istruttoria, potendo sfociare, ove sia ravvisata una condotta non conforme alla relativa disciplina, nell'adozione di un provvedimento sanzionatorio.

Del resto, con riferimento in generale ai procedimenti di controllo, in dottrina si è rilevato che “taluni procedimenti dichiarativi, come gli acclaramenti e le ispezioni,

³²² Per il potenziamento dei poteri ispettivi (e sanzionatori) dell'AGCM, v. la recente Direttiva in data 11.12.2018, n. 2019/1/UE (e il relativo decreto di recepimento: d.lgs. n. 185/2021), tanto per le violazioni della normativa europea in materia quanto per quelle della normativa nazionale (art. 1, co. 2). In particolare, v. i considerando n. 28 ss., ove si individua la necessità di dotare le Autorità nazionali “di una serie minima di poteri investigativi” (n. 28), e quindi di poteri di indagine “efficaci” per individuare comportamenti in violazione delle norme a tutela della concorrenza (n. 29) e “adeguati” per rispondere alle difficoltà di applicazione “legate all'ambiente digitale” e per consentire di acquisire tutte le informazioni necessarie in formato digitale (n. 30), nonché di poteri ispettivi, anche presso i locali delle imprese. In particolare, la Direttiva n. 2019/1/UE disciplina il potere di effettuare accertamenti nei locali dell'impresa sottoposta a controllo e in altri locali, mediante ispezioni, acquisizioni di documenti e informazioni (art. 7); la possibilità di chiedere tutte le informazioni necessarie sia alle imprese interessate, sia a “qualsiasi persona fisica o giuridica” (art. 8) e di svolgere audizioni (art. 9). In recepimento della direttiva, il legislatore ha adottato il d.lgs. n. 185/2021, di modifica della l. n. 287/1990 nell'ottica di un intenso rafforzamento dei poteri dell'AGCM.

In dottrina sulla nuova direttiva, v. M. RAMAJOLI, *La tutela antitrust nel XXI secolo*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, pp. 221 ss.

³²³ In particolare, per le procedure istruttorie innanzi all'AGCM v. D.P.R. 30.4.1998, n. 217, *Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, per i procedimenti rientranti nell'ambito di applicazione della l. n. 287/1990; per i procedimenti afferenti alle altre competenze dell'AGCM v. la delibera AGCM in data 1.4.2015, n. 25411, *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore* e la delibera 8.8.2012 n. 23788, *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie*. Per i procedimenti innanzi ad ARERA v. D.P.R. 9.5.2001, n. 244, *Regolamento recante disciplina delle procedure istruttorie*. Per i procedimenti innanzi all'AGCom, v. delibera n. 220/08/CONS del 7.5.2008, come modif. dalla delibera n. 710/13/CONS del 12.12.2013, *Regolamento sulle procedure per lo svolgimento delle funzioni ispettive e di vigilanza*, il quale prevede che il Servizio ispettivo dell'Autorità possa procedere, su richiesta dell'ufficio che cura l'istruttoria o su impulso degli organi collegiali, ad ispezioni presso le sedi dei soggetti ritenuti in possesso di documenti utili all'istruttoria nonché presso le sedi di soggetti terzi delle cui prestazioni i primi si avvalgono, prevedendo che il Consiglio possa approvare anche un “programma di ispezioni sistematiche” al fine di verificare l'effettiva attuazione delle delibere dell'Autorità. Al momento dell'ispezione è previsto che i funzionari incaricati presentino ai destinatari dell'accertamento un “atto scritto” con l'indicazione dell'oggetto e delle sanzioni nell'ipotesi di rifiuto o omissione o ritardo nel fornire le informazioni o esibire i documenti richiesti nel corso dell'ispezione, nonché la “carta dei diritti”, recante l'indicazione dei diritti e delle garanzie di cui si può avvalere il soggetto ispezionato; nonché la delibera n. 136/06/CONS, *Regolamento in materia di procedure sanzionatorie*, part. art. 4. Per i procedimenti innanzi al Garante della Privacy, v. Regolamento n. 1/2019, sulle procedure interne aventi rilevanza esterna, finalizzate allo svolgimento dei compiti e all'esercizio dei poteri demandati al Garante per la protezione dei dati personali, e in particolare gli artt. 21-22 sui controlli e i provvedimenti adottati senza istanza di parte e sulle attività ispettive e di revisione sulla protezione dei dati personali.

sono in funzione istruttoria, ma possono essere anche in funzione di controllo a seconda delle finalità. Il procedimento ispettivo è anzi lo strumento principale per il controllo dell'attività"³²⁴.

Sotto il primo profilo, si pensi alla possibilità generalmente riconosciuta alle Autorità indipendenti di procedere ad indagini conoscitive sui settori di riferimento.

E così, ad esempio, ai sensi dell'art. 12, co. 2, l. n. 287/1990 l'AGCM può procedere "ad indagini conoscitive di natura generale nei settori economici nei quali l'evoluzione degli scambi, il comportamento dei prezzi, o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata"³²⁵. Il relativo procedimento è disciplinato dall'art. 17 DPR n. 217/1998 cit., Regolamento sulle procedure istruttorie di competenza dell'AGCM, ai sensi del quale l'avvio e la chiusura dell'indagine conoscitiva possono essere pubblicati nel bollettino dell'Autorità, i cui uffici possono richiedere informazioni o l'esibizione di documenti, nonché disporre ispezioni, perizie, analisi statistiche ed economiche o la consultazione di esperti. Qualora nel corso dell'indagine emergano elementi di presunzione in merito alla violazione delle norme a tutela della concorrenza, il collegio delibera l'avvio delle istruttorie.

Spesso le indagini conoscitive vengono svolte da più Autorità indipendenti in collaborazione tra di loro³²⁶, qualora siano coinvolti più settori di intervento.

Si pensi alla recente indagine conoscitiva sui c.d. *big data* (e cioè sui flussi di informazioni e dati derivanti dall'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione) condotta congiuntamente dall'AGCom, dall'AGCM e dal Garante per la protezione dei dati personali, secondo tre prospettive diverse e complementari, al fine di approfondire i cambiamenti derivanti dai c.d. *big data* sugli utenti che forniscono i dati, sulle aziende che li utilizzano e sui mercati, e, conseguentemente, al fine di individuare gli strumenti più appropriati per eventuali interventi correttivi³²⁷.

³²⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano 1993, p. 813.

³²⁵ Per ARERA la possibilità di procedere ad indagini conoscitive del mercato dell'energia elettrica è indirettamente riconosciuta dalla Direttiva 5.6.2019, n. 2019/944/UE, che all'art. 59, co. 3, prevede che "gli Stati membri provvedano affinché le autorità di regolazione siano dotate dei poteri necessari per assolvere con efficacia e rapidità i compiti" affidati, individuando una serie minima di poteri che devono essere affidati alle Autorità, tra cui alla lett b) "il potere di effettuare indagini sul funzionamento dei mercati dell'energia elettrica e di adottare i provvedimenti opportuni, necessari e proporzionati per promuovere una concorrenza effettiva e garantire il buon funzionamento del mercato".

³²⁶ Per l'esercizio delle funzioni in collaborazione, le varie Autorità indipendenti hanno adottato dei Protocolli d'intesa. V. ad esempio il Protocollo d'intesa AGCom-AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette del 22.12.2016, il Protocollo ARERA-AGCom del 7.1.2016.

³²⁷ Il rapporto sull'indagine conoscitiva sui c.d. *big data* è reperibile sui siti istituzionali delle tre Autorità indipendenti coinvolte.

Quanto al secondo profilo relativo ai controlli sui singoli operatori economici – che si collega strettamente con l'esercizio del potere sanzionatorio – alle Autorità indipendenti è generalmente riconosciuta la possibilità di svolgere ispezioni, di ordinare l'esibizione di documenti, richiedere informazioni. Si tratta della fase c.d. pre-istruttoria del procedimento sanzionatorio, finalizzata alla verifica della correttezza delle condotte dei soggetti sottoposti a controllo rispetto alla normativa di riferimento, su cui *infra*.

Da quanto affermato, emerge con evidenza la pervasività e la costanza dell'attività di vigilanza e di controllo da parte delle Autorità indipendenti sui settori cui sono deputate.

Ma emerge anche un altro dato di particolare importanza, e cioè la correlazione e la intima connessione tra i vari poteri delle Autorità indipendenti, essendo gli uni (i poteri di vigilanza, controllo e sanzionatorio) coessenziali alla garanzia dell'efficacia ed effettività degli altri (il potere di normazione secondaria), producendo tutti un ulteriore effetto: quello della conformazione del mercato.

5. Il potere sanzionatorio

Nell'ambito dei poteri attribuiti alle Autorità indipendenti, particolare menzione merita il potere sanzionatorio – potere, come detto, strettamente collegato a quelli di normazione secondaria (laddove attribuito) e di vigilanza – il cui esercizio dà luogo all'irrogazione di sanzioni di rilevante entità e dunque è particolarmente incisivo della sfera giuridica dei soggetti destinatari³²⁸.

Si tratta di un potere che, nel caso delle Autorità indipendenti, assume un carattere necessario³²⁹, al fine di rendere effettiva la funzione di regolazione (intesa

³²⁸ Sul potere sanzionatorio in generale, v. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino 1924, che qualifica la sanzione come “pena in senso tecnico”, e quindi individua una nozione in senso stretto di sanzione, relativa alle sole misure aventi in via prevalente contenuto afflittivo-punitivo; N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino 1969; U. ARDIZZONE, *Sanzione amministrativa*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino 1939, pp. 1084 ss. per una definizione ampia di sanzione, comprensiva di ogni forma di reazione dell'Amministrazione alla violazione di un precetto; F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus* 1955, pp. 252 ss.; ID, *La sanzione amministrativa come mezzo dell'azione amministrativa*, in *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione: Varenna, 18-20 settembre 1980, Milano 1982, part. p. 42 ove l'A. evidenzia che “le sanzioni amministrative sono mezzi per il raggiungimento della attuazione pratica di precetti amministrativi”; E. CANNADA BARTOLI, *Illecito (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano 1970, pp. 11 ss.; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova 1983; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli 1983; ID, *Sanzione (sanzioni amministrative)*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma 1992; A. VIGNERI, *La sanzione amministrativa. Origine e nozione*, Padova 1983; G. BARATTI, *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Milano 1984; F. D'AGOSTINO, *Sanzione (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XLI, 1989, p. 321; P. CERBO, *Sanzioni amministrative*, in *Diz. dir. pubbl.*, Milano 2006, pp. 5424 ss.; ID, *Le ragioni di una questione definitoria: la controversa nozione di sanzione amministrativa*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 3607 ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino 2018; ID, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.* 2018, pp. 1 ss.; A. POLICE, C. CUPELLO (a cura di), *Le sanzioni: poteri, procedimenti e garanzie nel diritto pubblico*, Padova 2020.

Sul potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti, in dottrina v. M. FRATINI, *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, Padova 2011; E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino 2000; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit.; A. PREDIERI, *I procedimenti amministrativi*, cit.; P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economica*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 767 ss.; S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell'Autorità della concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, pp. 335 ss.; M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità Indipendenti*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82, 3-2013; M. MONTEDURO, *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82 (3-2013), pp. 125 ss.; S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino 2018. Più recentemente, v. M. CLARICH, *Sanzioni delle Autorità indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2020, pp. 40 ss.; ID, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle autorità indipendenti nel settore finanziario*, in *Giur. comm.*, 2021, pp. 100 ss.

³²⁹ A differenza delle Amministrazioni tradizionali, in ordine alle quali, come osservato dalla dottrina, il procedimento sanzionatorio non è necessario, nel senso che “le norme positive, anche in un ordinamento a diritto amministrativo, li potrebbero ... consegnare diversamente”, ad esempio come procedimenti giurisdizionali. Sul punto, v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano 1993.

nell'accezione che si è fornita) imputata alle Autorità indipendenti; anzi, si potrebbe dire che ne costituisce un corredo necessario³³⁰.

Ed infatti, attribuire alle Autorità poteri di controllo e di vigilanza sul rispetto della disciplina in materia senza riconoscere ad esse anche il potere di sanzionare le condotte in contrasto con detta disciplina renderebbe meno incisiva la funzione di regolazione loro affidata; e per le Autorità dotate di poteri di normazione minerebbe la vincolatività degli atti normativi dalle stesse adottati.

Il potere sanzionatorio è innanzitutto previsto per le Autorità indipendenti dal diritto europeo³³¹, ove invero si riscontra un'evoluzione in senso ancor più ampliativo di tale potere, come accaduto recentemente per la tutela della concorrenza con la direttiva n. 2019/1/UE che ha rafforzato in capo alle Autorità nazionali garanti della concorrenza (oltre ai poteri di indagine e ispettivi, come visto) anche il potere sanzionatorio al dichiarato fine di “applicare efficacemente le norme dell'Unione in materia di concorrenza”³³².

³³⁰ Sul punto, v. M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit. pp. 149 ss., ove l'A. sottolinea che “la potestà sanzionatoria va considerata ... come una sorta di completamento e di punto di chiusura del complesso dei poteri attribuiti a questo nuovo tipo di amministrazioni” (p. 151).

³³¹ Per l'AGCM: art. 5, Regolamento CE 16.12.2002, n. 1/2003, ove si stabilisce che le autorità nazionali garanti della concorrenza, competenti ad applicare gli artt. 101 e 102 TFUE in casi individuali, possono “comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale”; per ARERA: art. 59, Direttiva 5.6.2019, n. 2019/944/UE, ai sensi del quale gli Stati membri provvedono affinché alle Autorità di regolazione sia conferito “il potere di irrogare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive alle imprese elettriche che non ottemperano agli obblighi ad esse imposti dalla presente direttiva, dal regolamento (UE) 2019/943 o dalle pertinenti decisioni giuridicamente vincolanti dell'ACER o dalla stessa autorità di regolazione” di importo fino al 10% del fatturato; per l'AGCom: art. 29, Direttiva 11.12.2018, n. 2018/1972/UE, ai sensi del quale gli Stati membri “adottano le disposizioni sulle sanzioni, comprese, ove necessario, le sanzioni pecuniarie e le sanzioni predeterminate o periodiche di natura non penale, applicabili alla violazione della normativa nazionale adottata dalla Commissione, dall'Autorità nazionale di regolamentazione o da un'altra autorità competente in attuazione della presente direttiva e prendono tutte le misure necessarie per garantirne l'applicazione”, specificando che “entro i limiti del diritto nazionale, le autorità nazionali di regolamentazione e le altre autorità competenti hanno il potere di imporre dette sanzioni”, che devono essere “appropriate, effettive, proporzionate e dissuasive”; per il Garante della protezione dei dati personali: art. 58, co. 2, lett. e) Regolamento 27.4.2016, n. 2016/679/UE, ai sensi del quale ogni autorità di controllo ha il “potere correttivo” di “infliggere una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 83, in aggiunta alle misure di cui al presente paragrafo, o in luogo di tali misure, in funzione delle circostanze di ogni singolo caso, e art. 83 e 84, che dettano una disciplina specifica per la determinazione dell'ammontare della sanzione.

³³² Considerando n. 5, direttiva in data 11.12.2018, n. 2019/1/UE, recepita con d.lgs. n. 185/2021. Per il potenziamento del potere sanzionatorio delle Autorità nazionali garanti della concorrenza, v. il capo V, *Ammende e penalità*, ove si stabilisce che gli Stati membri debbano provvedere affinché le Autorità, in caso di violazione (dolose o colpose) degli artt. 101 e 102 TFUE possano chiedere “in un procedimento giudiziario non penale” l'irrogazione di ammende “efficaci, proporzionate e dissuasive”, ovvero provvedano esse stesse all'irrogazione delle ammende nei casi in cui, nell'ambito del procedimento ispettivo, i le imprese non si conformino all'accertamento, ovvero forniscano risposte false o fuorvianti ovvero informazioni inesatte o incomplete, etc. (art. 14). L'importo dell'ammenda non deve essere inferiore al 10% del fatturato totale dell'impresa (art. 15). È poi previsto che gli Stati nazionali provvedano affinché le Autorità possano irrogare alle imprese penalità di mora “efficaci,

Il potere sanzionatorio è riconosciuto, in ambito nazionale, da tutte le leggi istitutive delle Autorità, nonché dalle leggi successive che hanno ampliato le competenze delle Autorità indipendenti³³³.

Le sanzioni vengono irrogate all'esito di un procedimento – disciplinato, come previsto dalla legge, da appositi regolamenti adottati dalle Autorità indipendenti³³⁴ – che solo in parte segue la disciplina generale (sostanziale e procedimentale) contenuta nella l. 24.11.1981, n. 689, la quale si applica soltanto ove compatibile con le discipline speciali relative alle sanzioni irrogate dalle Autorità³³⁵. Resta ferma l'applicazione

proporzionate e dissuasive", fissate in proporzione al fatturato, al fine di costringere le imprese a fornire informazioni complete e esatte e a presentarsi alle audizioni.

³³³ E così, per l'AGCM gli artt. 15 e 19 l.n. 287/1990 prevedono l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie rispettivamente per i casi di intese restrittive vietate e abuso di posizione dominante il cui ammontare può essere fissato fino al 10% del fatturato delle imprese (art. 15) e di inottemperanza al divieto di concentrazioni il cui ammontare è stabilito tra l'1% e il 10% del fatturato (art. 19), e l'art. 27, d.lgs. n. 206/2005 attribuisce analogo potere per le ipotesi di pratiche commerciali scorrette fino a € 50.000; per ARERA, la base legale del potere sanzionatorio è costituita dall'art. 2, co. 20, lett. c), l.n. 481/1995, che consente all'Autorità di irrogare sanzioni pecuniarie la cui entità può essere fissata tra un minimo e un massimo edittale (€2.500-€150.000.000), con possibilità di sospendere l'attività in caso di reiterazione delle condotte, e art. 45, d.lgs. 1.6.2011, n. 93, per l'ampliamento delle violazioni in ordine alle quali ARERA è autorizzata a irrogazione sanzioni amministrative; per AGCom, il potere sanzionatorio è previsto dall'art. 1, co. 29 e 30, che fissa il minimo e massimo edittale entro cui l'Autorità può determinare l'importo della sanzione, e l'art. 93 d.lgs. n. 259/2003, per i casi di violazione delle disposizioni del Codice delle comunicazioni elettroniche, anche qui con l'indicazione di criteri per la fissazione dell'importo della sanzione; per il Garante della Privacy, art. 166, d.lgs. n. 196/2003, che stabilisce quali violazioni del Codice della privacy danno luogo alla irrogazione di una sanzione da parte dell'Autorità, rinviando per la determinazione dell'entità dell'importo alle specifiche indicazioni contenute nell'art. 83 Regolamento n. 2016/679/UE cit., nonché con la previsione dei criteri per il procedimento da seguire, da fissare con regolamento del Garante.

³³⁴ Per i procedimenti sanzionatori innanzi all'AGCom, v. il Regolamento in materia di procedure sanzionatorie: delibera n. 410/14/CONS del 29.7.2014, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 581/15/CONS del 16.10.2015; per le procedure istruttorie innanzi all'AGCM v. D.P.R. 30.4.1998, n. 217, *Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, per i procedimenti rientranti nell'ambito di applicazione della l. n. 287/1990, mentre per i procedimenti afferenti alle altre competenze dell'AGCM v. la delibera AGCM in data 1.4.2015, n. 25411, *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore*, la delibera in data 16.11.2004, n. 13779, *Regolamento sul conflitto di interesse* e la delibera in data 12.11.2012, *Regolamento attuativo in materia di rating di legalità*; per i procedimenti innanzi ad ARERA v. D.P.R. 9.5.2001, n. 244, *Regolamento recante disciplina delle procedure istruttorie*, e la deliberazione in data 14.6.2012 n. 243/2012/E/COM e relativo Allegato A, *Regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni*; per i procedimenti innanzi al Garante della protezione dei dati personali, v. il recente regolamento n. 1/2019, concernente le procedure interne aventi rilevanza esterna, finalizzate allo svolgimento dei compiti e all'esercizio dei poteri demandati al Garante per la protezione dei dati personali, adottato con delibera del Garante in data 4.4.2019.

³³⁵ In tal senso, depone l'interpretazione delle disposizioni sul potere sanzionatorio delle varie Autorità indipendenti. Ed infatti, l'art. 31, l.n. 287/1990 prevede che *“per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689”* e l'art. 166, co. 7 stabilisce che *“nell'adozione dei provvedimenti sanzionatori nei casi di cui al comma 3 si osservano, in quanto applicabili, gli articoli da 1 a 9, da 18 a 22 e da 24 a 28 della legge 24 novembre 1981, n. 689”*. L'applicabilità della l. 689/1981 – seppur soltanto ove compatibile – alle sanzioni irrogate per violazioni del Codice delle comunicazioni elettroniche si ricava indirettamente dall'art. 98, co. 17 bis, d.lgs. n. 259/2003, ai sensi del quale *“alle sanzioni amministrative irrogabili dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni non si applicano le disposizioni sul pagamento in misura ridotta di cui*

della disciplina contenuta nel capo I della l. n. 689 cit. per quanto attiene ai principi generali in materia di sanzioni amministrative (e segnatamente in ordine all'elemento soggettivo e alle varie ipotesi di esclusione della responsabilità).

In linea generale, il procedimento sanzionatorio innanzi alle Autorità indipendenti si articola in una fase c.d. preistruttoria³³⁶, cioè precedente all'eventuale contestazione dell'addebito, essendo l'attività dell'Autorità indipendente volta a verificare (nell'ambito dell'attività di vigilanza ovvero a seguito di denuncia) se vi siano state violazioni della normativa in materia da parte dei soggetti controllati.

Nella fase pre-istruttoria, gli uffici delle Autorità svolgono un'attività di indagine preliminare, attraverso l'utilizzo di una serie di strumenti (ispezioni, richieste di informazioni e di documentazione, etc.), anche molto incisivi³³⁷.

In tale fase non è assicurata la garanzia del contraddittorio con i soggetti sottoposti a controllo³³⁸, anche probabilmente in considerazione del fatto che nella disciplina di

all'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni", implicitamente ammettendo l'applicabilità delle altre disposizioni contenute nella l. n. 689 cit. Analogo discorso vale per l'applicabilità ai procedimenti sanzionatori di ARERA della l. n. 689/1981, alla luce della disposizione contenuta nell'art. 45, co. 5, d.lgs. n. 93/2011, ai sensi del quale *"ai procedimenti sanzionatori dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas non si applica l'articolo 26 della legge 24 novembre 1981, n. 689"*.

³³⁶ Si tratta di una fase priva di particolari forme, se non quelle già previste nei Regolamenti citati relativi alle funzioni ispettive delle Autorità indipendenti, e differente da quella istruttoria vera e propria, che si apre a seguito della contestazione dell'addebito. Sul punto, v. in giurisprudenza Cons. St., VI, 23.7.2009, n. 4597.

Sulla fase pre-istruttoria, in dottrina v. L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.* 2002, pp. 717 ss., ove l'A. qualifica la fase pre-istruttoria come *"quella porzione di attività amministrativa - compresa tra il ricevimento della denuncia e la decisione sull'avvio del procedimento - preordinata ad analizzare il contenuto dell'esposto, al fine di decidere, appunto, se dare corso o meno al procedimento"*. Secondo l'A., l'attività svolta dagli uffici nell'ambito della fase preistruttoria sarebbe attività interna, in quanto *"pur generando situazioni giuridiche soggettive - e segnatamente all'esito dell'accertamento del fatto, il dovere per l'organo competente di procedere - rimane, almeno in principio ... all'interno dell'organizzazione pubblica, sin quando il procedimento non viene avviato"*.

³³⁷ Sul potere ispettivo in generale v. F. DI LASCIO, *Le ispezioni amministrative sulle imprese*, Napoli 2012. Sul procedimento ispettivo innanzi all'ANAC, v. F. DI LASCIO, B. NERI, *I poteri di vigilanza dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.* 2015, pp. 454 ss; M.C. ROMANO, *Il ruolo e le competenze dell'Anac sui contratti pubblici*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit., pp. 799 ss.

E ancora, sui poteri strumentali di investigazione, di accesso, di richiesta di informazioni, v. M. MESSINA, *Indagini preliminari e garanzie procedurali nel diritto antitrust europeo*, Padova 2012; M. MACCHIA, *L'attività ispettiva dell'amministrazione europea in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2007, pp. 173 ss.; L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, relazione al Convegno *"Giustizia amministrativa e crisi economica"*, Consiglio di Stato, Roma, 25-26 settembre 2013.

³³⁸ La giurisprudenza ha precisato che qualora il contraddittorio sia rispettato in tale fase e l'Autorità ritenga *"sufficienti gli elementi acquisiti nella fase precedente l'inizio del procedimento, non ha il dovere di ripetere gli accertamenti già effettuati in contraddittorio con la parte; il principio del giusto procedimento è, infatti, adeguatamente assicurato mediante la garanzia di partecipazione nella fase procedimentale, nel corso della quale è fornita al privato la possibilità di formulare proprie osservazioni anche in relazione ad elementi già in precedenza acquisiti dall'amministrazione"* (Cons. St., VI, 14.12.2020, n. 7991; nello stesso senso, Cons. St., VI, 27.3.2012, n. 1792).

cui alla l. 689/1981 le garanzie del contraddittorio sono assicurate soltanto dopo la contestazione degli addebiti. Tale impostazione – ritenuta conforme dalla giurisprudenza³³⁹ – è largamente criticata in dottrina, sul presupposto che, affinché tale fase pre-istruttoria possa essere considerata legittima pur in assenza di adeguate garanzie partecipative, essa dovrebbe essere limitata ad una “sommatoria delibazione della fattispecie”, senza spingersi alla valutazione del fatto in base alla norma (attività per la quale il contraddittorio con l’interessato è imprescindibile)³⁴⁰.

La fase pre-istruttoria può avere due differenti esiti: può dar luogo ad un provvedimento di archiviazione³⁴¹, ovvero può sfociare nella fase istruttoria vera e

³³⁹ Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che “*le garanzie che caratterizzano la pienezza ed effettività del contraddittorio trovano piena attuazione soltanto nella fase successiva al formale avvio del procedimento*” (Tar Lazio, I, 15.2.2015, n. 1569; nello stesso senso, v. anche Cons. St., VI, 12.11.2003, n. 7265: “*non merita condivisione l’indirizzo propenso ad assoggettare alla generale disciplina di cui alla L. n. 241 del 1990 le forme di esercizio del potere di indagine a carattere preliminare sull’illecito concorrenziale. Orbene, nel caso di specie, la duplice circostanza della previsione ad opera della disciplina speciale ex art. 12, L. n. 287 del 1990 di un apposito procedimento nel cui ambito è pienamente garantita non la sola partecipazione, ma il contraddittorio dei soggetti interessati, e dell’espressa limitazione della sfera di efficacia di siffatta previsione a far data dal momento in cui l’Autorità decide di addivenire all’apertura formale della procedura istruttoria tipica, sono fattori che inducono a disattendere l’assunto dell’applicabilità anche al caso di specie delle norme della L. n. 241 del 1990, intese come enunciazione di principi generali ivi operanti*”).

³⁴⁰ L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, cit., che, contrariamente a quanto affermato dalla citata giurisprudenza, sostiene che la l. n. 241/1990 vada applicata alla fase preistruttoria “*nelle parti in cui non sia in contrasto con la natura interna dell’attività*”. L’A. riconosce che in tale fase il contraddittorio non è assicurato e, proprio in ragione di tale circostanza, evidenzia la necessità che la pre-istruttoria sia “*limitata a una sommatoria delibazione della fattispecie, non potendo assumere le funzioni della vera e propria istruttoria (avente ad oggetto la valutazione del fatto in relazione alla norma) che deve invece essere necessariamente accompagnata da un’ampia serie di garanzie partecipative in funzione anche difensiva*”, in quanto, in caso contrario “*essa si porrebbe inevitabilmente in contrasto con le regole della partecipazione al procedimento, le quali, come è noto, in questi casi, assolvono alla funzione di difesa delle situazioni giuridiche soggettive interessate dall’esercizio del potere*”.

³⁴¹ La giurisprudenza, anche europea, ha riconosciuto l’impugnabilità del provvedimento di archiviazione da parte di terzi controinteressati. Sul punto, in ambito europeo, v. Corte Giust., VI, 19.10.1995, C-19/93 P, *Rendo NV*, secondo cui “*un’istituzione dotata del potere di accertare una violazione e di punirla e che possa essere adita da privati con denuncia, come è il caso della Commissione in materia di diritto della concorrenza, adotta necessariamente un atto che produce effetti giuridici allorché decide l’archiviazione totale o parziale di tale denuncia*”, con la conseguenza che è ricevibile il ricorso avverso la decisione di archiviazione (nello stesso senso, v. (v. Corte Giust., 16.7.1994, C-39/93 P, *SFEI e a.*; Corte Giust., 11.10.1983, C-210/81, *Demo-Studio Schmidt*; Corte Giust., 28.3.1985, C-298/83, *CICCE*; 17.11.1987, *BAT e Reynolds*, cause riunite C-142/84 e C-156/84; Trib. UE, IV, 17.2.2000, T-241/97, *Stork Amsterdam BV*).

In ambito nazionale, v. Cons. St., VI, 23.7.2009, n. 4597, secondo cui “*deve oggi ritenersi riconosciuta, anche nell’ordinamento interno, la legittimazione a ricorrere avverso i provvedimenti negativi o di archiviazione delle denunce in capo ai soggetti “controinteressati” rispetto ai comportamenti esaminati dalle Autorità indipendenti e tale principio vale per qualsiasi tipo di provvedimento di tal genere (archiviazioni di denunce, autorizzazioni ad operazioni di concentrazione, chiusure di istruttorie antitrust con accettazione degli impegni proposti dalle imprese e giudizi di non ingannevolezza di messaggi pubblicitari)*” (nello stesso senso, Cons. St., VI, 14.6.2004, n. 3865; Cons. St., VI, 3.2.2005, n. 280; Cons. St., VI, 21.3.2005, n. 1113).

In dottrina, v. L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, cit.; A. SCOGNAMIGLIO, *La legittimazione del denunciante ad impugnare le delibere di non avvio*

propria, che prende avvio con la c.d. contestazione degli addebiti (per il procedimento sanzionatorio *antitrust*) o, più in generale, con la delibera di avvio del procedimento sanzionatorio³⁴².

La fase istruttoria – di competenza degli uffici e non del Collegio, in virtù del principio garantista della necessaria separazione tra funzioni istruttorie e funzioni

dell'istruttoria e di archiviazione adottate dall'autorità garante della concorrenza e del mercato, in Foro amm., 1999, pp. 1149 ss.

³⁴² Per quanto attiene al procedimento sanzionatorio di ARERA, la recente modifica al regolamento operata con la Deliberazione 1.6.2018 n. 388/2017/E/COM, è stato previsto un termine generale di conclusione del procedimento sanzionatorio (la cui individuazione in precedenza avveniva nei singoli provvedimenti di avvio) pari a 220 giorni decorrenti dalla comunicazione di avvio del procedimento, nonché un termine generale entro il quale il responsabile del procedimento deve comunicare le risultanze istruttorie pari a 120 giorni decorrenti sempre dalla comunicazione di avvio del procedimento, e prevedendo che lo stesso resti sospeso in casi di necessità di approfondimenti istruttori e sia prorogato di 30 giorni nei casi in cui sia richiesta l'audizione finale (art. 4 bis, Regolamento sul procedimento sanzionatorio ARERA).

Sulla perentorietà del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio – in una fattispecie, precedente alla modifica del 2018 (in cui quindi il termine di conclusione del procedimento veniva fissato volta per volta dall'Autorità nella delibera di avvio), in cui il procedimento sanzionatorio si era concluso dopo ben 1.400 giorni dall'avvio, al di là del termine di 270 giorni indicato nella delibera di avvio – si è recentemente pronunciato il Consiglio di Stato, VI, 19.1.2021, n. 584 (superando una precedente giurisprudenza che riconosceva invece il carattere ordinatorio del termine, potendo soltanto la legge qualificare un termine in termini di perentorietà: Cons. St., VI, 13.12.2018, n. 911; 9.11.2020, n. 6891). Secondo il Consiglio di Stato “*non è escluso che la esigenza di fissazione di termini perentori a pena di decadenza possa essere soddisfatta, nel rispetto del principio di legalità sostanziale, da atti normativi secondari o generali a ciò autorizzati o al limite anche in sede di avvio del procedimento, con una autolimitazione della successiva attività*”. Il Consiglio di Stato ha evidenziato il diverso atteggiarsi del tempo a seconda del contesto normativo di riferimento e degli interessi sostanziali in gioco, sottolineando che nel caso del potere sanzionatorio l'Autorità persegue interessi ulteriori al “*mero rilievo dell'avvenuta infrazione*”, connessi con il perseguimento di una finalità dissuasiva, i quali impongono appunto la conclusione del relativo procedimento entro termini determinati: “*il carattere effettivo e dissuasivo della sanzione è fortemente condizionato dal rispetto della tempistica procedimentale, poiché se l'irrogazione della sanzione avvenisse a distanza di tempo dalla sua commissione e dal suo accertamento potrebbe fallire il suo obiettivo*”. Ma la perentorietà del termine viene desunta dal Consiglio di Stato anche sulla base di un'ulteriore argomentazione, legata alle conseguenze di ordine processuale derivanti dall'annullamento giurisdizionale del provvedimento di irrogazione della sanzione adottato dall'Autorità in un arco temporale molto ampio: “*il tempo dell'agire dell'amministrazione per la sua valenza estrinseca ha carattere assoluto, come il tempo dell'agire umano, sottratto alle leggi della fisica quantistica, e scorre in una sola direzione. Il processo amministrativo da sempre utilizza delle finzioni giuridiche per contrastare questa verità. Così la pronuncia costitutiva di annullamento del provvedimento compressivo della sfera giuridica del privato comporta, attraverso una qualificazione giuridica negativa, la rimozione ex tunc degli effetti del provvedimento stesso*” e tuttavia “*una tale fictio non può spingersi sino al punto di restituire all'amministrato il tempo trascorso del procedimento, ossia “quel tempo” sprecato dall'amministrazione ... l'annullamento di un provvedimento sanzionatorio non può riportare indietro le lancette dell'orologio, restituendo all'amministrato “quel tempo” male utilizzato dall'amministrazione*”. Alla luce di dette argomentazioni, il Consiglio di Stato ha dunque riconosciuto che “*il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio promosso dall'Autorità appellata ha natura perentoria, sicché il suo superamento inficia il provvedimento sanzionatorio impugnato, con ciò che ne consegue in termini di illegittimità dello stesso*” (nello stesso senso, ancor più recentemente, v. Cons. St., VI, 17.3.2021, n. 2307, n. 2308, n. 2309).

Sulla perentorietà del termine di conclusione dei procedimenti sanzionatori delle altre Autorità indipendenti, v. per la Banca d'Italia: Cons. St., VI, 23.3.2016, n. 1199; 6.8.2013, n. 4113; 29.1.2013, n. 542; per l'ANAC: Cons. St., VI, 4.4.2019, n. 2289; V, 3.10.2018, n. 5695; 3.5.2019 n. 2874; per l'IVASS: Cons. St., VI, 21.2.2019, n. 2042; per l'AGCom, Cons. St., VI, 17.11.2020, n. 7153).

decisorie³⁴³ – si caratterizza per il pieno dispiegarsi del contraddittorio con i soggetti della cui condotta si tratta, nonché con tutti gli altri interessati, compresi ovviamente i

³⁴³ È noto, infatti, che nell'ambito dei procedimenti sanzionatori innanzi alle Autorità indipendenti, sia stata progressivamente accentuata la distinzione tra funzioni istruttorie, di competenza degli uffici, e funzioni decisorie, di competenza del Collegio; distinzione ritenuta espressione di una delle garanzie dell'equo processo ricavate dalla Corte di Strasburgo dall'art. 6 CEDU al fine di garantire l'imparzialità dell'organo chiamato a giudicare e al fine di garantire la parità delle parti.

Sul punto, proprio con riguardo alla necessaria separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie nei procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti, v. Corte EDU, 11.9.2009, ric. n. 5242/04, *Dubus S.A. c. Francia*, con la quale la Corte ha accertato una violazione dell'art. 6 CEDU ritenendo che l'organizzazione interna della COB (Commission Bancaire) francese non garantisse a sufficienza la distinzione tra uffici deputati all'attività investigativa e uffici aventi compiti decisionali, operando i primi sotto la supervisione dei secondi. Tuttavia, occorre precisare che si tratta di una peculiarità del tutto propria dell'ordinamento francese, nel quale il procedimento sanzionatorio della COB è qualificato espressamente come procedimento giurisdizionale.

Analogamente, nel caso *Grande Stevens* (Corte EDU, 4.3.2014, ric. nn. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010, *Grande Stevens c. Italia e a.*) la Corte ha ritenuto non conforme alla Convenzione e, in particolare, alle esigenze di imparzialità di cui all'art. 6 CEDU, il procedimento sanzionatorio innanzi alla Consob, in quanto *“l'ufficio Sanzioni e la Commissione non sono che suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso presidente”* e ciò comporta *“il consecutivo esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno ad una stessa istituzione”*. Tuttavia, la Corte, come noto, ha fatto comunque salvo il procedimento sanzionatorio, ritenendo che tali carenze possono essere adeguatamente recuperate nella successiva fase di controllo giurisdizionale.

Nella giurisprudenza nazionale, sulla separazione tra funzioni istruttorie e decisorie, v. Cons. St., VI, 26.2.2015, n. 1595: *“deve escludersi che il regolamento Consob 21 giugno 2005, n. 15086, nel disciplinare il procedimento di irrogazione delle sanzioni ... presenti direttamente profili di contrasto con l'art. 6, par. 1, CEDU. La CEDU non impone che le sanzioni inflitte dalla Consob siano assistite, già nella fase amministrativa del procedimento sanzionatorio che precede la fase giurisdizionale, da garanzie assimilabili a quelle che valgono per le sanzioni penali in senso stretto: l'imparzialità oggettiva dell'Autorità che applica la sanzione e il pieno rispetto del principio del giusto processo. Non si richiede una trasformazione in senso paragiurisdizionale del procedimento amministrativo, con necessaria applicazione del contraddittorio orizzontale tra due parti poste in posizioni di parità rispetto all'autorità decidente”* con la conseguenza che *“laddove ... il procedimento amministrativo non offra garanzie equiparabili a quelle del processo giurisdizionale, l'interessato deve avere la concreta possibilità di sottoporre la questione relativa alla fondatezza dell'accusa penale contro di lui mossa ad un organo indipendente e imparziale dotato del potere di esercitare un sindacato di full jurisdiction, inteso come potere di sindacare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte amministrative così realizzando, di fatto, un continuum tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale”*; più recentemente, sul procedimento sanzionatorio innanzi all'AGCM per pratiche commerciali scorrette, v. Cons. St., VI, 11.3.2021, n. 2081: *“in riferimento ai procedimenti sanzionatori dell'Antitrust, in base alla disciplina dettata Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore (Delibera AGCM 1 aprile 2015, n. 25411), il Responsabile del procedimento gode di una spiccata autonomia rispetto all'organo decisorio. Difatti, la fase istruttoria è concentrata in capo ad un soggetto la cui attività non è subordinata ai poteri di autorizzazione e di ratifica circa l'avvio e la chiusura dell'attività di accertamento, il quale cura in autonomia il procedimento, che una volta terminato verrà acquisito dal Collegio per la decisione finale. Quest'ultimo rimane competente solo in ordine all'adozione del provvedimento finale”* con la conseguenza che *“in questo particolare settore, l'area di separazione tra fase istruttoria e fase decisorie risulta particolarmente marcata”*.

Per alcuni procedimenti, e segnatamente per quelli di competenza della Banca d'Italia, della CONSOB, e dell'IVASS essa è imposta dalla legge (art. 24, co. 1, l.n. 262/2005).

Tale distinzione è oggi prevista in tutti i regolamenti delle Autorità indipendenti e, recentemente, è stata ancor più intensificata. E così, ad esempio, il Regolamento adottato da ARERA, nella versione integrata con le modifiche apportate con la delibera ARERA n. 388/2017/E/COM cit., tale separazione è ancor più netta, essendo affidata alla Direzione Sanzione e Impegni (DSAI) l'attività istruttoria (*“istruisce, cura ed avvia, con propria determinazione, nel rispetto del principio di separazione tra l'attività istruttoria degli uffici e la decisione finale di competenza dell'Autorità, i procedimenti sanzionatori”*: art. 1, lett. f) Regolamento ARERA), e al Collegio l'attività decisorie vera e propria.

Sulla necessità di separare le funzioni istruttorie da quelle decisorie, in dottrina v. N. LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti verso il giusto procedimento. La separazione tra funzioni istruttorie e*

denuncianti nel caso in cui l'attività di controllo dell'Autorità sia stata sollecitata da un'apposita istanza (denuncia) di terzi interessati³⁴⁴.

Differente è tuttavia la posizione dei diretti destinatari della contestazione – i quali, in linea generale oltre a presentare memorie e produrre documenti, possono essere sentiti personalmente in audizione dall'organo dell'Autorità deputato all'istruttoria – rispetto ai denunciati, i quali non possono essere sentiti personalmente, ma possono soltanto presentare osservazioni scritte³⁴⁵.

funzioni decisorie, in *Amministrazione in cammino*, 2005; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, 1993, part. p. 149; ID, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, cit., secondo il quale la separazione tra gli uffici istruttori e quelli decisionali introduce un “un elemento di orizzontalità del contraddittorio tra soggetto sanzionando e uffici istruttori davanti a un decisore in qualche misura terzo”, sottolineando che “se, in virtù della separazione organizzativa si possono contestare in modo pieno le risultanze degli uffici istruttori delle autorità davanti al collegio, quest'ultimo può far recuperare almeno in parte al procedimento quell'elemento di paritarietà delle parti (ufficio istruttore e impresa)”, e che “tuttavia, si tratta talora di un riequilibrio più formale che sostanziale atteso che l'ufficio istruttore e il collegio che decide fanno comunque parte di un'unica istituzione”. Sul tema, più recentemente v. S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, cit., part. pp. 234 ss., il quale sottolinea come nel nostro ordinamento il principio della separazione tra funzioni istruttorie e decisorie nell'ambito dei procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti esista, ma sia soltanto tendenziale, trattandosi di “distinzione tra organi, di natura funzionale e organizzativa, non tale da garantire una piena terzietà e imparzialità oggettiva dell'organo decisorio similmente a quanto avviene nel processo penale ove sono distinte le funzioni inquirenti e quelle giudicanti”; e tuttavia, secondo l'A., una rigida separazione non è imposta dalla giurisprudenza CEDU, potendo le garanzie di imparzialità e di parità delle armi “essere comunque soddisfatte ove al privato sia assicurata una successiva tutela giurisdizionale che raggiunga gli standard dell'equo processo”, ma *de iure condendo* si potrebbe pensare di riservare alle autorità indipendenti la fase istruttoria e agli organi giurisdizionali competenti la fase decisionale (p. 240-241).

³⁴⁴ Si tratta di una evidente differenza rispetto alla disciplina generale contenuta nella l.n. 689/1981, nella quale si prevede che il contraddittorio con gli interessati si svolga soltanto nella fase decisoria.

Per quanto attiene al procedimento sanzionatorio antitrust, v. art. 6 DPR n. 217/1998, che al co. 4 prevede che il provvedimento di avvio dell'istruttoria debba essere notificato “alle imprese e agli enti interessati, nonché ai soggetti che ... avendo un interesse diretto, immediato ed attuale, hanno presentato denunce o istanze utili all'avvio dell'istruttoria”. Il successivo art. 7 stabilisce poi che nel procedimento sanzionatorio innanzi all'AGCM per intese restrittive e abuso di posizione dominante possono partecipare oltre ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio dell'istruttoria, “i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché le associazioni rappresentative dei consumatori, cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato ed attuale dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa e che facciano motivata richiesta di intervenire entro trenta giorni dalla pubblicazione nel bollettino del provvedimento di avvio dell'istruttoria”. Per quanto attiene al procedimento sanzionatorio innanzi ad ARERA v. l'art. 4 delib. n. 243/2012/E/COM cit., ai sensi del quale “la delibera di avvio del procedimento è notificata ai soggetti diretti destinatari del provvedimento finale, agli altri soggetti che hanno presentato reclami, istanze e segnalazioni, contenenti elementi utili all'istruttoria e che hanno un interesse diretto, immediato e attuale all'esito del procedimento, nonché ai soggetti che per legge debbono intervenire”.

³⁴⁵ E così, ad esempio, ai sensi dell'art. 7 DPR n. 217/1998, tutti i soggetti che partecipano all'istruttoria hanno facoltà di presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri e accedere ai documenti. Mentre ai sensi del combinato disposto dell'art. 7, co. 3 e dell'art. 14, co. 5 DPR n. 217/1998 soltanto ai soggetti interessati hanno diritto di essere sentiti in audizione, potendo gli altri soggetti che hanno preso parte al procedimento essere sentiti su loro motivata richiesta solo a discrezione del Collegio.

Tale distinzione non sussiste nel procedimento sanzionatorio innanzi ad ARERA, ove tutti i partecipanti, oltre a presentare memorie e documenti, possono essere sentiti nell'audizione finale e

Il contraddittorio in questa fase è particolarmente importante perché consente, da un lato, al diretto interessato (colui che potrebbe essere destinatario della sanzione finale se venisse accertata l'infrazione) di difendersi rispetto alle deduzioni contenute nella contestazione dell'addebito e, dall'altro, a tutti gli altri soggetti comunque interessati al procedimento sanzionatorio di fornire il proprio apporto collaborativo³⁴⁶.

In tale fase, i poteri istruttori esercitati dall'Autorità sono particolarmente incisivi, potendo procedere con richieste di informazioni e di esibizione di documenti, effettuare ispezioni; poteri presidiati dall'irrogazione di sanzioni amministrative in caso di rifiuto di collaborazione dei terzi cui le informazioni sono chieste ovvero sottoposti a ispezione³⁴⁷.

“assistere all'audizione finale delle altre parti del procedimento”, salvo che sussistano ragioni di riservatezza (art. 13, delib. ARERA n. 243/2012/E/COM cit.).

In dottrina, v. M. CLARICH, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, cit., secondo cui *“nei procedimenti sanzionatori il contraddittorio ha una natura essenzialmente verticale, come statuito dalla giurisprudenza perché involge l'autorità che esercita il potere e il soggetto nei cui confronti potrà essere irrogata, ove venga accertata una violazione, la sanzione”*.

Sul contraddittorio verticale proprio dei procedimenti sanzionatori antitrust, v. anche Corte cost. [ord.] n. 13/2019 cit., secondo cui *“l'attività dell'Autorità garante si sviluppa nell'ambito di un contraddittorio che non si differenzia – se non per la sua intensità – da quello procedimentale classico e che resta di natura verticale, proprio perché il privato si confronta con un soggetto che, nell'irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità”* (punto 8.1.).

³⁴⁶ In dottrina, sul contraddittorio nel procedimento sanzionatorio, v. M. CLARICH, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle autorità indipendenti nel settore finanziario*, cit.; ID., *Sanzioni delle Autorità indipendenti e garanzie del contraddittorio*, cit.

³⁴⁷ La questione della possibilità di sanzionare la condotta del soggetto che non collabora con l'Autorità indipendente nel corso del procedimento ispettivo si è posta recentemente con riferimento al procedimento sanzionatorio innanzi alla Consob, a fronte del silenzio - giustificato in ragione della necessità di evitare “l'auto-incriminazione” - a una richiesta di informazioni avanzata dalla Commissione; silenzio sanzionato dalla Consob con l'irrogazione di una sanzione pecuniaria. La disciplina contenuta nel TUF (d.lgs. n. 58/1998), analogamente alle discipline di settore delle altre Autorità, all'art. 187-*quinqüesdecies*, d.lgs. n. 58/1998 – in recepimento di disposizioni europee di analogo contenuto (per la Consob, artt. 12 e 14, Direttiva n. 2003/6/CE e art. 30, Regolamento (UE) n. 596/2014) – consente infatti alla Consob di sanzionare la mancata ottemperanza nei termini alle proprie richieste, ovvero la causazione di un ritardo nell'esercizio delle proprie funzioni.

Su tale sanzione si è instaurato un lungo contenzioso giunto fino in Corte di Cassazione la quale, avanzando dubbi circa la legittimità costituzionale dell'art. 187-*quinqüesdecies* in relazione all'art. 24 Cost. e all'art. 6 CEDU, ha rimesso la questione alla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale, in considerazione della vigenza di disposizioni europee di analogo contenuto, ha osservato che una eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinqüesdecies* rischierebbe di porsi in contrasto con il diritto europeo, e ha quindi formulato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, per *“chiarire se le disposizioni menzionate della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014 debbano essere interpretate nel senso che consentono allo Stato membro di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la sua responsabilità per un illecito punito con sanzioni penali o con sanzioni amministrative di natura “punitiva”*” (ord. 10.5.2019, n. 117).

La Corte di Giustizia (2.2.2021, C-481/19, *Consob*) ha chiarito che il diritto europeo consente *“agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica, la quale, nell'ambito di un'indagine svolta nei suoi confronti dall'autorità competente a titolo di detta direttiva o di detto regolamento, si rifiuti di fornire a tale autorità risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale”*.

Una volta raccolti gli elementi probatori necessari, viene redatta e trasmessa alle imprese interessate la c.d. comunicazione delle risultanze istruttorie (c.d. CRI), al fine di sollecitare il contraddittorio con le stesse³⁴⁸.

All'esito della fase istruttoria, dopo aver ricevuto e valutato le osservazioni dei soggetti interessati a seguito della c.d. CRI, viene adottato il provvedimento finale³⁴⁹, con il quale – se l'Autorità ritiene sussistenti le violazioni contestate, l'elemento soggettivo e il nesso causale – irroga una sanzione pecuniaria determinandone l'importo sulla base dei criteri indicati nelle varie leggi di settore, nonché sulla base di linee guida adottate dalle stesse Autorità³⁵⁰.

Nel corso dello svolgimento del procedimento sanzionatorio, è riconosciuta in capo alle Autorità indipendenti, qualora ravvisino situazioni di gravità e urgenza, la facoltà di disporre misure cautelari³⁵¹.

In sostanza, dunque, si riconosce il diritto al silenzio, nell'ambito di un'indagine svolta da un'Autorità indipendente, qualora dalla risposta alla richiesta di informazioni la persona informata dei fatti possa auto-incolparsi, con conseguente irrogazione di sanzioni amministrative o penali.

³⁴⁸ In giurisprudenza si è chiarito che fino al momento dell'invio della c.d. CRI, gli addebiti contestati possono essere modificati dall'Autorità, in quanto “*l'istruttoria serve proprio a individuare la corretta imputazione degli addebiti*” con la conseguenza che l'imputazione degli addebiti “*si realizza appunto con la comunicazione delle risultanze istruttorie*” (Cons. St., VI, 1.3.2012, n. 1192).

³⁴⁹ Nell'ambito del procedimento sanzionatorio innanzi ad ARERA, è prevista – sulla base della facoltà riconosciuta dalla legge (art. 45, co. 6, d.lgs. n. 93/2011, inserito dall'art. 58, co. 1, lett. a), d.l. n. 5/2012, conv. modif. l. 35/2012) una procedura semplificata. L'art. 5 del Regolamento (delib. 243/2012/E/COM cit.) così come modificato nel 2018, prevede infatti che l'organo competente, fatti salvi il diritto di difesa e di contraddittorio, nel caso in cui gli elementi probatori raccolti siano sufficienti a sorreggere la fondatezza della contestazione, può determinare già nella delibera di avvio del procedimento sanzionatorio l'importo della sanzione che potrebbe essere irrogata all'esito del procedimento stesso. In tale caso, entro 30 giorni dalla comunicazione della determinazione di avvio del procedimento, il destinatario “*previa cessazione delle condotte contestate ancora in essere e rinuncia alle ulteriori formalità del procedimento*” può effettuare il pagamento in misura ridotta della sanzione, e segnatamente di un terzo di quella quantificata nella determinazione di avvio.

Il pagamento in misura ridotta è invece espressamente escluso per i procedimenti sanzionatori di competenza dell'AGCM (art. 24, co. 4, l.n. 262/2005).

³⁵⁰ Al fine di ridurre ulteriormente la discrezionalità circa la quantificazione delle sanzioni, le varie Autorità indipendenti hanno adottato proprie Linee Guida. Sul punto, v. delibera adottata da ARERA n. ARG/com 144/08 in data 9.10.2008, *Linee guida sull'applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas ai sensi dell'art. 2, comma 20, lett. c), della legge 14 novembre 1995, n. 481*; la delibera adottata da AGCM in data 22.10.2014, n. 25152, *Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*; la delibera adottata da AGCom Delibera n. 265/15/CONS in data 28.4.2015, *Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*. Per il Garante della protezione dei dati personali non è stato invece necessario adottare apposite Linee guida, essendo la normativa di riferimento già specifica e dettagliata in ordine ai criteri per la quantificazione delle sanzioni.

³⁵¹ Si tratta di un potere connesso a quello sanzionatorio. È di particolare rilevanza il potere di adottare misure cautelari attribuito all'AGCM “*nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza*” ove sia constatata “*ad un sommario esame la sussistenza di un'infrazione*” (art. 14 bis, l. n. 287/1990). Per i poteri cautelari di ARERA, v. art. 45, co. 6 bis, d.lgs. n. 93/2011, inserito dall'art. 58, co. 1, lett. b), d.l. 9.2.2012, n. 5, conv. modif. l. 35/2012, ai sensi del quale “*nei casi di particolare urgenza l'Autorità per l'energia elettrica e il gas può, d'ufficio, deliberare,*

Senza dubbio, l'aspetto di maggior interesse per quanto attiene il potere sanzionatorio – oltre ovviamente alle garanzie partecipative e al contraddittorio di cui si è detto, presidiate da una consolidata giurisprudenza della Corte EDU³⁵² – attiene alla individuazione delle condotte sanzionabili.

Ed infatti, spesso la normativa di riferimento contiene concetti giuridici indeterminati (intese restrittive, abuso di posizione dominante, pratiche commerciali scorrette, pubblicità ingannevole, divieto di sbilanciamento, *etc.*) i quali devono essere interpretati, nei casi concreti, dalle Autorità al fine di verificare se una data condotta di un operatore economico integri o meno una violazione della normativa stessa.

Si tratta di una esigenza imprescindibile, al fine di rendere effettiva, flessibile e duttile la risposta a condotte degli operatori in contrasto con la disciplina di settore; risposta che non sarebbe parimenti sufficientemente efficiente – o in alcuni casi sarebbe del tutto impossibile – nel caso in cui le varie condotte integranti una violazione della normativa di settore fossero indicate con precisione.

Da tale considerazione, invero scontata, emergono tuttavia tre ordini di conseguenze di particolare rilievo: in punto di imprevedibilità della sanzione; in punto di effettivo rispetto del principio di legalità e dei suoi corollari; nonché circa gli effetti ulteriori (conformativi del settore e quindi sostanzialmente normativi) prodotti dall'esercizio del potere sanzionatorio da parte delle Autorità indipendenti.

con atto motivato, l'adozione di misure cautelari, anche prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio”.

Sui poteri cautelari dell'AGCM, in dottrina v. G. OLIVERI, *I poteri cautelari dell'Autorità garante*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit. pp. 441 ss.; M. LIBERTINI, *Le misure cautelari amministrative nella disciplina antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, pp. 5 ss.; F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza*, in *Giur. comm.*, 2008, pp. 109 ss.

³⁵² Oltre alla sentenza della Corte EDU nel caso *Grande Stevens* cit., v. anche Corte EDU 27.9.2011, ric. n. 43509/07, *A. Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia*, nella quale, con riferimento alla mancata garanzia del contraddittorio nell'ambito del procedimento sanzionatorio *antitrust* è stata esclusa la violazione dell'art. 6 CEDU in ragione della possibilità per il soggetto sanzionato di adire un organo giurisdizionale cui compete un sindacato pieno: “*la conformità con l'articolo 6 non esclude che, in un procedimento di natura amministrativa, una pena sia inflitta da un'autorità amministrativa. Si presuppone però che la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfi le condizioni di cui all'articolo 6 § 1 debba subire un controllo a posteriori da un organo giudiziario avente giurisdizione piena*” (nello stesso senso, Corte EDU 23.10.1995, *Schmautzer e a. c. Austria*; 10.2.2009, ric. n. 1439/03, *Zolotoukhin c. Russia*).

In dottrina, v. F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 507 ss.; S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, cit.; E. BINDI, *L'incidenza delle pronunce della Corte EDU sui procedimenti sanzionatori delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 3007 ss.; A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 456 ss.; ID, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino 2016; ID (a cura di), *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei Paesi europei*, Napoli 2020.

Sotto il primo profilo, è stato osservato in dottrina³⁵³ che la determinazione concreta, di volta in volta, delle condotte illecite da parte delle Autorità indipendenti produce una imprevedibilità delle condotte sanzionabili da parte degli operatori interessati; imprevedibilità che non potrebbe essere adeguatamente compensata dalle garanzie del contraddittorio nell'ambito del procedimento sanzionatorio, in quanto il contraddittorio è “una garanzia che rispetto all'esercizio di poteri amministrativi ricorre in ogni caso, anche quando si esercita potestà amministrativa non punitiva” e non può quindi costituire una giustificazione o una legittimazione alla imprevedibilità.

Secondo tale dottrina, è invece nella tutela giurisdizionale piena che “si può rinvenire una significativa mitigazione dei rischi e dei limiti della imprevedibilità”, ma si tratta comunque di una soluzione *ex post* “che risolve le più macroscopiche violazioni del principio di legalità”, ma che non è in grado di “fornire in modo sistematico una garanzia di prevedibilità”, la quale invece produrrebbe effetti utili sull'esercizio dell'attività di impresa³⁵⁴.

La soluzione, secondo tale dottrina, dovrebbe dunque essere rinvenuta in una particolare applicazione del principio di buona fede da parte delle Autorità indipendenti, le quali dovrebbero evitare di sanzionare condotte ritenute per la prima volta illecite, valorizzando quindi l'elemento soggettivo³⁵⁵.

Quanto al principio di legalità, si è detto che il potere sanzionatorio delle Autorità è comunque sottoposto ai principi sostanziali e procedurali contenuti nel capo I della l. n. 689/1981, e in particolare, a quelli di tassatività, determinatezza e irretroattività della fattispecie sanzionatoria, a loro volta corollari del principio di legalità. Tali principi impongono che la condotta vietata sia tipica e determinata e che debba essere prevista come illecita al momento in cui viene irrogata la sanzione³⁵⁶.

³⁵³ A. POLICE, *I poteri sanzionatori “di regolazione” delle Autorità amministrative indipendenti tra legalità e giustiziabilità*, in *Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Torino 2021, vol. I, pp. 185 ss.. Sul tema della prevedibilità, v. anche P. LAZZARA, *Funzioni antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 767 ss.

³⁵⁴ Secondo l'A., in op. ult. cit., una maggiore prevedibilità degli illeciti produrrebbe benefici anche per la stessa politica sanzionatoria e per la maggiore effettività del sistema punitivo, in quanto “la sanzione più che ad una finalità riparatoria persegue una finalità dissuasiva e la possibilità di “prevedere la sanzione” contribuisce ad assicurarne l'efficacia dissuasiva più di quanto accadrebbe con una sanzione non anticipabile *ex ante*” (p. 197).

³⁵⁵ Sul tema della certezza delle regole e sulla adeguata valorizzazione dell'elemento soggettivo nell'ambito dei procedimenti sanzionatori, v. A. TRAVI, *Certezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 627.

³⁵⁶ Sul principio di legalità in materia di sanzioni, in giurisprudenza, v. recentemente Cons. St., V, 112.10.2018, n. 5883, secondo cui “*principio – immanente allo Stato di diritto – che trova base nell'art. 1, primo comma, della l. 24 novembre 1981, n. 689, secondo cui «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione»*, in applicazione dell'art. 25 Cost., per il quale «nessuno può essere punito se non in

Ora, affidare alle Autorità indipendenti il compito di verificare, caso per caso, se la condotta sottoposta a controllo rientri o meno nell'ambito delle condotte vietate – indicate genericamente dalla legge con l'utilizzo di concetti giuridici indeterminati – significa in sostanza demandarne alle stesse la individuazione, con evidente violazione del principio di legalità e, segnatamente, del principio di determinatezza della fattispecie sanzionatoria sotto tale profilo³⁵⁷.

Tale aspetto caratterizza quindi non soltanto la fase della individuazione delle condotte vietate, ma anche il momento stesso dell'accertamento dell'illecito stesso. In altri termini, alle Autorità sarebbe demandato non soltanto il potere di individuare quali siano le condotte vietate, ma anche quello di accertare l'illecito nei casi concreti.

Da tale constatazione deriva in via automatica il terzo ordine di conseguenze, relativo agli effetti ulteriori, sostanzialmente normativi, prodotti dall'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti e segnatamente dall'attività di accertamento e di qualificazione di una condotta come illecita.

È stato infatti osservato in dottrina che in verità, la potestà punitiva di molte Autorità indipendenti ha una valenza ed un contenuto “misto”, nel senso che contiene sia una componente di tipo punitivo, che tuttavia non rappresenta la funzione principale del potere o la ragione stessa di attribuzione del medesimo, ma ne costituisce piuttosto l'effetto, essendo la ragione principale di attribuzione del potere, riconducibile “ad una funzione diversa di carattere sostanzialmente normativo, espressione di una funzione regolazione” e cioè di “di perseguire sostanzialmente la conformazione del reale, quindi anche dei mercati, a determinati interessi”³⁵⁸.

forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». Ne deriva che le fattispecie soggette a sanzione amministrativa si caratterizzano per tipicità e determinatezza”.

³⁵⁷ Del resto, come osservato in dottrina, proprio tale caduta della legalità sostanziale a giustificare la centralità del contraddittorio nel procedimento sanzionatorio innanzi alle Autorità indipendenti. Sul punto, v. M. CLARICH, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, cit., secondo cui “il contraddittorio serve cioè anche a tradurre il concetto giuridico indeterminato in misura concreta, tenendo conto di tutti gli elementi che servono al perseguimento di questo scopo”

³⁵⁸ A. POLICE, *I poteri sanzionatori “di regolazione” delle Autorità amministrative indipendenti tra legalità e giustiziabilità*, cit. p. 189. V. anche P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, cit. secondo cui “si ammette che la potestà sanzionatoria possa esprimere — in certo modo — la «politica della concorrenza» — o, addirittura, della regolazione ... La potestà sanzionatoria diviene così parte della «politica della concorrenza»”; R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano 2007; M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in www.giustamm.it, 2013, ove l'A. sottolinea che “le Autorità fornite del potere di « fare le regole » utilizzano le sanzioni come strumento di enforcement delle medesime; le Autorità sprovviste di tale potere sono tali solo formalmente, perché utilizzano la funzione sanzionatoria per introdurre regole nel sistema”, quindi “una qualche connessione tra funzione di regolazione (concepita come potere di adottare regole) e potere sanzionatorio è pertanto connaturata al modello delle Autorità indipendenti”, ma si tratta “di una « connessione debole », che si apprezza in termini di rafforzamento dell'effettività della

E anche la giurisprudenza ha parlato di attività “regolatoria mediante sanzione”³⁵⁹, cogliendo appunto la valenza ulteriore della sanzione delle Autorità amministrative.

In altri termini, una volta che l’Autorità indipendente abbia accertato e qualificato una condotta come illecita, detto accertamento produce un effetto ulteriore³⁶⁰ di conformazione del mercato, in capo agli altri operatori economici, terzi rispetto al procedimento sanzionatorio; nel senso che gli altri operatori economici, a fronte della sanzione irrogata, saranno dissuasi dal porre in essere condotte analoghe a quella

regolazione” nel caso della Autorità di regolazione e “di una «connessione forte», determinata dal fatto che l’Autorità, nell’esercizio del potere sanzionatorio, formula regole per il settore di intervento” per le Autorità prive di poteri di regolazione in senso stretto; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano 2010, part. p. 185 ss.; ID, *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra antitrust e regolazione*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit., pp. 775 ss.; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, cit.; G.F. LICATA, *Provvedimenti antitrust a contenuto normativo*, Milano 2013.

Secondo G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., si registrerebbe una tendenza ad espandere anche il contenuto e gli effetti del provvedimento di diffida che, ai sensi dell’art. 15 l.n. 287/1990 deve accompagnare l’accertamento di un illecito anticoncorrenziale, e il cui contenuto dovrebbe consistere soltanto nell’inibizione a non ripetere o proseguire nel comportamento illecito. Ed infatti, secondo l’A., l’AGCM “*tende a conformare il comportamento dell’impresa nel mercato*” non limitandosi “*a registrare il disvalore concorrenziale di un certo comportamento*” ma tendendo “*a configurare il migliore assetto possibile per quel dato mercato ...imponendo obblighi di comportamento*”, con la conseguenza che “*si assiste ad una sorta di contaminazione regolatoria delle funzioni di tutela della concorrenza*” (pp. 761 ss.)

³⁵⁹ Cons. St., VI, 22.7.2014, n. 3893, che esclude la applicazione *tuout court* della l. n. 689/1981, rilevando che “*ragione dell’esistenza stessa dell’Autorità, della sua posizione istituzionale di indipendenza e dunque delle sue attribuzioni, è del resto la funzione di regolazione economica*” essendo quindi “*fuor di luogo riferirvi un procedimento finalizzato invece alla mera retribuzione sanzionatoria de praeterito di comportamenti individuali, qual è quello del Capo I della l. n. 689 del 1981*”; dunque “*l’attività istruttoria e regolatoria mediante sanzione dell’Autorità (nella quale si inseriscono atti di impulso, avvisi, audizioni, partecipazione degli interessati, richieste di informazione e di documenti, accessi e ispezioni, perizie e consulenze, comunicazioni) non è riducibile né quanto al contenuto, né, di conseguenza, quanto al rispetto dei termini, alla disciplina prevista in via generale in tema di “sanzioni amministrative”*”.

³⁶⁰ Nel caso di violazioni della normativa antitrust, il provvedimento sanzionatorio dell’AGCM produce un ulteriore affetto, e cioè il definitivo accertamento della condotta ai fini del giudizio di responsabilità civile per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza da parte di un’impresa o di un’associazione di imprese. In tal senso depone l’art. 7, d.lgs. 19.1.2017, n. 3, ai sensi del quale “*ai fini dell’azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell’autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell’autorità garante della concorrenza e del mercato ... non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima. Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l’esistenza del danno*”.

Sull’efficacia di accertamento previsto dall’art. 7, d.lgs. n. 3/2017 e sulla sua compatibilità con l’art. 101 Cost., v. F. GOISIS, *L’efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 45 ss.; in generale, sul d.lgs. n. 3/2017, v. P. COMOGGIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, pp. 991 ss.; V. MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, pp. 119 ss.; N. RANGONE, *D.lgs 19 gennaio 2017, n. 3: profili amministrativistici*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, pp. 255 ss..

sanzionata, a meno di non voler incorrere anch'essi (consapevolmente) nella irrogazione di una sanzione³⁶¹.

Sotto tale profilo, tuttavia, resta aperto il problema se il principio di tipicità sia effettivamente rispettato quando dal potere sanzionatorio derivino effetti ulteriori, in capo a soggetti terzi rispetto al procedimento, come l'effetto di conformazione del mercato.

Tali considerazioni sollecitano un'ulteriore e necessaria riflessione circa la natura del potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti (se connotato da discrezionalità o da vincolatività)³⁶², anche in considerazione delle conseguenze che comporta in punto di riparto di giurisdizione (su cui v. *infra* cap. III).

Ed infatti, sostenere che l'irrogazione delle sanzioni costituisca esercizio di un potere autoritativo riconosciuto dalla legge alle Autorità indipendenti, strettamente collegato con gli altri incisivi poteri attribuiti (e segnatamente con il potere di regolazione), tutti finalizzati alla cura dell'interesse pubblico cui la singola Autorità è deputata, significa ritenere che il potere sanzionatorio sia caratterizzato - oltre che a momenti di discrezionalità tecnica (quanto, ad esempio, all'accertamento dell'illecito) - da vera e propria discrezionalità amministrativa (non solo nel *quantum*, ma anche

³⁶¹ Secondo tale dottrina, infatti, le sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti nell'esercizio della c.d. funzione di regolazione non avrebbero di mira tanto la punizione del trasgressore quanto la tutela dell'interesse pubblico specifico affidato di volta in volta all'Autorità. V. sul punto, E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, 2000; S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni ripristinatorie*, in AA. VV., *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino 2012; R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, cit.. V. anche M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, cit., il quale, pur evidenziando una "plurifunzionalità" delle sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti, evidenzia la inutilità di una classificazione delle sanzioni sulla base della funzione assolta, con la conseguenza che "non è scorretto sostenere che le AI, minacciando e applicando la sanzione, perseguono l'obiettivo di rendere effettivi i valori della regolazione; ma sarebbe certamente parziale ritenere che, in virtù di ciò, tali sanzioni siano prive del carattere afflittivo nei confronti del trasgressore e non svolgano funzione di prevenzione; e, al tempo stesso, sarebbe irragionevole negare che le sanzioni amministrative « ordinarie » spesso costituiscano strumenti di cura indiretta dell'interesse affidato all'amministrazione".

³⁶² Per la dottrina sulla discrezionalità amministrativa si rinvia al cap. III, par. 2, ove ampi riferimenti, anche in punto di distinzione con la c.d. discrezionalità tecnica.

Per la nozione di atto vincolato, v. la ricostruzione di E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1980, part. pp. 263 ss.; ID, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, 1963, ora in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova 1978, pp. 111 ss., part. pp. 141 ss.; ID, *La disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, I, Padova 1972, ora in *Diritto e processo*, cit., p. 310, che qualifica l'atto vincolato sulla base dello schema norma-fatto-effetto, senza la necessaria intermediazione del potere. Sull'opera di Capaccioli, v. P. LAZZARA, *L'opera scientifica di Enzo Capaccioli tra fatto, diritto e teoria generale*, in *Dir. amm.*, 2009, pp. 955 ss.. L'impostazione di Capaccioli è ripresa anche da M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2022, part. pp. 110-111. Sul tema dell'attività vincolata v. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 3 ss., ora in, *Scritti giuridici*, Milano 2007, pp. 1249 ss.. Per la distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata v. anche R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino 2017, part. pp. 72 ss..

nell'an) intesa come ponderazione tra vari interessi per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico primario, e non da vincolatività, intesa come obbligo della Autorità, una volta accertata l'infrazione, di procedere – senza poter operare alcun margine di valutazione – all'irrogazione della sanzione³⁶³.

³⁶³ In dottrina, circa la natura del potere sanzionatorio delle Autorità, e segnatamente dell'AGCM, non vi è uniformità di vedute. A fronte di chi esclude tratti di discrezionalità (F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.* 2002, pp. 181 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., part. pp. 94 ss.; F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 257 ss.) vi è chi ne afferma il carattere propriamente discrezionale (A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino 2007, part. pp. 127 ss.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, cit., part. pp. 240 ss.).

Sul potere sanzionatorio sia in generale che con riferimento alla specifica tematica delle Autorità indipendenti, con particolare riguardo alla natura delle situazioni soggettive che con tale potere si confrontano, nonché al tema della tutela giurisdizionale e del riparto di giurisdizione, v. in dottrina recentemente S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 2017, che ricostruisce il potere sanzionatorio come “potere autoritativo, per cui la correlata posizione giuridica soggettiva del privato non può che avere la consistenza di interesse legittimo” (part. cap. I), osservando come “il provvedimento sanzionatorio, perseguendo (anche) un interesse pubblico ed essendo comunque il risultato di un procedimento amministrativo, abbia tutte le caratteristiche di un normale provvedimento amministrativo (che può essere discrezionale o vincolato), per cui il cittadino destinatario della sanzione amministrativa è titolare di un interesse legittimo”. E, soprattutto con riguardo alle Autorità indipendenti, l'A. rileva come il potere sanzionatorio sia caratterizzato da marcati tratti di discrezionalità anche nella fase di irrogazione delle sanzioni “non foss'altro perché è lo stesso legislatore a lasciare margini di scelta all'Autorità, che può scegliere se utilizzare lo strumento sanzionatorio o altri strumenti per perseguire e tutelare l'interesse pubblico ad essa affidato” (p. 395). E proprio dalla esistenza di uno spazio di discrezionalità lasciato dal legislatore all'Amministrazione nell'esercizio del potere sanzionatorio l'A. fa derivare la sussistenza di un obbligo in capo alla stessa di predeterminare (attraverso regolamenti, linee guida) i criteri di applicazione della sanzione (part. pp. 134 ss.). La necessità di una predeterminazione da parte dell'Amministrazione di detti criteri appare necessaria, nella prospettiva dell'A., anche al fine, da un lato, di consentire una maggiore intellegibilità del provvedimento sanzionatorio e, dall'altro lato, di evitare che il giudice (dotato di una giurisdizione di merito) si sostituisca all'amministrazione, utilizzando criteri diversi (pp. 441 ss.); rischio che, secondo l'A., viene evitato anche attraverso le garanzie procedurali in tema di contraddittorio e di diritto di difesa dell'interessato.

Il tema della predeterminazione dei criteri di applicazione delle sanzioni sembra collegarsi con quello della necessaria prevedibilità, sviluppato dalla dottrina, per i cui riferimenti si rinvia alla precedente nota n. 353.

Sulla natura discrezionale del potere sanzionatorio v. anche F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2013, pp. 79 ss., che riconosce spazi di discrezionalità amministrativa in senso proprio in capo all'Amministrazione sanzionatrice sia nel *quantum* che nell'an, escludendo che il potere sanzionatorio possa essere caratterizzato da c.d. discrezionalità giudiziale “intesa, nell'orientamento oggi complessivamente prevalente, come un'attività sostanzialmente di (seppur opinabile) accertamento e quindi non propriamente autoritativa, indirizzata alla determinazione della giusta sanzione-contribuzione per il caso concreto, senza che sia consentito strumentalizzare la risposta sanzionatoria a considerazioni diverse da quelle proprie di una equilibrata punizione a fronte di una data responsabilità individuale”. Al contrario, secondo l'A. “anche nella discrezionalità sulla commisurazione sanzione assistiamo esattamente ad un potere propriamente di scelta, da esercitare non solo in vista di astratte finalità di giustizia depurate da valutazioni teleologiche e di cura di interessi, ma altresì di alcuni ben determinati obiettivi di interesse pubblico”. Analoghe considerazioni valgono per l'A. circa la discrezionalità nell'an, la cui sussistenza sembra rafforzata dall'istituto dei cd. impegni in materia di tutela della concorrenza (su cui v. *infra*), la cui accettazione da parte dell'AGCM appare connotata da vera e propria discrezionalità, che si riverbera – nella prospettiva dell'A. – anche a tutti gli atti del medesimo procedimento sanzionatorio. Sullo stesso tema, v. ID, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2014, pp. 337 ss.; ID, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc.*

Tale aspetto, come si vedrà, si coglie con maggiore evidenza negli istituti che si esamineranno nel prossimo paragrafo.

5.1. La componente ripristinatoria/riparatoria del potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti: le decisioni con impegni e i programmi di clemenza *antitrust*.

Ma vi è un'altra caratteristica delle sanzioni amministrative irrogate dalle Autorità indipendenti, tale da distinguerle nettamente dalle sanzioni amministrative "ordinarie", che attiene alla finalità perseguita attraverso l'esercizio del potere sanzionatorio; una finalità non soltanto afflittiva e di prevenzione generale e speciale (tipica della sanzione amministrativa) ma anche ripristinatoria e riparatoria.

Tale finalità appare con maggior chiarezza se si analizzano due istituti, strettamente connessi e collegati con il procedimento sanzionatorio, in quanto traenti origine dalla stessa matrice: gli impegni e i programmi di clemenza.

amm., 2015, pp. 546 ss.; ID, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, cit.

La natura discrezionale (e non vincolata) del potere sanzionatorio delle Autorità che in questa sede si sostiene del resto è confermata dall'attrazione delle controversie sui relativi provvedimenti nella giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di un vero e proprio potere autoritativo del cui esercizio è il giudice amministrativo a dover conoscere. L'eccezione, costituita dalle sanzioni della Banca d'Italia e Consob, in relazione alle controversie sulle relative sanzioni che restano di competenza del giudice ordinario, sembra rappresentare più una miopia del legislatore (prima e della Corte costituzionale poi) il quale, nell'ottica di un (mal riuscito) tentativo di riordino, ha ommesso di ricomprendere (nella legge delega) una previsione specifica sui contenziosi in materia di sanzioni irrogate dalle prime, che non una ragione per ritenere una diversa natura del potere sanzionatorio (sul tema, v. *infra* cap. III, nota n. 430).

Né a diversa conclusione può giungersi a fronte del riconoscimento, nei contenziosi sulle sanzioni amministrative irrogate dalle Autorità indipendenti, della giurisdizione di merito del giudice amministrativo (art. 134, co. 1, lett. c) c.p.a.). La scelta del legislatore di prevedere la possibilità per il giudice di sostituirsi all'Autorità indipendenti nel singolo episodio di esercizio del potere sanzionatorio, infatti, risponde, più che a ragioni legate alla natura del potere (che, secondo la tesi qui seguita, è e resta di natura discrezionale), a esigenze di adattamento dell'ordinamento interno alla giurisprudenza europea formatasi sull'art. 6 CEDU che richiede a qualsiasi giudice (non solo amministrativo, ma anche ordinario) al quale sono devolute le controversie in materia di sanzioni amministrative, di assicurare una giurisdizione piena ("*full jurisdiction*") che compensi le lacune di contraddittorio che si verificano nella fase amministrativa (v. nota n. 352).

Discorso a parte, invece, meriterebbe l'attribuzione alla giurisdizione ordinaria delle sanzioni irrogate dal Garante della Privacy: in questo caso potrebbe infatti sostenersi o che il potere sanzionatorio abbia natura vincolata e che quindi la situazione soggettiva del privato resti di diritto soggettivo (diritto alla riservatezza e alla corretta utilizzazione dei dati personali), ovvero che il potere sanzionatorio, vero e proprio potere amministrativo caratterizzato da discrezionalità, confrontandosi con un diritto fondamentale, non ne comporti la degradazione ad interesse legittimo. In entrambi i casi, sembrerebbe comunque giustificata l'attribuzione del relativo contenzioso al giudice naturale dei diritti soggettivi.

5.1.1. L'istituto degli impegni, di origine europea, è stato introdotto nel nostro ordinamento, dapprima per l'AGCM e l'AGCom³⁶⁴ e poi esteso anche ad altre Autorità³⁶⁵.

³⁶⁴ L'art. 14 d.l. 4.7.2006, n. 223, conv. modif. l. 4.8.2006, n. 248, integrando i poteri già conferiti ad AGCM, ha introdotto l'art. 14 *ter* nella l. n. 287/1990, relativo all'istituto degli impegni. Con delibera AGCM 6.9.2012, n. 23863 è stata adottata la *Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14 ter della legge 10 ottobre 1990 n. 287*, al fine di rendere edotte le imprese circa le modalità di presentazione degli impegni e le procedure di valutazione degli stessi. Invero, in materia di pratiche commerciali scorrette, l'istituto degli impegni era già previsto dall'art. 27, co. 7, d.lgs. n. 206/2005, Cod. consumo, ai sensi del quale “*ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale, l'Autorità può ottenere dal professionista responsabile l'assunzione dell'impegno di porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità. L'Autorità può disporre la pubblicazione della dichiarazione dell'impegno in questione a cura e spese del professionista. In tali ipotesi, l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione*”. Per le infrazioni in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, la possibilità di addivenire ad una decisione con impegni è prevista dall'art. 8, co. 7, d.lgs. n. 2.8.2007, n. 145. Per gli impegni in materia di pratiche commerciali scorrette e di pubblicità ingannevole e comparativa, l'indicazione delle modalità procedurali è contenuta nei Regolamenti AGCM citati sulle procedure istruttorie.

Il d.l. n. 223/2006, cit., così come modif. dalla l. conv. n. 248/2006, all'art. 14 *bis* ha attribuito analogo potere ad AGCom, prevedendo che al di fuori dell'ambito di competenza dell'AGCM qualora “*occorra promuovere la concorrenza nella fornitura delle reti e servizi di comunicazione elettronica e delle risorse e servizi correlati*” l'AGCom “*qualora ritenga gli impegni proposti idonei ai fini rispettivamente indicati, può approvarli con l'effetto di renderli obbligatori per l'impresa proponente. In caso di mancata attuazione degli impegni resi obbligatori dall'Autorità trovano applicazione le sanzioni previste dalle discipline di settore. Qualora la proposta di impegno provenga da un'impresa incorsa in illecito non ancora punito, l'Autorità tiene conto dell'attuazione dell'impegno da essa approvato ai fini della decisione circa il trattamento sanzionatorio applicabile al caso concreto*”. In attuazione dell'art. 14 *bis*, d.l. n. 223/2006 cit., l'AGCom ha adottato il Regolamento in materia di impegni (delibera n. 645/06/Cons, modif. delibera n. 131/08/Cons), al fine di disciplinare modalità e termini per la presentazione della proposta e dunque la procedura per la formulazione degli impegni da parte degli operatori del settore.

³⁶⁵ La possibilità di accettare impegni è prevista anche per ARERA. L'art. 45, co. 3, d.lgs. n. 93/2011 prevede infatti che entro 30 giorni dalla notifica dell'avvio del procedimento sanzionatorio “*l'impresa destinataria può presentare all'Autorità per l'energia elettrica e il gas impegni utili al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle norme o dai provvedimenti violati. L'Autorità medesima, valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per l'impresa proponente e concludere il procedimento sanzionatorio senza accertare l'infrazione*”; tuttavia “*l'Autorità per l'energia elettrica e il gas può riavviare il procedimento sanzionatorio qualora l'impresa contravvenga agli impegni assunti o la decisione si fondi su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti. In questi casi l'Autorità per l'energia elettrica e il gas può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria aumentata fino al doppio di quella che sarebbe stata irrogata in assenza di impegni*”.

Gli artt. 16-20 del Regolamento ARERA sul procedimento sanzionatorio (All. A, delibera n. 243/2012/E/COM cit. succ. modif.) sono dedicati agli impegni, e disciplinano le modalità di presentazione, l'ammissibilità e pubblicazione, l'istruttoria sugli impegni e il provvedimento finale. ARERA ha poi adottato specifiche Linee Guida, le quali illustrano le procedure ivi descritte e, in particolare, le modalità di presentazione delle proposte di impegni nonché di valutazione delle medesime da parte dell'Autorità.

Analogamente, l'art. 37, co. 3, lett. f), d.l. n. 201/2011, estende l'istituto degli impegni anche al procedimento sanzionatorio innanzi all'ART.

La così ampia diffusione dell'istituto degli impegni ha spinto parte della dottrina a sostenere che esso integri oggi la parte generale del diritto amministrativo. V. sul punto, L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust tra sussidiarietà e paradigma neoliberale*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, Padova 2013, pp. 109 ss. Secondo l'A. l'istituto degli impegni appare coerente con il paradigma neoliberale che “*si fonda ... sulla massima estensione della razionalità economica – quale regola di condotta – non solo agli individui e alle organizzazioni private, ma anche alle istituzioni pubbliche*”; quindi “*non si*

L'istituto degli impegni costituisce un sub-procedimento ad iniziativa di parte che si inserisce in un procedimento sanzionatorio già avviato dalle Autorità, cui è possibile ricorrere nei soli casi di violazioni non gravi. La presentazione di impegni rappresenta infatti una reazione, eventuale e spontanea, all'apertura di un'istruttoria formale.

L'intima connessione con il procedimento sanzionatorio risulta evidente se si considera che soltanto l'avvio di un procedimento sanzionatorio consente la proposizione di impegni e che la chiusura positiva del sub-procedimento con impegni preclude la prosecuzione del procedimento sanzionatorio.

Gli impegni sono iniziative assunte volontariamente dall'operatore destinatario del provvedimento di avvio del procedimento sanzionatorio che diventano per quest'ultimo veri e propri obblighi, se valutati idonei, a seguito della loro approvazione da parte delle Autorità.

Il provvedimento di approvazione degli impegni chiude il procedimento sanzionatorio senza l'accertamento dell'infrazione, ad eccezione dei casi in cui il soggetto proponente contravviene agli impegni assunti, ovvero in cui il provvedimento si fonda su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti, che danno luogo a riavvio del procedimento sanzionatorio.

tratta ... di una semplice visione del mercato e dei suoi rapporti con lo Stato, ma di un vero e proprio modello di governo, che intende garantire a tutti i soggetti dell'ordinamento il più ampio livello di libertà per effettuare scelte al fine di ottimizzare la loro utilità, in modo non diverso da quanto fanno le imprese".

In dottrina si è a lungo discusso circa la natura degli impegni, se si tratti di accordi di cui all'art. 11 l.n. 241/1990³⁶⁶ o di provvedimenti unilaterali³⁶⁷, ovvero ancora se si tratti di atti di natura privatistica³⁶⁸.

In disparte le considerazioni circa la natura, quello che qui interessa sottolineare è che con l'accettazione degli impegni le Autorità, lungi dal punire una condotta illecita, in contrasto con la normativa di settore – ciò che risponderebbe alla finalità afflittiva, tipica della sanzione – mirano piuttosto a ripristinare la situazione *qua ante*, perseguendo una finalità riparatoria³⁶⁹.

Inoltre, come osservato in dottrina, in molti casi, nella valutazione della idoneità degli impegni presentati, le Autorità (e, in specie, l'AGCM) in verità esercitano un'attività regolatoria in senso lato, non limitandosi “solo alla chiusura del

³⁶⁶ Sostiene tale tesi V. CERULLI IRELLI, “Consenso” e “autorità” negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit., pp. 325 ss., part. p. 342 ove l'A. qualifica gli impegni come accordi integrativi del provvedimento, essendo “versati, formandone in tutto o in parte il contenuto dispositivo, nel provvedimento finale”; L. DE LUCIA, V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, pp. 509 ss., i quali sostengono la natura di accordo sostitutivo del provvedimento; A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 503 ss., secondo cui “la struttura e la funzione collocano la decisione con impegni nella figura disciplinata dall'articolo 11 della l. n. 241/1990, e nella particolare specie degli accordi che sono rivolti a «disciplinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale». Nella disciplina generale degli accordi, e non solo nelle specifiche disposizioni dell'art. 14-ter, è allora possibile ricercare le coordinate utili per la soluzione dei quesiti sopra prospettati”; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit. part. p. 173.

³⁶⁷ F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, cit., ove l'A. definisce gli impegni come un “provvedimento amministrativo unilaterale che recepisce e cristallizza come giuridicamente efficace un atto endoprocedimentale”; R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, pp. 1380 ss..

In giurisprudenza, v. Cons. St., VI, 19.11.2009, n. 7307, secondo cui “le decisioni con impegni ... non possono considerarsi assimilabili agli accordi sostitutivi del provvedimento amministrativo, poiché la valutazione rimessa all'Autorità, lungi dal configurare un accordo tra le parti, integra, piuttosto, un provvedimento unilaterale, che valuta positivamente e rende giuridicamente efficace un atto endoprocedimentale di parte”; Cons. St., VI, 20.7.2011, n. 4393: “il provvedimento di accettazione degli impegni costituisce pur sempre (e nonostante il ricorso a moduli operativi ispirati al dialogo fra le parti) modalità di espressione di un potere autoritativo del medesimo segno di quello esercitato nel caso di esercizio del potere sanzionatorio finale”.

³⁶⁸ G. GITTI, *Gli accordi con le autorità indipendenti*, in G. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit., pp. 1122 ss.

³⁶⁹ In questo senso, in dottrina tra gli altri v. P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, cit.; V. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle Autorità indipendenti*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, pp. 163 ss.; S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, cit., part. pp. 272 ss.

In giurisprudenza, è stata sottolineata l'ampia discrezionalità di cui godono le Autorità indipendenti nella scelta in ordine alla accettazione degli impegni. Si v. Tar Lazio, 18.1.2011, n. 449, secondo cui la decisione con impegni “comporta una valutazione ampiamente discrezionale da parte dell'Autorità, tenuto conto del fatto che l'accettazione degli impegni non produce quell'effetto di chiarimento della regola giuridica che deriva, invece, dalle decisioni di infrazione”, e ancora “la regola è, dunque, quella dell'accertamento dell'infrazione, laddove l'accettazione degli impegni è evenienza rispetto alla quale la discrezionalità dell'Autorità è massima, in quanto impinge nelle scelte, alla stessa esclusivamente rimesse, circa le proprie priorità di intervento.

comportamento anticoncorrenziale” ma fornendo “indicazioni diverse, valide *pro-futuro* e dunque vere e proprie regolazioni”³⁷⁰.

Secondo detta dottrina, questa tendenza (una vera e propria “deriva regolatoria”³⁷¹ per alcuni) andrebbe invertita, soprattutto se investe Autorità prive del potere normativo (prima tra tutte l’AGCM), in ragione della circostanza che “l’impegno, così come la sanzione, deve avere una funzione di reazione, non di disciplina diretta del mercato”; e, anche quando un carattere regolatorio in senso lato sia ravvisabile, è necessario che sia “strettamente correlato al caso oggetto di indagine”, a meno di non voler ammettere “un potere implicito di regolazione” che sarebbe incompatibile con il sistema *antitrust*³⁷².

Un’ultima considerazione merita il profilo della tutela giurisdizionale avverso le decisioni delle Autorità di accoglimento o di rigetto degli impegni.

È infatti pacifico che, essendo il contenuto degli impegni determinato dal soggetto proponente e sottoposto alla sola valutazione di idoneità da parte dell’Autorità, una volta che l’Autorità abbia adottato il provvedimento di approvazione, quest’ultimo non potrà essere impugnato dal destinatario³⁷³, ma soltanto dai soggetti terzi eventualmente interessati all’accertamento dell’infrazione³⁷⁴. Al contrario, il provvedimento con cui

³⁷⁰ G. MORBIDELLI, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, in F. CINTIOLI, F. DONATI (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino 2008, pp. 11 ss.. Con specifico riferimento agli impegni in materia antitrust, secondo V. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle Autorità indipendenti*, cit., sarebbe più corretto parlare di esercizio di una funzione riconducibile all’attività “promozione della concorrenza in senso ampio”.

³⁷¹ G. MORBIDELLI, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, cit.; L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell’Autorità garante*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, p. 246 ss.; M. SIRAGUSA, E. GUERRI, G. FAELLA, *Gli impegni e le misure cautelari*, in F. CINTIOLI, F. DONATI (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, cit., pp. 41 ss.; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna 2004, p. 439 ss. In senso critico sul rischio di snaturamento della natura dell’AGCM, A. CATRICALÀ, A. LALLI, *L’Antitrust in Italia: il nuovo ordinamento*, Milano 2010. V. anche M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit. pp. 386, ove si evidenziano, oltre ai vantaggi per le imprese e per l’AGCM dell’utilizzo dell’istituto, anche gli effetti “collaterali” di un eccessivo utilizzo degli impegni, sottolineando che “c’è il rischio che le autorità di concorrenza ... possano ritagliarsi delle “zone franche” di operatività e finiscano per esercitare anche un potere di regolazione dei mercati che non compete loro, creando un’interferenza e sovrapposizione con le competenze proprie delle autorità di regolazione e del legislatore” (p. 397).

³⁷² G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit. p. 767, 768. Nello stesso senso, v. anche F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, cit. secondo cui l’accettazione di impegni “non corrisponde ad una funzione di regolazione tipica del mercato e deve presentare una connessione con le conseguenze economiche che il comportamento avrebbe determinato”.

³⁷³ Tale esclusione si ricava dalla giurisprudenza europea formatasi sulle decisioni con impegni cui la Commissione può addivenire ai sensi del Regolamento UE n. 1/2003 cit. Tra le altre, si v. Trib. I grado, 23.2.2006, T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie*, che fa salva la possibilità di impugnare la decisione con impegni nel solo caso in cui alla misura correttiva il soggetto sia stato arbitrariamente costretto dalla Commissione.

³⁷⁴ Tar Lazio, I, 10.5.2010, n. 10571, su ricorso proposto da un’associazione di consumatori avverso una delibera AGCM di accettazione degli impegni, adottata all’esito di un procedimento in cui non era

l'Autorità decide di respingere gli impegni proposti dal soggetto sottoposto a istruttoria può essere impugnato, ma soltanto unitamente al provvedimento finale (di irrogazione della sanzione), trattandosi di un atto endoprocedimentale, privo del carattere della lesività³⁷⁵.

Sul punto, tuttavia, occorre tener conto della giurisprudenza della Corte EDU che, con riferimento al potere ispettivo *antitrust*, giunge a conclusioni opposte, ritenendo necessario sottoporre detto potere a sindacato giurisdizionale, senza dover attendere necessariamente l'adozione del provvedimento finale, avendo l'ispezione autonoma portata lesiva³⁷⁶.

Tale giurisprudenza, applicata all'istituto degli impegni, dovrebbe pertanto condurre a ritenere immediatamente impugnabile l'atto di rigetto degli impegni adottato dall'Autorità, immediatamente lesivo della posizione dell'impresa destinataria.

5.1.2. Altro istituto in cui la finalità ripristinatoria-riparatoria appare prevalente rispetto alla finalità afflittivo-punitiva (presente, ma secondaria), è quello dei c.d. programmi di clemenza³⁷⁷.

I programmi di clemenza sono previsti, per la materia *antitrust*, sulla scorta del diritto europeo, dall'art. 15, co. 2 *bis* l. n. 287/1990, inserito dall'art. 14, d.l. n. 223/2006 cit. e recentemente modificato dal d.lgs. n. 185/2021 (di recepimento della direttiva n. 2019/1 cit.), ai sensi del quale l'AGCM, in conformità all'ordinamento europeo, definisce “con proprio provvedimento generale” i casi in cui “in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle

stata garantita ai terzi interessati la possibilità di presentare le proprie osservazioni, non essendo stati pubblica gli impegni proposti e quindi non essendo stato possibile il c.d. market test.

³⁷⁵ Cons. St., VI, 20.7.2011, n. 4393, secondo cui “l'atto di rigetto degli impegni (in sé, sprovvisto di un autonomo carattere di lesività) non risulta idoneo ad incidere in modo diretto ed immediato sulla posizione giuridica del soggetto sottoposto ad istruttoria (se non in base a un mero dato probabilistico, ex se idoneo a giustificare il carattere di diretta impugnabilità”; e ancora “l'atto in questione (laddove di segno negativo), lungi dal costituire un arresto procedimentale in senso proprio, si limita a segnare la riconduzione di questo particolare tratto procedimentale nel più ampio alveo di un unitario procedimento istruttorio (il cui esito finale resta, comunque, aperto ad ogni possibile soluzione)”.

³⁷⁶ V. tra le altre Corte EDU, sez. V, 21.12.2010, ric. n. 29408/08, *Société Canal Plus e a./Francia*; sez. V, 21.12.2010, ric. n. 29613/08, *Compagnie des Gaz de Pétrole Primagaz/Francia*.

³⁷⁷ Sui programmi di clemenza, in dottrina v. V. MELI, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato e i programmi di clemenza*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit., pp. 419 ss.; V. CERULLI IRELLI, “Consenso” e “autorità” negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit. part., p. 325 ss.; M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 265 ss.; S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, cit., part. pp. 270 ss.; M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, cit.,

regole di concorrenza”, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero può essere ridotta³⁷⁸.

Si tratta di uno strumento premiale, utilizzato nelle ipotesi di violazioni più gravi della normativa in materia di concorrenza, il cui accertamento sarebbe particolarmente complesso – o in alcuni casi impossibile – in assenza di una proficua collaborazione dell’impresa³⁷⁹.

I programmi di clemenza sono utilizzati soprattutto per contrastare e reprimere i cartelli – e cioè le intese che fissano i prezzi di acquisto o di vendita, limitano la

³⁷⁸ In attuazione dell’art. 15, co. 2 bis cit. l’AGCM ha quindi adottato la *Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell’articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287*, (provvedimento AGCM n. 16472 del 15.2.2007, pubblicato sul Bollettino n. 6 del 26.2.2007, succ. modif. delibera n. 24219 del 31.1.2013, pubblicata nel bollettino n. 11 del 25.3.2013 e dalla delibera n. 24506 del 31.7. 2013, pubblicata nel bollettino n. 35 del 9.9.2013), nella quale vengono previsti i casi di non imposizione e di riduzione delle sanzioni.

Sul punto, v. V. CERULLI IRELLI, “Consenso” e “autorità” negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit. part., p. 345, ove l’A. dall’esame del provvedimento AGCM di cui al co. 2 bis cit. evince che “in tale ambito le decisioni sono rimesse ad atti unilaterali dell’Autorità”.

Non manca in dottrina chi sostiene il carattere normativo in senso proprio del provvedimento generale dell’AGCM previsto dall’art. 15, co. 2 bis cit.. In tal senso, v. M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, cit. ove l’A. evidenzia che “per la prima volta nella materia antitrust, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato è chiamata ad esercitare un potere normativo in senso proprio attraverso un provvedimento generale che stabilisca i casi in cui può essere operata la riduzione o la non applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria”.

Che il programma di clemenza debba essere definito dall’AGCM in conformità all’ordinamento europeo non comporta che l’Autorità debba conformarsi al programma di clemenza adottato dalla Commissione o dall’ECN. Il punto è stato chiarito dalla Corte di Giustizia (II, 20.1.2016, C-428/14, *Dh.Ex. s.r.l. e a.*, che, dopo aver chiarito che “le autorità nazionali garanti della concorrenza sono libere di adottare programmi di clemenza e che ciascuno di tali programmi è autonomo non soltanto rispetto agli altri programmi nazionali, ma anche al programma di clemenza dell’Unione”, ha affermato che “il “modello di clemenza” adottato nell’ambito della rete europea della concorrenza (European Competition Network, ECN) non ha effetto vincolante nei confronti dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), né delle altre Autorità nazionali attese la coesistenza delle competenze parallele della Commissione e delle Autorità nazionali garanti della concorrenza, in base a un principio di autonomia e indipendenza dei programmi di clemenza e delle relative domande attivati sui due differenti piani”.

³⁷⁹ In dottrina, si è osservato che si tratta di una particolare forma di collaborazione, connotata da maggiore “simmetria”, in quanto all’interesse dell’impresa che ha posto in essere una violazione antitrust a ottenere l’immunità totale o parziale corrisponde l’interesse dell’AGCM a incentivare “la presentazione di istanze suscettibili di essere accolte, che consentano di sanzionare il maggior numero possibile di cartelli e di ripristinare, in definitiva, un assetto concorrenziale del mercato”; anzi, secondo l’A., nei programmi di clemenza vi sarebbe una asimmetria di segno contrario in quanto “è l’amministrazione ad avere maggior necessità di ottenere collaborazione delle imprese e l’immunità totale o parziale concessa a quest’ultime costituisce una sorta di corrispettivo dovuto in caso di collaborazione produttiva di risultati utili ai fini della tutela della concorrenza”: v. sul punto ancora M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, cit.

Anche in giurisprudenza si è sottolineata l’importanza dei programmi di clemenza e, quindi, della collaborazione dell’impresa a fronte di accertamenti complessi. V. tra gli altri Cons. St., VI, 24.10.2014, n. 5278: in un “contesto caratterizzato da una oggettiva difficoltà probatoria, lo strumento dei programmi di clemenza assume una fondamentale importanza per fronteggiare le intese orizzontali segrete”; Tar Lazio, I, 29.3.2012, n. 3037: “il programma di clemenza assume decisivo rilievo nel contrasto alle intese anticoncorrenziali stante l’elevato grado di difficoltà che sovente accompagna l’individuazione delle stesse (segnatamente con riferimento alla complementare problematicità del reperimento di opportuni elementi probatori)”.

produzione o le vendite, o ripartiscono i mercati tra le imprese, comprimendo fortemente la concorrenza e danneggiando i consumatori – e assolvono una funzione premiale nei confronti del membro del cartello che “dissociandosi per primo dal «pactum sceleris», denuncia gli altri componenti del cartello e si trasforma in un «collaboratore di giustizia»”, cui viene concessa “l’immunità”³⁸⁰, o comunque una riduzione della sanzione.

Si tratta di uno strumento indubbiamente utile per favorire l’accertamento di infrazioni particolarmente gravi, che tuttavia, come evidenziato dalla giurisprudenza, presenta delle criticità in ordine ad un suo possibile uso distorto³⁸¹.

È evidente, pertanto, che anche nel caso dei programmi di clemenza, e dunque a fronte di violazioni particolarmente gravi del diritto *antitrust*, la finalità perseguita sia quella di garantire e ripristinare il corretto funzionamento del mercato, e, in via soltanto secondaria (ed eventuale), punire il soggetto che si è reso colpevole della violazione³⁸².

5.1.3. Dall’esame del potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti, nonché degli istituti ad esso connessi (decisione con impegni e programmi di clemenza), appare

³⁸⁰ M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, cit.. L’A. evidenzia come i programmi di clemenza vadano ad intaccare l’elemento centrale del buon funzionamento di un cartello, ovvero la fiducia reciproca dei membri, i quali sono esposti al dilemma “*se restare leali nei confronti degli altri aderenti al cartello allo scopo di ritrarne i vantaggi di lungo periodo, confidando che gli altri membri facciano altrettanto, oppure autodenunciare alle autorità competenti la propria adesione al cartello (confessing) guadagnando in cambio l’immunità*”, con la conseguenza che gli stessi “sono esposti costantemente a un rischio di defezione per così dire esterna”.

In dottrina, sui programmi di clemenza v. anche S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, cit., part. pp. 270 ss., il quale evidenzia un aspetto di criticità circa la convenienza per l’impresa a collaborare nella circostanza che la partecipazione al programma di clemenza, che può escludere o comunque mitigare il trattamento sanzionatorio amministrativo, non fa venir meno la responsabilità civilistica dell’impresa stessa; ciò che “*pone delicati problemi circa i rapporti tra private e public enforcement del diritto antitrust, dal momento che si devono bilanciare l’interesse dell’impresa partecipante alla riservatezza delle “confessioni” rese e della relativa documentazione con l’esercizio del diritto di difesa degli altri partecipanti all’infrazione nell’ambito del procedimento sanzionatorio, nonché con le esigenze di tutela dei terzi sotto il profilo risarcitorio*” (p. 271). Su tali aspetti, v. A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, cit.

³⁸¹ La giurisprudenza ha infatti sottolineato che “*in considerazione la teoria del raising rivals’ costs, ... è ipotizzabile una (possibile) lettura del programma di clemenza secondo cui l’impresa - parte di un’intesa - può essere indotta ad assumere atteggiamenti confessori per danneggiare imprese rivali - anche esse componenti della medesima intesa - facendo gravare solo su quest’ultime le sanzioni previste dall’ordinamento, beneficiando della non applicazione delle sanzioni ed indebolendo le imprese concorrenti nella misura in cui - esse soltanto - vengono ad essere assoggettate all’irrogazione di misure afflittive (ragguagliabili ad una consistente aliquota del fatturato)*”; tuttavia, tale effetto distorsivo è adeguatamente compensato dall’effetto “*dissuasivo rivestito, oltre che dalle responsabilità e dalle conseguenze connesse a dichiarazioni su fatti illeciti altrui non veritiere, dalla possibilità di perdita del beneficio per il caso di mancata piena collaborazione, nell’ambito di una disciplina dell’istituto che si è perfezionata nel tempo quanto a modalità applicative*” (Tar Lazio, n. 3037/2012 cit.).

³⁸² A fronte di ciò, in dottrina si è sostenuto che dall’istituto dei programmi di clemenza emergerebbe la “*dimensione regolatoria del sistema sanzionatorio*”: M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, cit., p. 74.

quindi evidente come finalità prioritaria delle Autorità indipendenti, anche nell'esercizio del potere sanzionatorio, sia garantire il corretto funzionamento dei settori cui sono deputate; obiettivo che viene raggiunto, a seconda delle circostanze e in base a considerazioni di convenienza e di opportunità, mediante l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie ovvero mediante l'assunzione di impegni da parte delle imprese che hanno posto in essere condotte illecite, ovvero ancora mediante il riconoscimento ad esse dell'immunità, totale o parziale.

In altri termini, il potere sanzionatorio delle Autorità persegue non soltanto una finalità afflittiva, che anzi in alcuni casi è del tutto recessiva, quanto piuttosto una finalità ripristinatoria, a volte con effetti conformativi del mercato (che sarebbero invece propri del potere di normazione).

Ciò induce a ritenere che i vari poteri di cui consta la funzione di regolazione (nell'accezione che si è fornita), nonché il potere normativo (di cui alcune Autorità sono dotate, come visto) – accomunati tutti dalla finalità di cura del settore cui ciascuna Autorità è deputata – sono così strettamente e intimamente collegati da comportare, spesso, una certa confusione e commistione negli effetti prodotti, e dunque, una difficoltà nella riconduzione degli stessi nell'ambito delle categorie ordinarie³⁸³.

³⁸³ Tale argomentazione appare conforme a quanto sostenuto in dottrina da A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., secondo il quale “non esiste una (sola) attività tipica delle autorità amministrative indipendenti (o meglio, una forma tipica dell'agire della autorità), ma, semmai, una serie di attività diverse (contenziose, semicontenziose, amministrative in senso proprio, istruttorie, ausiliarie, consultive) che, però, evidenziano l'esistenza di funzioni fra loro diverse; tutte, almeno prevalentemente, e comunque indirettamente, riconducibili ad una più generale funzione di regolazione”.

6. Il potere prescrittivo.

Si è detto che la finalità principale perseguita attraverso l'esercizio del potere sanzionatorio è quella di punire mediante l'irrogazione di una sanzione il soggetto che si sia reso colpevole della violazione della normativa in materia, e che soltanto in determinati casi (per determinati procedimenti), in ragione di considerazioni di opportunità, la finalità ripristinatoria-riparatoria prevalga sulla prima.

Ma vi è – almeno per le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, e segnatamente per ARERA e AGCom – un altro potere che, nell'intento del legislatore, assolve una funzione riparatoria: il c.d. potere prescrittivo³⁸⁴.

Ed infatti, l'art. 2, co. 20, l. n. 481/95 cit. prevede espressamente in capo alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, oltre al potere sanzionatorio di cui si è detto (lett. c), il potere di cui alla lettera d), ai sensi della quale l'Autorità “ordina al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo, ai sensi del comma 12, lettera g), l'obbligo di corrispondere un indennizzo”. Ai sensi del comma 12 lett. g) cit. l'Autorità, nel perseguire le proprie finalità, svolge alcune funzioni, tra cui “controlla lo svolgimento dei servizi con poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili, determinando altresì i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell'utente ove il medesimo soggetto non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio ... nel contratto di programma ...”.

Dunque, è riconosciuto in capo a dette Autorità il potere non solo di inibire la prosecuzione da parte delle società dell'attività lesiva dei diritti degli utenti, ma anche di imporre alle società stesse, che non abbiano rispettato le clausole contrattuali ovvero che abbiano erogato un servizio di qualità inferiore agli standard, un indennizzo in favore degli utenti.

La *ratio* della norma (e del relativo potere) è chiara: occorre, da un lato, ripristinare il corretto funzionamento del mercato e, dall'altro, garantire un ristoro – anche automatico – al soggetto che dallo svolgimento dell'attività mediante condotte lesive

³⁸⁴ Sul punto, è chiara la giurisprudenza: “alla stregua della chiara tassonomia legislativa, dettata dall'art. 2, comma 20, della legge n. 481 del 1995, al potere sanzionatorio, di cui alla lettera c), è estranea qualunque finalità ripristinatoria o riparatoria, propria del potere prescrittivo, di cui alla lettera d)” (Cons. St., VI, 15.2.2021, n. 1392, in materia di sbilanciamenti di energia elettrica).

abbia subito un pregiudizio. È evidente pertanto la finalità riparatorio-restitutoria, e non afflittiva.

Tale norma, tuttavia, è stata interpretata estensivamente dalla giurisprudenza, la quale ha ritenuto che, in presenza dei presupposti previsti dalla norma (e cioè a fronte di violazioni di clausole contrattuali ovvero dell'erogazione di un servizio di qualità inferiore agli standard fissati), l'Autorità possa imporre al soggetto interessato la restituzione di somme indebitamente percepite nell'esercizio della propria attività che si è concretizzata in condotte lesive dei diritti degli utenti. E così si è osservato che "l'obbligazione restitutoria rientra tra le misure prescrittive suscettibili di essere assunte dall'Autorità ex art. 2, comma 20, lettera d), della legge n. 481 del 1995"³⁸⁵.

Finché le Autorità impongono, nell'esercizio del potere prescrittivo, la restituzione di somme in presenza delle condotte lesive richieste dalla norma per l'attivazione del potere stesso (violazione di clausole contrattuali o erogazione di un servizio di qualità inferiore agli standard fissati), non si pongono particolari problemi circa l'effettiva sussunzione del relativo provvedimento nell'ambito del potere prescrittivo.

Tuttavia, occorre sottolineare che in alcuni casi le Autorità indipendenti – avallate dalla giurisprudenza – in preteso esercizio del potere prescrittivo, impongono alle imprese di settore la restituzione di somme percepite nello svolgimento della propria attività di impresa in assenza dei presupposti previsti dalla norma, senza cioè che le società destinatarie del provvedimento si siano rese colpevoli di condotte lesive degli utenti, ma a fronte di violazioni di propri atti di regolazione (con efficacia etero-integrativa dei contratti di utenza)³⁸⁶.

In tali casi, infatti, più che di potere prescrittivo dovrebbe correttamente parlarsi o di un nuovo potere (implicito), non previsto da alcuna norma legislativa e, quindi, il cui esercizio dà luogo a una patente violazione del principio di legalità; oppure di un celato potere sanzionatorio, esercitato con finalità afflittiva, in assenza di una espressa disposizione legislativa, e non assistito dalle garanzie che presidiano l'esercizio di tale

³⁸⁵ Cons. St. n. 1392/2021 cit.

³⁸⁶ Si v. ad esempio, Tar Lombardia, I, 25.8.2020, n. 1608, che ha ritenuto legittimo il provvedimento ARERA adottato in esercizio del potere prescritto di cui all'art. 2, co. 20, lett. d) cit., con cui si imponeva ad una società elettrica la restituzione degli importi percepiti nell'ambito dell'attività di fornitura dell'energia elettrica, ritenuti non dovuti in quanto contrastanti con atti di regolazione dell'Autorità (Regolamento TrovaOfferte e Codice di condotta commerciale) e, quindi, collegati indiretta mente alla violazione di clausole contrattuali in ragione del meccanismo di eterointegrazione di contratti. Analogamente, v. anche Cons. St., VI, 4.2.2020, n. 879 sull'ordine di restituzione di somme impartito da AGCom ad una società di telecomunicazioni, nell'esercizio del potere prescrittivo di cui all'art. 2, co. 20, lett. d) cit., per violazione delle norme contenute in un atto di regolazione dell'Autorità e, indirettamente, per effetto della etero-integrazione di clausole contrattuali (nello stesso senso, v. anche Cons. St., VI, 24.2.2020, n. 1368).

potere (anche per quanto attiene la verifica circa la sussistenza dell'elemento soggettivo).

Sotto tale profilo, dunque, è preferibile che le Autorità si limitino ad esercitare i poteri – già incisivi e penetranti – loro riconosciuti dalle discipline legislative di settore, astenendosi dall'esercizio di poteri celati e innominati, ovvero dall'utilizzo di poteri previsti da norme legislative ma per raggiungere scopi differenti, producendo del tutto illegittimamente – e senza essere a ciò autorizzate dalla legge – conseguenze dannose in capo agli operatori del settore, che incidono fortemente sulla loro libertà di impresa.

E tale esigenza sembrerebbe essere avvertita anche dalla giurisprudenza più recente, che ha rinviato alla Corte di Giustizia la questione della sussistenza di un tale potere prescrittivo non espressamente previsto (Cons. St., VI, ord. 31.12.2021, n. 8737).

7. I poteri consultivi e di segnalazione.

Le Autorità indipendenti sono poi dotate di poteri consultivi e di segnalazione³⁸⁷, nell'esercizio dei quali si esplica l'attività di collaborazione con gli altri soggetti istituzionali (Parlamento e Governo, *in primis*, ma anche le pubbliche Amministrazioni in generale) al fine di garantire un raccordo della propria attività con le attività di competenza degli altri "attori" dello "spazio regolatorio"³⁸⁸. Si potrebbe anche parlare, seguendo la terminologia utilizzata dalla Corte costituzionale, di "poteri pararegolatori"³⁸⁹.

Innanzitutto, le Autorità indipendenti sono tenute a trasmettere al Parlamento (a volte al Governo che a sua volta procede con la trasmissione alle Camere) la relazione annuale sull'attività svolta nei settori di riferimento³⁹⁰.

³⁸⁷ Per le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità v. art. 2, co. 6, l.n. 481/1995, ai sensi del quale *"le Autorità, in quanto autorità nazionali competenti per la regolazione e il controllo, svolgono attività consultiva e di segnalazione al Governo nelle materie di propria competenza anche ai fini della definizione, del recepimento e della attuazione della normativa comunitaria"*. Per AGCom in particolare, v. anche art. 1, co. 6, lett. c), n. 1), l. n. 249/1997 ai sensi del quale il Consiglio *"segnala al Governo l'opportunità di interventi, anche legislativi, in relazione alle innovazioni tecnologiche ed all'evoluzione, sul piano interno e internazionale, del settore delle comunicazioni"*.

³⁸⁸ Per la terminologia, v. ancora M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit.

³⁸⁹ Così si è espressa la Corte con riferimento ai poteri consultivi e di segnalazione di AGCM nella nota ordinanza n. 13/2019.

³⁹⁰ Per le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, v. art., 2, co. 12, lett. i), l.n. 481/1995; in particolare, per AGCom, v. art. 1, co. 6, lett. c), n. 12, l.n. 249/1997, ai sensi del quale *"entro il 30*

Si tratta di un importante passaggio istituzionale, non solo perché consente alle Autorità di evidenziare, oltre al lavoro svolto, anche gli interventi necessari per il corretto funzionamento dei settori cui sono preposte (suggerendo così anche a Parlamento e Governo le priorità di intervento)³⁹¹, ma anche perché attraverso la relazione si consente al Parlamento e al Governo di esercitare un “controllo” (in senso a-tecnico) sull’operato delle Autorità indipendenti; controllo che favorisce la c.d. *accountability* di cui, da più parti, si critica la carenza³⁹².

Ma l’attività consultiva delle Autorità indipendenti si attua anche attraverso la redazione di pareri, anche su atti legislativi in corso di approvazione oltre che su

giugno di ogni anno [il Consiglio] presenta al Presidente del Consiglio dei ministri per la trasmissione al Parlamento una relazione sull’attività svolta dall’Autorità e sui programmi di lavoro; la relazione contiene, fra l’altro, dati e rendiconti relativi ai settori di competenza” su una serie di elementi, tra cui lo sviluppo tecnologico, le risorse, etc.; per l’AGCM, v. art. 23, l.n. 287/1990, che prevede la trasmissione della relazione al Presidente del Consiglio dei ministri entro il 31 marzo di ogni anno e la successiva trasmissione da parte dello stesso al Parlamento entro i successivi 30 giorni.

³⁹¹ Tale aspetto emerge con evidenza con riferimento all’AGCM. Ed infatti, l’art. 47, l. 23.7.2009, n. 99, di disciplina dell’adozione della legge annuale per la concorrenza e per il mercato, prevede che il Governo nella redazione del disegno di legge da presentare alle Camere, tiene conto della relazione annuale dell’AGCM nonché delle segnalazioni da quest’ultima formulate. L’art. 47, co. 4., prevede poi che la relazione di accompagnamento al disegno di legge debba contenere, tra l’altro, “*l’elenco delle segnalazioni e dei pareri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, espressi ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, indicando gli ambiti in cui non si è ritenuto opportuno darvi seguito*”. Dunque, dal 2009 la relazione annuale e le segnalazioni dell’AGCM rappresentano la base per la predisposizione, da parte del Governo, del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza.

Da ultimo, l’AGCM, con documento AS1730 in data 19.3.2021 (bollettino n. 13/2021), inviato al Presidente del Consiglio dei Ministri in data 22.3.2021, ha formulato le proprie proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza - anno 2021, ove l’Autorità indica, tra gli interventi necessari al fine di favorire la ripresa economica a fronte della crisi sanitaria e contestualmente al fine di garantire e promuovere la concorrenza, quelli di semplificazione e modernizzazione della Pubblica amministrazione: “*un’amministrazione pubblica efficiente e una regolazione semplice e trasparente costituiscono una pre-condizione essenziale per lo sviluppo competitivo dell’economia italiana in termini d’innovazione e di crescita*”

³⁹² Secondo M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., la relazione annuale, oltre alla possibilità di convocare i componenti degli organi di vertice delle Autorità indipendenti innanzi alle Commissioni parlamentari competenti costituiscono “*un momento di verifica del buon andamento del mandato*”, evidenziando tuttavia che “*l’efficacia di questi strumenti dipende dalla sensibilità del Parlamento nei confronti della funzione di monitoraggio e di indagine*”.

specifici provvedimenti amministrativi³⁹³, talvolta anche su richiesta di privati interessati³⁹⁴.

Particolare menzione merita il potere di segnalazione attribuito all'AGCM dall'art. 21 l.n. 287/1990 “allo scopo di contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del mercato”³⁹⁵.

³⁹³ Sul punto, v. art. 22 l. n. 287/1990 che attribuisce all'AGCM il potere di “esprimere pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato quando lo ritenga opportuno, o su richiesta di amministrazione ed enti pubblici interessati. Il Presidente del Consiglio dei Ministri può chiedere il parere dell'Autorità sulle iniziative legislative e regolamentari che abbiano direttamente per effetto: a) di sottomettere l'esercizio di un'attività o l'accesso ad un mercato a restrizioni quantitative; b) di stabilire diritti esclusivi in certe aree; c) di imporre pratiche generalizzate in materia di prezzi e di condizioni di vendita”; per l'AGCM v. anche art. 21 bis, co. 2, l.n. 287/1990 ai sensi del quale l'AGCM trasmette pareri motivati alle pubbliche amministrazioni che abbiano adottato un atto in violazione della normativa in materia di tutela della concorrenza. Analogamente, v. art. 2, co. 12, lett. a) l.n. 481/1995 per le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, ai sensi del quale ciascuna Autorità “formula osservazioni e proposte da trasmettere al Governo e al Parlamento sui servizi da assoggettare a regime di concessione o di autorizzazione e sulle relative forme di mercato ... proponendo al Governo le modifiche normative e regolamentari necessarie in relazione alle dinamiche tecnologiche, alle condizioni di mercato ed all'evoluzione delle normative comunitarie”.

³⁹⁴ Si pensi ad esempio ai pareri di precontenzioso dell'ANAC, che possono essere richiesti dalla stazione appaltante o da una o più delle altre parti “relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara” e che obbligano “le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi” a quanto in essi stabilito (art. 211, co. 1, d.lgs. n. 50/2016).

Tuttavia, in dottrina è dubbia la riconduzione di tali pareri di precontenzioso nell'ambito dell'attività consultiva, dovendo gli stessi essere più correttamente ricompresi all'interno dell'attività giustiziale svolta dalle Amministrazioni indipendenti. Sul punto, v. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, pp. 895 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, pp. 537 ss.; F. APERIO BELLA, *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC: la tutela giustiziale nei confronti della pubblica amministrazione tra procedimento e processo*, in *www.rivistaaic*, 2016. V. anche M. MACCHIA, *La funzione paragiurisdizionale del precontenzioso*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, pp. 187 ss.. Che si tratti di una funzione “non lontan[a] dalla giurisdizione” è stato del resto riconosciuto anche dal Consiglio di Stato, nel rendere parere sullo schema di Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso (parere 14.9.2016, n. 1920).

³⁹⁵ Sul potere di segnalazione dell'AGCM, in dottrina v. F. MUNARI, *Poteri di segnalazione, legge per la concorrenza, dialogo fra autorità garante e istituzioni*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit. pp. 295 ss.; F. SAJA, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato: prime esperienze e prospettive di applicazione della legge*, in *Giur. comm.*, 1991, pp. 464 ss.; M. CLARICH, *L'attività di segnalazione e consultiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: un presidio contro le degenerazioni del processo politico-parlamentare?*, in *Dir. amm.*, 1997, pp. 85 ss.; M. DE BENEDETTO, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Organizzazione, poteri, funzioni*, Bologna 2000; A. LALLI, *La valutazione della regolazione distorsiva del mercato: profili amministrativi e giurisdizionali*, cit. Più recentemente, v. P. LAZZARA, *Legittimazione straordinaria ed enforcement pubblico dell'autorità garante della concorrenza e del mercato. Dai compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, cit.

In giurisprudenza, v. Tar Lazio, I, 3.2.2009, n. 1027 che ha escluso l'impugnabilità della segnalazione antitrust. In particolare, secondo il TAR all'AGCM è stato affidato “il compito di riesaminare l'equilibrio tra la distorsione della concorrenza realizzata e l'interesse perseguito da una norma o da un atto amministrativo generale, dovendo essa effettuare una valutazione di proporzionalità tra la restrizione della concorrenza implicita nelle prescrizioni soggette a scrutinio e il fondamento generale di razionalità collettiva (in altri termini, l'interesse pubblico) che esse intendono perseguire. Si tratta cioè di una facoltà che sembra assolvere a una duplice funzione, tecnica (all'Autorità è commessa l'analisi del mercato con l'individuazione delle soluzioni più favorevoli allo sviluppo della concorrenza) e di riequilibrio (“consistente nel dare voce ad un interesse, quello della concorrenza,

A tal fine, l'AGCM individua i casi di particolare rilevanza in cui atti normativi o atti amministrativi generali determinano distorsioni alla concorrenza non giustificate da esigenze di interesse generale, segnalando le stesse al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei Ministri (nel caso di atti legislativi) ovvero al Presidente del Consiglio, ai singoli Ministri e agli enti locali interessati (negli altri casi). L'AGCM, inoltre, laddove “ne ravvisi l'opportunità”, esprime parere circa le iniziative necessarie “per rimuovere o prevenire le distorsioni”. I pareri e le segnalazioni dell'AGCM possono essere pubblicate “nei modi più congrui in relazione alla natura e all'importanza delle situazioni distorsive”.

Si tratta di un potere molto importante nell'ambito dei compiti di tutela della concorrenza affidati all'AGCM, e molto utilizzato dall'Autorità³⁹⁶.

A volte oltre ai poteri consultivi e di segnalazione alle Autorità è attribuita una speciale legittimazione *ex lege* a ricorrere innanzi al giudice amministrativo avverso atti lesivi degli interessi alla cui cura sono deputate³⁹⁷, su cui si tornerà nel successivo Capitolo III.

che altrimenti non avrebbe riconoscimento, così contrastando gli interessi specifici che nei singoli casi invocano l'adozione di norme restrittive” e ancora “questa peculiare attribuzione vale a definire in modo originale - almeno per il nostro sistema - il ruolo di “garante della concorrenza” assegnato dalla legge all'Autorità antitrust, consentendole di intervenire (in posizione di ovvia neutralità) finanche nella fase della formazione delle norme giuridiche, affinché al titolare della relativa attribuzione (legislatore o autorità governativa che sia) vengano adeguatamente rappresentate le dinamiche procompetitive del settore sul quale si intende intervenire (e senza che ciò costituisca un vulnus alla natura tecnica dell'Autorità, alla luce del fondamento comunitario del suo compito precipuo di tutelare e promuovere la concorrenza”

³⁹⁶ V. sul punto l'analisi dell'AGCM all'esito del monitoraggio per il biennio 2018-2019 dell'attività di c.d. advocacy, cioè dell'attività consultiva e di segnalazione, pubblicato sul sito dell'AGCM in data 16.11.2020, nella quale sono evidenziati gli interventi dell'AGCM (in totale 170 delibere) sia per quanto attiene ai settori oggetto dell'attività di advocacy nei quali sono state riscontrate limitazioni all'esercizio dell'attività di impresa e restrizioni alla concorrenza in materia di gare e appalti, sia i soggetti destinatari dell'attività (amministrazioni centrali o locali, ovvero miste), nonché il tasso di successo (e cioè l'effettivo recepimento delle indicazioni da parte delle amministrazioni) pari al 55%.

³⁹⁷ È il caso dell'AGCM, che ai sensi dell'art. 21 bis, l.n. 287/1990 “è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza”, nonché dell'ANAC che, ai sensi dell'art. 211, co. 1 bis, d.lgs. n. 50/2016, “è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”.

Su tale speciale legittimazione, v. in dottrina M.C. ROMANO, *Crisi della distinzione tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella prospettiva dell'Unione europea*, cit.; M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino 2020; M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell'autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, cit.; P. LAZZARA, *Legittimazione straordinaria ed enforcement pubblico dell'autorità garante della concorrenza e del mercato. Sui compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, cit.; B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'autorità antitrust al giudice amministrativo*, cit.; V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir.*

Si comprende pertanto la pervasività dei poteri attribuiti alle Autorità indipendenti, che coprono ogni aspetto dei settori cui sono preposte, per la cui miglior cura è indispensabile un raccordo e una intensa e proficua collaborazione con gli altri soggetti che vi operano.

8. I poteri contenziosi.

Alcune Autorità indipendenti sono dotate di poteri contenziosi³⁹⁸, di soluzione delle controversie insorte tra operatori e utenti, e tra imprese concorrenti, ovvero dei conflitti in materia di trattamento dei dati personali insorti tra l'interessato e il titolare dei dati.

Si tratta di rimedi che l'ordinamento prevede al fine di assicurare agli interessati ulteriori di strumenti di tutela delle proprie situazioni soggettive, specie in settori nei quali gli ordinari strumenti giurisdizionali non riescono a fornire una tutela adeguata (in termini di efficienza e celerità, oltre che di risultati); rimedi ascrivibili nell'ampia (e indefinita) categoria delle Alternative Dispute Resolution (c.d. ADR), di origine statunitense, che trova ora spazio anche in ambito europeo³⁹⁹.

proc. amm., 2014, pp. 341 ss.; A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, cit..

³⁹⁸ Per l'utilizzo del termine contenzioso si segue l'impostazione di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 592, ove l'A. sottolinea che "contenzioso ... significa presenza di lite".

Occorre sottolineare che, secondo parte della dottrina, nell'ambito delle funzioni contenziose o semicontenziose dovrebbero essere ricompresi anche i poteri sanzionatori dell'AGCM. È questa l'impostazione seguita da A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, pp.107 ss., e da M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, pp. 149.

Tale tesi non appare tuttavia condivisibile, in quanto l'attività sanzionatoria antitrust, il cui esercizio può essere avviato su istanza di soggetti terzi interessati oltre che d'ufficio, anche se presenta delle peculiarità in ragione dell'attività di qualificazione compiuta dall'Autorità in ordine alle condotte degli operatori economici e dunque di sussunzione delle stesse nell'ambito dei concetti giuridici indeterminati, e pur necessitando anch'esso di un necessario contraddittorio con i soggetti interessati, resta pur sempre espressione di un potere amministrativo (sanzionatorio) differente rispetto al potere contenzioso (anch'esso amministrativo) quanto a finalità.

Nell'esercizio del potere sanzionatorio, l'Autorità infatti persegue una finalità punitiva dell'operatore che abbia posto in essere condotte in contrasto con le norme in materia di concorrenza o violative dei diritti dei consumatori producendo, in via indiretta, un effetto conformativo del mercato. Differentemente, nell'esercizio dei poteri contenziosi, la finalità perseguita non è quella punitiva, ma è quella di "rendere giustizia", di risolvere la controversia insorta tra utenti e fornitori dei servizi, ovvero tra imprese concorrenti e, anche qui, seppur indirettamente, producendo effetti conformativi del mercato.

Appare pertanto preferibile tenere distinti i due poteri, pur riconoscendo – come già osservato – che la commistione tra essi, in particolare per quanto attiene agli effetti, è evidente (oltre che irreversibile).

³⁹⁹ Sulle Alternative Dispute Resolution nell'esperienza statunitense v. F.E.A. SANDER, *Alternative Methods of Dispute Resolution - An Overview*, in *University of Florida Law Review*, 1985; D.W. PLANT, *ADR in IP Disputes*, in *Intellectual property law institute*, 1995; T. ARNOLD, *Why ADR*, in *Patent litigation*, 1996; M.R. ARFIN, *The Benefits of Alternative Dispute Resolution*, in *Hasting communication*

Il potere di soluzione delle controversie, previsto dal diritto europeo e recepito quindi dal diritto nazionale, imputato ad organi appunto indipendenti (quali le Autorità in esame) dotate delle competenze tecniche che potrebbero difettare in capo agli organi giurisdizionali (e che generalmente difettano in ragione della diversità delle discipline specialistiche che a ciascuna di esse, Autorità indipendenti e autorità giurisdizionali, competono), è finalizzato, da un lato, a garantire agli utenti e agli operatori economici dei vari settori una tutela veloce, non dispendiosa ed effettiva, e, dall'altro, persegue finalità deflative del contenzioso.

and Entertainment Law Journal, 1995; M. FREEMAN, *Alternative Dispute Resolution*, NY Press, 1995; M.K. MILLS, *Alternative dispute resolution in the public sector*, Chicago, Nelson-Hall, 1991; G. DE PALO, G. GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie: ADR, Alternative dispute resolution, nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano 1999.

In ambito europeo, procedure di risoluzione alternativa delle controversie sono previste a tutela dei consumatori: v. Regolamento (CE) 21.5.2013, n. 524/2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e il Regolamento 1° luglio 2015, n. 2015/1051 per le modalità relative all'esercizio delle funzioni della piattaforma di risoluzione delle controversie online, alle caratteristiche del modulo di reclamo elettronico; nonché la Direttiva 21.5.2013, n. 2013/11/UE, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 6.8.2015, n. 130 che ha inserito nel d.lgs. n. 206/2005, Cod. consumo, un nuovo Titolo II *bis* dedicato alla risoluzione extragiudiziale delle controversie. In particolare, per quanto interessa, è previsto che, nei settori di rispettiva competenza, ARERA, AGCom, Consob, Banca d'Italia e "altre autorità amministrative indipendenti, di regolazione di specifici settori, ove disciplinino specifiche procedure ADR secondo le proprie competenze", gestiscano l'elenco degli organismi ADR deputati alla risoluzione delle controversie (artt. 141-octies, 141-nonies, 141-decies).

Inoltre, è prevista la possibilità di proporre ricorso innanzi ad apposite Commissioni di ricorso, istituite presso alcune Agenzie europee, tra cui, per quanto interessa, l'ACER (artt. 25 ss., Regolamento n. 2019/942/UE cit.). I membri della commissione di ricorso sono indipendenti nelle loro decisioni, anche rispetto alla stessa Agenzia. La Corte di Giustizia può essere adita "solo dopo l'esaurimento della procedura" innanzi alla commissione di ricorso. Su tali profili, in dottrina v. P. CHIRULLI, L. DE LUCIA, *Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo. Le commissioni di ricorso delle Agenzie europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, pp. 1305 ss.

Sulle ADR in dottrina v. con particolare riguardo all'ambito europeo S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione Europea*, Milano 2004; v. anche M. P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, pp. 1 ss.; N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.* 2005, pp. 52 ss.; M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, pp. 11 ss.; ID, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.* 2015, pp. 488 ss.; T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le alternative dispute resolution*, in *Rivista AIC*, 2011; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale della pubblica amministrazione*, Torino 2012; ID, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *www.federalismi.it*, 2017, e in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, Napoli 2018, pp. 33 ss.; V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione tra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pp. 55 ss. e in particolare par. 4 con riferimento alle Autorità indipendenti.

Sono dotate di tali poteri innanzitutto le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (segnatamente, ARERA e AGCom), presso le quali vengono esperite procedure di conciliazione, anche in modalità telematica⁴⁰⁰. È dotato poi di poteri

⁴⁰⁰ L'art. 2, co. 24, lett. b), l.n. 481/1995 prevede, per le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità che, con uno o più regolamenti ex art. 17, co. 1, l. n. 400/1988 siano definiti “*i criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento di procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio presso le Autorità nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio*”, che “*fino alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle istanze di conciliazione o di deferimento agli arbitri, sono sospesi i termini per il ricorso in sede giurisdizionale che, se proposto, è improcedibile*” e che “*il verbale di conciliazione o la decisione arbitrale costituiscono titolo esecutivo*”. Tale regolamento governativo non è stato mai emanato. Tuttavia, il legislatore, con l'art. 44, co. 3 d.lgs. 93/2011 ha demandato ad ARERA l'emanazione di “*specifiche direttive per la disciplina, ai sensi dell'articolo 2, comma 24, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481, delle procedure di risoluzione delle controversie di cui al comma precedente*”.

A oggi, per quanto attiene alla conciliazione, la disciplina è contenuta nel Testo integrato conciliazione – TICO (allegato A, deliberazione n. 209/2016/E/com, e succ. modif.). In particolare, il TICO disciplina le modalità di svolgimento del tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie tra clienti finali di energia elettrica alimentati in bassa e/o media tensione, clienti finali di gas alimentati in bassa pressione, e operatori o gestori. Il tentativo obbligatorio di conciliazione – condizione di procedibilità della domanda giudiziale – si svolge presso il Servizio conciliazione di ARERA, che si avvale di una segreteria tecnica, la quale provvede all'individuazione dei conciliatori (in possesso di determinati requisiti e sulla base di una procedura di selezione aperta, ovvero scelti tra dipendenti pubblici) e all'inserimento degli stessi in un apposito elenco, ma “non entra nel merito della controversia e non svolge attività di consulenza giuridica (art. 4). L'art. 5 disciplina i compiti del conciliatore, al quale spetta assistere le parti nella ricerca di un accordo amichevole per la sua composizione, anche formulando una proposta non vincolante. Il cliente finale che intende attivare la procedura conciliativa (la quale deve concludersi entro 90 giorni) può presentare (in via telematica) la domanda di conciliazione solo dopo aver inviato il reclamo all'operatore o al gestore (e comunque entro un anno) e dopo che questi abbia riscontrato con una risposta ritenuta insoddisfacente, ovvero nel caso in cui siano decorsi 50 giorni dall'invio del predetto reclamo (art. 6). È previsto lo svolgimento in via telematica di un incontro per l'esperimento del tentativo di conciliazione, all'esito del quale, se le parti hanno raggiunto un accordo, viene redatto un verbale nel quale sono indicati i punti controversi e il contenuto dell'accordo raggiunto; al contrario, viene redatto un verbale di esito negativo. È prevista la possibilità di esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione, in alternativa, presso le Camere di commercio, previa stipula di un'intesa tra ARERA e Unioncamere.

Per l'arbitrato, in attesa della adozione del regolamento governativo citato, la disciplina (provvisoria) è contenuta nel *Regolamento per lo svolgimento delle procedure arbitrali presso l'Autorità per l'energia elettrica e il gas* (allegato A delibera n. 127/03 in data 27.11.2003), e nella delibera recante n. 42/05, in data 17.5.2005, recante *Disposizioni in materia di procedure arbitrali per la risoluzione delle controversie in materia di accesso alle reti dell'energia elettrica e del gas*. In particolare, è previsto che l'organo giudicante, competente alla definizione dell'arbitrato, sia costituito dall'organo collegiale dell'Autorità (art. 3), e nomini un segretario scegliendolo tra i dipendenti appartenenti alla carriera dei funzionari dell'Autorità (art. 2). Il lodo deve essere emanato e pubblicato nel termine di 30 giorni (salva proroga, per la quale serve il consenso delle parti) dalla prima convocazione dell'organo giudicante (art. 1). In sede di prima convocazione, l'organo giudicante fissa la prima udienza, alla quale devono comparire le parti personalmente, al fine di esperire un tentativo di conciliazione, e, in caso di esito negativo, fissa il termine per la presentazione di memorie, documenti e repliche, nonché la data per la successiva udienza di discussione finale (art. 5). In caso di conciliazione nel corso dell'arbitrato, viene redatto un apposito verbale di conciliazione (art.5, co. 2). È prevista la possibilità per l'organo giudicante di disporre una consulenza tecnica nel caso in cui siano necessari accertamenti istruttori. Una volta terminata l'udienza di discussione finale, l'organo giudicante si riserva l'emanazione del lodo, pronunciato a maggioranza e reso “in ogni caso” in forma scritta, e pubblicato a cura del segretario. Il regolamento rinvia, per quanto non espressamente previsto, alle disposizioni in materia di arbitrato contenute nel cod. proc. civ. (titolo VIII, libro IV).

L'art. 44, d.lgs. n. 93/2011 ha poi attribuito alla competenza di ARERA la decisione dei reclami “*presentati contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione per quanto concerne gli obblighi a tali gestori imposti in attuazione delle direttive comunitarie sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale*”, che deve avvenire

contenziosi il Garante della protezione dei dati personali, adito dall'interessato che ritenga lesi i propri diritti riconosciuti dalla normativa in materia di *privacy*⁴⁰¹. Come

entro 2 mesi dalla ricezione del reclamo. La disciplina della procedura è contenuta nella delibera in data 18.5.2012, n. 188/2012/E/com. La struttura responsabile è l'Unità Arbitrati e Decisioni Controversie, inserita all'interno della Direzione Advocacy Consumatori e Utenti, che può essere adita soltanto dopo aver presentato un reclamo al gestore e non aver ottenuto risposta (ovvero aver ottenuta risposta negativa). Dal 2012 ad oggi sono stati presentati ben 345 reclami, di cui 247 si sono conclusi con l'adozione di una decisione dell'Autorità e 98 con una archiviazione per intervenuta transazione o per sopravvenuta carenza di interesse, avendo il gestore di rete soddisfatto, nel corso del procedimento, l'istanza del reclamante. Il tempo medio necessario per la conclusione della procedura è di 8 mesi circa e si registra un tasso di ottemperanza alle decisioni dell'Autorità pari al 98%.

Analogamente, procedure di conciliazione sono previste (oltre che nell'art. 2, co. 24, lett. b) l.n. 481/1995 cit.) anche dalla l. n. 249/1997 con specifico riferimento ad AGCom. In particolare, l'art. 1, co. 11 e 12, l.n. 249/1997 prevedono che l'Autorità disciplini con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro, sottolineando che *“per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità”*, con conseguente sospensione dei termini per agire in sede giurisdizionale. e che detti provvedimenti *“definiscano le procedure relative ai criteri minimi adottati dalle istituzioni dell'Unione europea per la regolamentazione delle procedure non giurisdizionali a tutela dei consumatori e degli utenti”*, criteri che *“costituiscono principi per la definizione delle controversie che le parti concordino di deferire ad arbitri”*.

Da ultimo, con *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche* (allegato A delibera n. 353/19/CONS) è stata disciplinata l'attività di risoluzione delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti e operatori inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale e ai diritti degli utenti stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi. Il tentativo obbligatorio di conciliazione può essere esperito sia innanzi ai Corecom (organi funzionali decentrati dell'AGCom, su cui v. Cap. I), presso organismi di negoziazione paritetica o di ADR iscritti in apposito albo, ovvero dinanzi alle Camere di conciliazione istituite presso le Camere di commercio. Per quanto qui interessa, la procedura di conciliazione presso i Corecom si svolge in modalità telematica attraverso la piattaforma ConciliaWeb. È prevista la presentazione di un'istanza, corredata della documentazione necessaria, al Corecom competente, mediante l'utilizzo di un apposito formulario, a seguito della quale è avviata la procedura. Per alcune controversie è prevista una procedura semplificata, mediante lo scambio non simultaneo di comunicazioni, di durata pari a 30 giorni decorsi i quali il conciliatore (scelto nell'ambito della struttura amministrativa dei vari Corecom) redige un verbale dando atto di quanto risulta dallo scambio di comunicazioni; negli altri casi, è prevista una udienza telematica di conciliazione, ove compaiono personalmente le parti, al fine di esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione, all'esito della quale viene redatto apposito verbale. Se il tentativo obbligatorio di conciliazione ha esito negativo, le parti (congiuntamente o anche solo l'utente) possono chiedere al Corecom competente di definire la controversia. A seguito di tale istanza, si apre una procedura innanzi alla struttura responsabile del Corecom, in contraddittorio tra gli interessati, da concludersi entro 180 giorni. La definizione della controversia è attribuita alla competenza dell'organo collegiale, che può convocare le parti in udienza davanti a sé. L'organo collegiale, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, con il provvedimento che definisce la controversia ordina all'operatore di adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell'utente e, se del caso, di effettuare rimborsi di somme risultate non dovute nonché di corrispondere gli indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Infine, è previsto che per i procedimenti di definizione riguardanti questioni di eccezionale rilevanza, il Corecom possa sospendere la procedura e riferire la questione all'Autorità, la quale può emanare un atto di indirizzo.

⁴⁰¹ Si tratta di una forma di tutela amministrativa, alternativa rispetto alla tutela giurisdizionale. L'Art. 140 bis d.lgs. n. 196/2003, infatti, prevede che l'interessato *“qualora ritenga che i diritti di cui gode sulla base della normativa in materia di protezione dei dati personali siano stati violati”* può proporre reclamo al Garante o ricorso dinanzi all'autorità giudiziaria; tuttavia, qualora sia stata già adita l'autorità giudiziaria, *“il reclamo al Garante non può essere proposto”* e, al contrario, qualora sia stato

anticipato, secondo parte della dottrina poteri contenziosi sono attribuiti anche all'ANAC con riferimento alle questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara⁴⁰².

I poteri contenziosi esercitati dalle Autorità indipendenti sono ascrivibili all'attività di amministrazione giustiziale, propria delle pubbliche amministrazioni in generale, ma con la particolarità in questi casi che le "crisi di cooperazione"⁴⁰³ insorte investono rapporti intercorrenti non tra pubblica amministrazione titolare del potere contenzioso e privati, ma appunto tra privati (utenti e fornitori dei servizi, imprese concorrenti, etc.).

Anzi, secondo parte della dottrina, è proprio grazie a questo nuovo modello di amministrazione, dotata dei caratteri dell'indipendenza, che i rimedi giustiziali hanno ricevuto nuova linfa⁴⁰⁴.

già presentato reclamo al Garante l'eventuale domanda giudiziaria tra le medesime parti e con il medesimo oggetto è improponibile.

Si tratta del diritto di accesso (di ottenere la conferma circa l'esistenza o meno di un trattamento concernente i dati nonché il diritto di ricevere ogni informazione relativa al medesimo trattamento); del diritto alla rettifica (di ottenere la rettifica dei dati, qualora gli stessi siano incompleti o inesatti); del diritto alla cancellazione (c.d. "diritto all'oblio") (e, cioè, il diritto di ottenere, in talune circostanze, la cancellazione dei dati presenti all'interno degli archivi qualora non rilevanti ai fini della prosecuzione del rapporto contrattuale o necessari per obbligo di legge); il diritto alla limitazione del trattamento (di ottenere, al verificarsi di talune condizioni, la limitazione del trattamento, qualora non rilevante ai fini della prosecuzione del rapporto contrattuale o necessario per obbligo di legge); il diritto alla portabilità (di ottenere il trasferimento dei dati in favore di un diverso titolare); il diritto di opposizione (il diritto di opporsi, in qualsiasi momento per motivi connessi alla propria situazione particolare, al trattamento dei dati che riguardano l'interessato basati sulla condizione di liceità del legittimo interesse o dell'esecuzione di un compito di interesse pubblico o dell'esercizio di pubblici poteri); il diritto di revoca del consenso (di revocare il consenso al trattamento dei tuoi dati in qualsiasi momento, restando ferma la liceità del trattamento basata sul consenso prima della revoca).

La disciplina del reclamo è contenuta negli artt. 141 ss. d.lgs. n. 196/2003 e negli artt. 77 ss. Regolamento n. 2016/679/UE, nonché nel Regolamento sulle procedure interne aventi rilevanza esterna del Garante (deliberazione in data 4.4.2019, n. 98). Il reclamo viene proposto mediante compilazione di un apposito modello, pubblicato sul sito web del Garante. Viene espletata l'istruttoria preliminare, di competenza di apposita struttura del Garante, che può portare alla diretta definizione della questione qualora il reclamo non sia manifestamente infondato e sussistano i presupposti per adottare un provvedimento. In alternativa, viene avviato un procedimento in contraddittorio, informale e celere. La decisione del reclamo compete al Collegio, che provvede con propria deliberazione.

⁴⁰² L'art. 211, co. 1, d.lgs. n. 50/2016 prevede lo svolgimento di un procedimento innanzi all'ANAC, su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, inteso ad ottenere – previo contraddittorio – un parere c.d. di precontenzioso, da rendere entro 30 giorni dalla richiesta. Detto parere è vincolante, ed è impugnabile innanzi al giudice amministrativo ai sensi dell'articolo 120 c.p.a. È previsto che, in caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuti il comportamento della parte ricorrente ai fini della condanna alle spese del giudizio. Per la dottrina, v. (oltre alla precedente nota n. 393), M. RAMAJOLI, *Brevi note sui rimedi di precontenzioso dell'ANAC tra legalità processuale e termine di decadenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 174 ss.; ID, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, pp. 557 ss.

⁴⁰³ Secondo la nota terminologia utilizzata da A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2014.

⁴⁰⁴ In tal senso, v. A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., che pone in luce lo stretto legame intercorrente tra l'attività contenziosa e il carattere dell'indipendenza. Secondo l'A. "l'attività contenziosa costituisce una manifestazione dell'indipendenza e, specificamente, una modalità di azione nella quale si manifesta

Resta quindi ferma l'impugnabilità delle decisioni adottate dalle Autorità indipendenti nella risoluzione delle controversie innanzi al giudice competente, trattandosi pur sempre di atti amministrativi – espressione della particolare funzione giustiziale – inidonei come tali a passare in giudicato⁴⁰⁵.

Nell'esercizio dei poteri contenziosi, dunque, le Autorità indipendenti sono chiamate a svolgere, nel contraddittorio con gli interessati, un compito di "giustizia", e cioè a risolvere la controversia insorta, in posizione di terzietà rispetto agli interessi dei "litiganti"⁴⁰⁶.

Anche nello svolgimento di tale attività di risoluzione delle controversie – analogamente a quanto accade con riferimento all'esercizio del potere sanzionatorio – sussiste il rischio che le Autorità indipendenti, anche in ragione della commistione (e della confusione negli effetti) dei vari poteri di cui si compone la funzione di regolazione, nonché in alcuni casi dell'attribuzione di veri e propri poteri di normazione secondaria, non riescano ad assicurare una effettiva indifferenza e neutralità rispetto all'interesse pubblico alla cui cura sono deputate, ed utilizzino appunto l'attività di soluzione delle controversie "a fini regolatori"⁴⁰⁷.

il carattere dell'indipendenza" (p. 113), in quanto soltanto "una autorità organizzata secondo moduli che ne assicurino l'indipendenza" può "sciogliere autorevolmente il conflitto, la contraddizione" (p. 119). Ed infatti, secondo l'A., proprio l'assenza di indipendenza è la ragione della crisi del ricorso gerarchico (part. p. 127). Nello stesso senso, v. N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, cit., secondo il quale "il consolidarsi nel nostro ordinamento delle nuove realtà amministrative costituite dalle autorità indipendenti ha indotto alla riscoperta dell'attività amministrativa contenziosa". Secondo l'impostazione dell'A., invero, tutta l'attività svolta dalle Autorità indipendenti dovrebbe correttamente essere qualificata "giustiziale" in ragione della "presenza di un procedimento costruito in modo da dar rilievo ad un conflitto di interessi o di opinioni" che gli atti delle Autorità – che secondo l'A. sarebbero "decisioni amministrative" in senso tecnico - "si applicano a risolvere". V. anche V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, cit. part. p. 1830, secondo cui "la c.d. amministrazione contenziosa (o "giustiziale") ha una lunga storia e dopo un periodo di marginalizzazione, trova adesso ampi spazi di applicazione, nei settori "governati" dalle Autorità c.d. indipendenti".

⁴⁰⁵ Su tali aspetti, v. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, cit., in particolare pp. 1830 ss., ove l'A. evidenzia l'analogia, sul piano funzionale, tra amministrazione contenziosa e giurisdizione, "accomunate entrambe dallo scopo di risolvere controversie in applicazione della legge da parte di organi in posizione neutrale" spesso mediante procedimenti assimilabili a quelli giurisdizionali, rilevando tuttavia che l'amministrazione contenziosa "pur nel suo carattere "neutrale", estranea alla realizzazione degli interessi, è funzione amministrativa", con la conseguenza che "il regime degli atti nei quali si esprime, attraverso i quali vengono risolte le controversie portate all'esame dei relativi organi, resta quello proprio degli atti amministrativi, perciò soggetti al "controllo" della giurisdizione".

⁴⁰⁶ M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, cit., secondo cui "nell'esercizio della funzione giustiziale, sia l'interesse pubblico ... sia quelli dei privati, devono essere considerati non il fine, bensì l'oggetto di un'azione che mira al soddisfacimento del solo interesse alla giustizia perseguito ... dalla amministrazione titolare del potere giustiziale".

⁴⁰⁷ M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, cit., che scorge appunto di rischio di "surrettizia prosecuzione dell'attività amministrativa (Regulation by Litigation)". Per una critica della regolamentazione per contenzioso (regulation by litigation) "as a means of imposing substantive rules", ma "without the public participation and the checks and balances

Tale rischio sembra essere reso palese e concreto anche in considerazione di disposizioni legislative che impongono alle Autorità di perseguire gli obiettivi della regolazione anche nella risoluzione delle controversie⁴⁰⁸.

Inoltre, a riprova della intima correlazione tra i vari poteri, è stato sottolineato come l'attività di risoluzione dei conflitti da parte delle Autorità indipendenti acquisti "un significato ulteriore rispetto a quello di garantire all'utente una tutela efficace e assume rilevanza diretta o indiretta ai fini dell'attività di vigilanza", che riguarda invece il rapporto tra regolatore e regolato, con la conseguenza che, dal punto di vista delle Autorità, la tutela dell'interesse dell'utente o del cliente diventa "un modo indiretto e occasionale per tutelare gli interessi generali in relazione ai quali l'autorità è investita delle funzioni di vigilanza"⁴⁰⁹.

9. Considerazioni critiche.

L'analisi sui poteri delle Autorità indipendenti, in specie con riguardo al problema del loro fondamento, sollecita alcune considerazioni critiche.

Le complesse funzioni (normativa e regolatoria) affidate alla cura delle Autorità indipendenti constano di una serie di poteri, distinti quanto a natura giuridica, ma assimilabili dal punto di vista degli effetti concretamente prodotti (di conformazione delle condotte degli operatori) nonché della finalità perseguita, cioè la tutela dell'interesse pubblico di cui ciascuna Autorità è portatrice.

Il complesso dei poteri delle Autorità trova fondamento tanto in disposizioni di diritto nazionale, quanto in previsioni di diritto europeo; ma il problema del fondamento si atteggia diversamente a seconda della natura del potere esercitato.

Per il potere normativo opera con maggior rigore il principio di legalità, che garantisce che gli atti costituenti fonti del diritto provengano da organi rappresentativi della collettività. E proprio tale principio ha inizialmente costituito un ostacolo alla

of the rulemaking process" (p. 407), v. A.P. MORRIS, B. YANDLE, A. DORCHAK, *Regulating by litigation: the EPA's Regulation of Heavy-duty Diesel Engines*, in *Administrative Law Review*, 2004, pp. 403 ss. in merito alla regolazione attraverso il contenzioso esercitata dall'Agenzia per la protezione dell'ambiente statunitense (Environmental Protection Agency – EPA), citato da M. RAMAJOLI in op. ult. cit..

⁴⁰⁸ V. art. 23, co. 3, d.lgs. n. 259/2003, che impone all'AGCom di perseguire gli obiettivi della regolazione nello svolgimento dell'attività di risoluzione delle controversie tra imprese.

⁴⁰⁹ M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit. p. 159.

ricostruzione – in termini di compatibilità con la Costituzione – dei poteri normativi riconosciuti alle Autorità indipendenti da norme contenenti formulazioni ampie e generiche.

Un rimedio a tale carenza di legalità è stato rinvenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza nella partecipazione di tutti i soggetti interessati ai procedimenti intesi all'adozione degli atti normativi, dando luogo a quello che è stato comunemente denominato il passaggio dalla legalità sostanziale alla legalità procedimentale.

Ad oggi, tuttavia, con il progressivo evolversi del processo di integrazione europea, impregiudicata l'importanza delle garanzie partecipative – connotato essenziale del modello stesso di Autorità indipendente – almeno nei casi in cui il potere normativo è previsto e disciplinato anche dal diritto europeo non appare più necessario il ricorso alla teoria della legalità procedimentale per legittimare l'esercizio da parte delle Autorità di poteri normativi, potendosi ritenersi soddisfatto lo stesso principio di legalità sostanziale. Ed infatti, la base legale per verificare se il principio di legalità sia effettivamente soddisfatto non è più costituita soltanto dal diritto nazionale, ma anche e soprattutto dalle disposizioni di rango europeo. E tale tesi sembrerebbe essere sorretta anche dalla stessa giurisprudenza costituzionale, che, seppur in un diverso settore, ha ritenuto il diritto europeo idoneo a costituire una adeguata base legale ai fini della verifica circa il rispetto del principio di legalità (Corte cost. n. 383/1998).

Il problema del fondamento del potere normativo e del rispetto del principio di legalità sostanziale resta invece aperto in quelle ipotesi in cui non vi è nel diritto europeo una disposizione attributiva e descrittiva del potere normativo. In tali casi, la formulazione ampia e generica della norma nazionale non è compensata da una idonea base legale di fonte europea e perciò pone tutti i profili critici che si sono sottolineati quanto a rispetto del principio di legalità, che possono essere superati soltanto attraverso una declinazione procedimentale della legalità. In tali casi, resta impregiudicata la necessità che il Parlamento individui i “contorni” del potere normativo delle Autorità, in modo da evitare che esse, nell'esercizio di “sconfinati” poteri normativi, perseguano un proprio (inibito) indirizzo politico.

Con riferimento ai poteri amministrativi, sia in senso lato (quelli che danno luogo ad atti amministrativi generali) sia in senso stretto (i poteri sanzionatori, di vigilanza e controllo, contenziosi, *etc.*) la questione del fondamento si pone in termini diversi. Ed infatti tali poteri trovano generalmente una base legale adeguata, che consente di

ritenere soddisfatto il principio di legalità, nella sua esplicazione di principio della predeterminazione normativa del potere.

Qualche perplessità in punto di compatibilità con il principio di legalità destano invece i poteri impliciti – come quelli non espressamente previsti, ma ricavati indirettamente dal sistema per una migliore cura dell’interesse pubblico perseguito – che la giurisprudenza sembra voler riconoscere in capo alle Autorità indipendenti. Ma la tendenza recente della giurisprudenza, come visto, sembrerebbe aver (condivisibilmente) intrapreso una diversa rotta.

Dunque, affinché le Autorità indipendenti possano legittimamente esercitare poteri che producono incisive conseguenze (anche di ordine economico) sugli operatori economici destinatari dei relativi provvedimenti, è necessario che detti poteri siano previsti da una precisa e chiara disposizione normativa (e sul punto si tornerà ampiamente nel Capitolo IV), sia essa di rango nazionale o europeo, non potendo essere il frutto di una elaborazione giurisprudenziale pronta addirittura a sacrificare un principio basilare dell’azione amministrativa, quale quello di legalità, nell’ottica di una legittimazione piena e incondizionata delle Autorità indipendenti.

In questo senso, pertanto, si comprende anche l’importanza del ruolo che il giudice riveste nell’esercitare il proprio sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti; sindacato che, per l’importanza ordinamentale delle conseguenze che dal relativo esercizio derivano, deve essere necessariamente pieno ed intenso, come si vedrà, atteggiandosi esso stesso a fattore di legittimazione dell’attività delle Autorità indipendenti.

Ed è proprio il tema del rapporto tra Autorità indipendenti e giurisdizione, al cui approfondimento è dedicato il successivo Capitolo III, che consente di verificare se e in che modo il sindacato giurisdizionale possa atteggiarsi come fattore di legittimazione ulteriore dell’attività delle Autorità indipendenti, che consente di recuperare in sede giurisdizionale le “carenze” delle scarse e generiche norme attributive del potere, a volta addirittura inesistenti (come per i poteri impliciti).

Cap. III

Le Autorità indipendenti e la giurisdizione

SOMMARIO: 1. Premessa. Il problematico rapporto tra Autorità indipendenti e giurisdizione. - 2. Autorità indipendenti e discrezionalità (tecnica o amministrativa?) - 2.1. Considerazioni preliminari sul “tipo” di attività delle Autorità: discrezionalità tecnica o amministrativa? - 2.2. La posizione della dottrina e della giurisprudenza. - 2.3. Considerazioni critiche. La necessaria assimilazione dei due tipi di discrezionalità a fronte dell’esigenza di un controllo giurisdizionale intenso sull’attività delle Autorità indipendenti. - 3. Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti. - 3.1. L’importanza ordinamentale del controllo giurisdizionale. - 3.2. Dal rispetto delle garanzie partecipative al contenuto specialistico degli atti: l’intensità del sindacato. La posizione della dottrina e l’evoluzione giurisprudenziale sul tema. - 3.3. Le attuali tendenze della giurisprudenza sul controllo sugli atti delle Autorità indipendenti. - 3.4. Considerazioni critiche - 4. Le Autorità indipendenti ricorrenti: la speciale legittimazione *ex lege* a ricorrere di alcune Autorità indipendenti. Verso una giurisdizione di tipo oggettivo? - 5. Considerazioni critiche. La configurazione della legittimazione *ex lege* a ricorrere come potere inteso alla cura dell’interesse pubblico nell’ambito di un processo di stampo soggettivo.

1. Premessa. Il problematico rapporto tra Autorità indipendenti e giurisdizione.

Le Autorità indipendenti, come visto (Cap. I, par. 8), hanno natura amministrativa e su tale aspetto, a fronte della ferma posizione della giurisprudenza costituzionale⁴¹⁰, non sembra possano nutrirsi più dubbi. Da tale natura deriva la necessaria sottoposizione dell’attività dalle stesse compiuta a controllo giurisdizionale (art. 113 Cost.)⁴¹¹.

⁴¹⁰Il riferimento è alla già citata ordinanza della Corte costituzionale n. 13/2019 su cui si rinvia alla note n. 199 e n. 200.

⁴¹¹ Chiaro sul punto V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, cit. part. p. 1826 ove si evidenzia che “in ogni caso, gli atti nei quali si esprime la funzione di amministrazione, sono soggetti per regola al “controllo” della giurisdizione, da qualunque organo vengano emanati; invero, tutti gli atti dei pubblici poteri produttivi di effetti nella sfera giuridica protetta di determinati soggetti, salvi gli atti ascrivibili alla sfera costituzionale (atti “politici” in senso stretto) sono, in questi termini, atti amministrativi soggetti a detto regime”. V. anche ID, *L’amministrazione “costituzionalizzata”*, cit., part. pp. 26 ss. Ma sul punto v. anche R. CHIEPPA, *Regolazione e sindacato giurisdizionale*, in P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano 2012, pp. 103 ss., part. p. 107 ss..

Ma il rapporto tra Autorità indipendenti e giurisdizione si atteggia in termini particolari, sia in punto di intensità del sindacato, sia per la particolare posizione processuale che in taluni casi le Autorità possono ricoprire.

Si impone pertanto un'analisi del rapporto tra Autorità indipendenti e giurisdizione sotto tali profili, anche per le conseguenze di ordine sistematico che derivano sia in punto di legittimazione delle Autorità stesse all'esercizio dei poteri che sono ad esse attribuiti, sia per le tendenze "oggettivizzanti" che sembrerebbero caratterizzare (secondo taluni) il processo amministrativo, almeno in alcuni settori o almeno sotto taluni aspetti processuali, ma che in realtà, come si tenterà di dimostrare, ridondano in un espediente per attribuire ad esse una più ampia gamma di strumenti (non solo di diritto sostanziale ma anche di diritto processuale) per la tutela dello specifico interesse pubblico di cui sono portatrici.

2. Autorità indipendenti e discrezionalità (tecnica o amministrativa?)

2.1. Considerazioni preliminari sul “tipo” di attività delle Autorità: discrezionalità tecnica o amministrativa?

Al fine di analizzare compiutamente il tema del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti occorre premettere brevi cenni sul “tipo” di attività svolta dalle Autorità, se connotata da discrezionalità amministrativa “pura” intesa come ponderazione di interessi⁴¹² ovvero da c.d. discrezionalità tecnica⁴¹³, intesa

⁴¹² La concezione della discrezionalità amministrativa c.d. pura come ponderazione di interessi si è sviluppata a partire dal pensiero di Giannini: v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano 1993, part. pp. 45 ss., 50 ss. secondo cui la discrezionalità “consta di una ponderazione comparativa tra più interessi secondari in ordine ad un interesse primario” (p. 49) e comporta “una scelta tra più soluzioni possibili” e in particolare “la scelta della soluzione più opportuna per il caso concreto” (p. 47). Come noto, secondo l’A. esistono “figure più semplici o più complesse” di discrezionalità, ove intervengono “precetti di arti e di scienze non giuridiche, come p. es. regole di scienza politica, di economia, di discipline sociologiche; anzi esse possono essere anche tipizzate in “regole standard” (che hanno colpito l’attenzione della dottrina nordamericana)”; tuttavia “ciò attiene anzitutto alle specie complesse di discrezionalità, in secondo luogo resta pur sempre “giudizio di opportunità”. Dove non c’è giudizio di opportunità non c’è discrezionalità” (p. 52); v. anche ID, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit.. Secondo l’A., il giudizio sulla discrezionalità sarebbe riconducibile ad una valutazione politica di ponderazione comparativa degli interessi (pubblici e privati) in gioco rispetto all’interesse pubblico primario attribuito dalla norma.

Contrario a tale ricostruzione della discrezionalità in termini politicità della valutazione è Mortati (C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, Roma 1936, ora in *Scritti*, III, Milano 1972, pp. 997 ss.; ID, *Potere discrezionale*, in *Nov. dig. it.*, X, Torino 1939, pp. 76 ss; ID, *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino 1960, pp. 1098 ss.), che basa l’elaborazione della nozione di discrezionalità sul concetto di giuridicità elaborato in *La Costituzione in senso materiale*, ristampa Milano 1998 (sulle differenti concezioni, v. i saggi pubblicati dai due A. sulla rivista *Stato e diritto*: C. MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, 1941, pp. 131 ss; ID, *Ancora sul merito amministrativo*, 1942, pp. 46, ora in *Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana*, III, Milano 1972, pp. 1021 ss., pp. 1034 ss.; M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, 1941, pp. 349 ss., ora in *Scritti*, II, Milano 2002, pp. 347 ss.).

Ed ancora in dottrina v. tra le voci enciclopediche, oltre ai contributi di Mortati già citati, V. OTTAVIANO, *Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino 1968, pp. 1102; A. PIRAS, *Discrezionalità*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano 1964, pp. 65 ss; G. BARONE, *Discrezionalità*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma 1989; A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino 1994; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in *Diz. dir. pubbl.*, (dir. da) S. CASSESE, Milano 2006, pp. 1993 ss. Tra le monografie, v. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova 1984; A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari 1988; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova 1989; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere*, Napoli 1997; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit. part. pp. 107 ss. Tra i saggi v. V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e di sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, pp. 463 ss.; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, pp. 3165 ss..

⁴¹³ Sulla discrezionalità tecnica, in dottrina v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano 1993, part. pp. 54 ss. secondo il quale in alcuni casi il testo normativo attribuisce all’autorità non potestà discrezionali, ma “il compito di addivenire a dei giudizi a contenuto scientifico”, connotati da quella che in dottrina è comunemente denominata discrezionalità tecnica (p. 55). L’A. distingue nettamente la discrezionalità c.d. pura da quella c.d. tecnica (sulle perplessità del termine v. la successiva nota n. 415), osservando che mentre la “discrezionalità si riferisce ... ad una potestà, e implica giudizio e volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo, e implica solo giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo, e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione

discrezionale” (p. 56). In alcuni casi, soprattutto quando si tratti di applicare “canoni della c.d. discipline non esatte” i “giudizi tecnici” che in astratto dovrebbero essere “sempre dei giudizi di esistenza”, in concreto “possono divenire dei giudizi di probabilità, ipotetici”, e cioè “in una parola si possono avvicinare ai giudizi valutativi propri della potestà discrezionale” (p. 56). E tuttavia, in tali casi, “malgrado il carattere fortemente valutativo che possiedono siffatti giudizi, essi rimangono nell’ambito dell’apprezzamento tecnico, e non debordano nella potestà discrezionale: abbiamo sempre dei giudizi tecnici giuridicamente distinti dai giudizi di opportunità e dal momento decisionale” (p. 57). Secondo l’A. quindi le due discrezionalità, quella c.d. pura e quella tecnica, pur restando distinte dal punto di vista ontologico (l’una dà luogo ad un giudizio di opportunità, l’altra ad un giudizio di esistenza), non si escludono a vicenda, potendo coesistere nell’ambito di un singolo episodio di esercizio del potere giudizi connotati da discrezionalità tecnica e successive valutazioni di natura più propriamente discrezionale.

In dottrina sulla discrezionalità tecnica v. anche C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e di sindacato giurisdizionale*, cit.; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, pp. 684 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995; ID, *Valutazioni tecniche della p.a.*, in *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, pp. 6176 ss.. Recentemente, sul tema della discrezionalità tecnica, v. A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell’ordinamento*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli 2021, pp. 55 ss.; M. DELSIGNORE, *La valutazione tecnica e i suoi riflessi sul procedimento*, in A. SANDULLI, G. PIPERATA (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo vent’anni dopo*, Napoli 2011, pp. 185 ss.

Il tema della discrezionalità tecnica è indissolubilmente collegato ad aspetti propriamente processualistici. Tale aspetto è generalmente riconosciuto in dottrina: v. sul punto M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano 1939, part. p. 42, ove l’A. evidenzia che la nozione di discrezionalità tecnica “interessa soprattutto il diritto amministrativo processuale”; ID, *Diritto amministrativo*, II, Milano 1993, p. 57; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit. part. p. 302 ove si afferma che “la dottrina della “discrezionalità tecnica” attiene propriamente al sindacato giurisdizionale sull’azione amministrativa”.

Invero, la nozione di discrezionalità tecnica è stata inizialmente elaborata al fine di escludere il sindacato giurisdizionale su alcune valutazioni compiute dall’Amministrazione attraverso l’utilizzo di parametri tecnici, avulsa da qualsiasi ponderazione tra interessi, e quindi come tale riservata all’Amministrazione. e proprio al fine di escludere il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche compiute dall’Amministrazione, in giurisprudenza la discrezionalità tecnica è stata ricondotta al merito amministrativo, comprensivo di tutto ciò che è sottratto al controllo giurisdizionale (Cons. St., VI, 9.8.1986, n. 630, in *Foro it.*, 2001, III, 9).

La decisiva svolta giurisprudenziale è avvenuta con la pronuncia del Consiglio di Stato, IV, 9.4.1999, n. 601, centrale per la ricostruzione della nozione di discrezionalità tecnica al fine di estendere il sindacato del giudice amministrativo sull’attendibilità della valutazione tecnica, operando una netta distinzione tra merito (insindacabile) e discrezionalità tecnica. In particolare, secondo il Consiglio di Stato la discrezionalità tecnica “è altra cosa dal merito amministrativo”; essa “ricorre quando l’amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. L’applicazione di una norma tecnica può comportare la valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili. Ma una cosa è l’opinabilità, altra cosa è l’opportunità”, specificando sul punto che “la questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma – soltanto perché opinabile – in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito” e che “il potere di accertare i presupposti di fatto del provvedimento impugnato viene considerato come lo specifico della giurisdizione amministrativa di legittimità, che la differenzia dal giudizio di legittimità che caratterizza il ricorso per cassazione”. E del resto, secondo il Consiglio di Stato “è ragionevole l’esistenza di una “riserva di amministrazione” in ordine al merito amministrativo, elemento specializzante della funzione amministrativa; non anche in ordine all’apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, elemento attinente ai requisiti di legittimità e di cui è ragionevole, invece, la sindacabilità giurisdizionale”. E allora “il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi ... in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell’iter logico seguito dall’autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo. Non è quindi l’opinabilità degli apprezzamenti tecnici

quest'ultima come “acclaramento di fatti tecnicamente complessi” che lasciano “ampi margini di opinabilità in capo al decisore”⁴¹⁴.

È affermazione pacifica quella secondo cui le Autorità indipendenti, nell'esercizio dei vari poteri che sono ad esse attribuiti (dal potere normativo a quello sanzionatorio; dal potere prescrittivo a quello contenzioso, e così via), sono chiamate a svolgere una serie di valutazioni di carattere strettamente tecnico (si pensi all'accertamento di un abuso di posizione dominante ovvero alla soglia oltre la quale gli sbilanciamenti elettrici non sono consentiti), avvalendosi delle competenze altamente specialistiche di cui sono dotate (e che hanno costituito una delle ragioni del ricorso al modello stesso dell'amministrazione indipendente).

Si tratta di attività che, generalmente, sono ricondotte nell'ambito di quella che la dottrina comunemente definisce – non senza rilevarne la perplessità⁴¹⁵ – “discrezionalità tecnica”.

Le Autorità quindi svolgono un'attività caratterizzata dall'utilizzo di competenze altamente specialistiche, mediante l'utilizzo di nozioni tecniche che non esclude la scelta (sempre opinabile laddove si tratti di scienze non esatte) tra più soluzioni tecniche tutte astrattamente possibili, frutto di un giudizio tecnico, ma che appare

dell'amministrazione che ne determina la sostituzione con quelli del giudice, ma la loro inattendibilità per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo”.

⁴¹⁴ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., part. p. 299.

⁴¹⁵ In dottrina sono stati sollevati dubbi circa l'esatta qualificazione della discrezionalità tecnica, sottolineando anche l'ambiguità della definizione. Sul punto v. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit. part. p. 299 ove l'A. evidenzia che con l'espressione “imprecisa, ma ormai entrata nell'uso” di discrezionalità tecnica si intende l’“acclaramento di fatti tecnicamente complessi che spesso lasciano ampi margini di opinabilità in capo al decisore”. Nello stesso senso v. già M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950, part. p. 110 ove si evidenzia la problematicità della nozione di discrezionalità tecnica, la quale sarebbe un concetto “di uso comune, e quindi, anche se errato, non più espungibile” e ID, *Diritto amministrativo*, II, Milano 1993, part. p. 55 e 56, ove l'A. sottolinea che la locuzione “discrezionalità tecnica” rappresenterebbe un “errore storico della dottrina” che “potrebbe anche esser corretto” se non fosse che “la locuzione è ormai entrata nell'uso comune, e anzi chi la impiega, di solita sa bene che essa è totalmente diversa dalla discrezionalità “pura” o “amministrativa” (così taluno ha voluto dire, per accentuare le differenze”. V. anche M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino 2019, part. p. 190, secondo il quale “nonostante la terminologia, siamo al di fuori del vero e proprio potere discrezionale della pubblica amministrazione”; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2019, part. p. 130. Ma v. anche F.G. COCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust*, cit. pp. 259 ss., part. p. 273 ove l'A. evidenzia che la locuzione è “profondamente inesatta, anzi contraddittoria”, in quanto “la discrezionalità attiene alle scelte riguardanti l'interesse pubblico, la sua individuazione in concreto e il modo [di] massimizzarne la soddisfazione: il criterio della scelta è l'opportunità”; mentre “nella c.d. discrezionalità tecnica non c'è nulla di discrezionale, bensì soltanto accertamenti ed apprezzamenti tecnici, che possono essere più o meno opinabili, ma non opportuni o inopportuni: le scelte tecniche, anche quelle di spettanza di amministrazioni pubbliche, non possono essere valutate secondo il criterio della (loro) rispondenza alle esigenze (di soddisfazione) dell'interesse pubblico, ma secondo i criteri dell'esattezza/inesattezza o della divisibilità/non divisibilità”.

(almeno all'evidenza) non essere connotata da vera e propria discrezionalità amministrativa, intesa come ponderazione tra l'interesse pubblico di cui l'Amministrazione è portatrice e i vari interessi (pubblici, privati e collettivi) che vengono in gioco nei singoli episodi di esercizio del potere.

Ma l'ambito di attività riservata alle Autorità indipendenti è caratterizzato soltanto da discrezionalità tecnica o è possibile ritenere che le stesse siano talora chiamate a ponderare discrezionalmente interessi?

2.2. La posizione della dottrina e della giurisprudenza.

La dottrina ha affrontato ampiamente il tema della qualificazione dell'attività delle Autorità indipendenti, senza giungere ad una univoca ricostruzione.

E così, a fronte di chi ritiene che le Autorità indipendenti – che, come visto, già pongono rilevanti problemi di ordine costituzionale in punto di legittimazione ad esercitare i vasti poteri di cui sono dotate, pur non essendo inserite nel circuito democratico-rappresentativo – non possano operare valutazioni propriamente discrezionali (e cioè connotate da vera e propria “discrezionalità amministrativa”), ma soltanto valutazioni di carattere strettamente tecnico⁴¹⁶, ovvero a fronte di chi

⁴¹⁶ V. sul punto G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolative*, Padova 1993, part. pp. 267 ss., ove l'A. evidenzia che “l'attività regolativa, proprio in quanto svincolata dalla necessità di una valutazione ponderata di interessi, può essere anche concepita come attività tecnica” (p. 269).

Sul tema, ancor più specificamente v. L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alle cure delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE E C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., che parla di “regolazione condizionale” per indicare l'attività delle Autorità indipendenti la quale “non prefigura un risultato o obiettivo al quale l'attività privata deve conformarsi, bensì criteri di comportamento e regole di condotta rivolti agli stessi privati” ed è quindi caratterizzata dall'assenza di discrezionalità amministrativa ma soltanto da discrezionalità tecnica (p. 57). In particolare, secondo l'A., nella “regolazione condizionale” l'assetto degli “interessi rilevanti è definito direttamente dalla legge ed è definito piuttosto come un valore che non come un ordine di priorità” con la conseguenza che “le regole e le condizioni poste per lo svolgimento dell'attività privata non sono finalizzate alla soddisfazione di un interesse pubblico, ma, invece, alla garanzia di situazione soggettive private”, il cui equilibrio è soggetto a controllo delle stesse Autorità (p. 60). Dunque, in base a tale ricostruzione l'Autorità indipendente “non è chiamata a scegliere tra interessi privati, né a ponderarli o a comporli, né tantomeno, a soddisfarli: le situazioni soggettive private sono soddisfatte mediante il rispetto di determinate regole da parte di altri soggetti privati”, con la rilevante conseguenza che nella regolazione condizionale l'Autorità non compie “un apprezzamento discrezionale per gli interessi in gioco”, il quale discende, insieme all'assetto di interessi che ne deriva, direttamente dalla legge, mentre all'Autorità “spetta di agire per mantenere e garantire tale assetto” (p. 63). Invero, come riconosciuto dalla stessa A. (ID, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova 1992) permangono alcuni ambiti che non possono essere qualificati come di regolazione condizionale, ma di vera e propria regolazione “finalistica” o “prudenziale”, in cui le Autorità indipendenti esercitano poteri discrezionali.

A favore della tesi circa l'assenza di vera e propria discrezionalità amministrativa, v. G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna 2005, part. pp. 101 ss. ove l'A. evidenzia che “la regolazione ... a differenza delle funzioni amministrative di tipo tradizionale, non è rivolta alla cura di un interesse pubblico “di apparato” e nemmeno di un “interesse pubblico collettivo”. Il suo

evidenzia come la distinzione tra i due tipi di discrezionalità tenda almeno nei settori ove operano le Autorità indipendenti a sfumare⁴¹⁷, vi è al contrario chi ritiene che anche le Autorità indipendenti siano deputate a perseguire specifici interessi pubblici e siano pertanto chiamate ad una valutazione comparativa degli interessi che con i primi entrino in conflitto⁴¹⁸. Ma, come osservato in dottrina, il riconoscimento di

tratto caratteristico appare, piuttosto, quello di conciliare principi e valori di sistema, in una prospettiva sempre più market oriented, con diritti e interessi contrapposti, ma equiordinati dei privati”, con la conseguenza che “alle cure delle autorità di regolazione è pertanto affidato un interesse “di composizione” ... sintesi “paritaria” ed “equilibrata” di una pluralità di interessi oggettivi e soggettivi, collettivi e individuali” (p. 102); ed ancora “l’esercizio della funzione è caratterizzato, ora, dalla ponderazione-conciliazione “policentrica” tra interessi di sistema e privati”, “ora dal semplice bilanciamento tra interessi privati contrapposti”, “ora, dal puro giudizio, in funzione di controllo o soluzione delle controversie” (p. 103).

Esclude che le Autorità amministrative indipendenti possano essere titolari di poteri discrezionali in senso stretto V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle “amministrazioni indipendenti”*, in N. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit. pp. 1 ss., part. p. 26, secondo il quale la titolarità di poteri discrezionali non potrebbe spettare ad organi non collegati all’indirizzo politico e amministrativo dell’esecutivo.

⁴¹⁷ V. sul punto M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., part. p. 79 ove l’A. evidenzia che in realtà “la distinzione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, chiara in astratto, all’atto pratico si rivela ... incerta”.

⁴¹⁸ Per la tesi dottrinale a favore del riconoscimento di ambiti di vera e propria discrezionalità amministrativa in capo alle Autorità indipendenti, v. F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, voce, cit. part. pp. 178 e 179 ove gli A. criticano la tesi ricostruttiva secondo cui le autorità sarebbero dotate di competenze tecniche il cui esercizio “implicherebbe valutazioni neutre, asettiche, vale a dire aliene da qualsiasi elemento di ponderazione tra interessi tipico della decisione amministrativa”, evidenziando che al contrario “l’attività di regolazione e di aggiudicazione, quella tipica delle autorità indipendenti, invest[e] sempre un potenziale conflitto tra un interesse pubblico (libertà di sciopero, concorrenza, tutela del risparmio) ed altri interessi pubblici (vita, salute, libertà di circolazione) o privati (quelli propri degli operatori economici, dei consumatori, degli utenti), la cui soluzione o mediazione, in via regolatoria o decisoria, implica necessariamente quella ponderazione comparativa tra gli interessi coinvolti che costituisce il connotato precipuo della discrezionalità amministrativa”. V. anche G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, cit. part. p. 238. Il punto di arrivo di tale dottrina, come visto nel precedente capitolo, è la totale autonomia e indipendenza delle Autorità, caratterizzate da vera e propria autoreferenzialità.

Anche altra dottrina – sebbene sulla base di premesse teoriche opposte alle tesi degli A. precedentemente citati – perviene a riconoscere ambiti di discrezionalità in capo alle Autorità indipendenti, seppur giungendo ad un punto di arrivo del tutto opposto alla dottrina precedentemente citata. Sul punto, v. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit. part. pp. 145 ss., ove l’A. evidenzia che le leggi istitutive delle Autorità indipendenti attribuiscono funzioni facendo riferimento ad una pluralità di interessi pubblici da perseguire e quindi da ponderare e non prevedono che le Autorità debbano decidere soltanto sulla base di parametri tecnici; con la conseguenza che le Autorità indipendenti devono necessariamente svolgere funzioni politico-discrezionali. Il punto di arrivo, come anticipato, è opposto a quello di Merusi-Passaro: ed infatti, secondo l’A., il necessario riconoscimento di ambiti di discrezionalità in capo alle Autorità indipendenti comporta “l’esistenza di una riserva di indirizzo e controllo politico ... a tutela dei supremi interessi della collettività nazionale, che si estrinsechi in adeguate forme di controllo sugli atti e sugli organi”. Quindi, a fronte della totale “autoreferenzialità” riconosciuta da Merusi-Passaro, secondo la tesi della Manetti il riconoscimento di ambiti di discrezionalità comporta una limitazione dell’indipendenza delle Autorità.

Il carattere puramente discrezionale delle scelte demandate all’Autorità antitrust è sostenuto da M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano 1998, part. pp. 331 ss.; M. DE BENEDETTO, *L’autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit.; M. TARUFFO, *Comunicazione*, in AA.VV., *Regolazione e garanzie del pluralismo*, Milano 1997, pp. 177 ss., part. p. 128, secondo cui “le Autorità indipendenti dispongono di margini larghissimi di discrezionalità nell’esercizio delle loro funzioni istituzionali”.

marginì di discrezionalità amministrativa in capo alle Autorità pone rilevanti problemi in punto di indipendenza (funzionale)⁴¹⁹.

Altra dottrina invece ritiene dirimente al fine di qualificare in termini di discrezionalità l'attività delle Autorità indipendenti la componente teleologica della scelta compiuta, a prescindere dalla circostanza che si tratti di un "risultato opinabile raggiunto attraverso l'utilizzo di parametri propri di una scienza tecnica", oppure di una "ponderazione di interessi", osservando che "la scelta di valore consiste ... nel rendere rapportabili i margini di scelta riferibili alla situazione di potere alla discrezionalità di ordine teleologico; nel ritenere, cioè, che l'autorità decidente, nel porre in essere la scelta, non si limiti ad attuare il valore definito dall'ordinamento, ma concorra essa stessa alla determinazione del valore da attuare"⁴²⁰.

E sul punto si potrebbe utilmente richiamare quella dottrina che, seppur con riferimento alla fase istruttoria e all'accertamento dei fatti nel processo, distingue a livello normativo tra norme contenenti enunciazioni descrittive e norme contenenti enunciazioni valutative: le prime affiderebbero all'amministrazione il compito di accertare i fatti, mentre le seconde la loro valutazione. Tale secondo ambito sembrerebbe perciò essere connotato da discrezionalità amministrativa⁴²¹.

⁴¹⁹ V. sul punto la ricostruzione di E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit. part. pp. 197 ss., ove l'A. evidenzia che "la strutturale estraneità delle autorità al circuito di legittimazione rappresentativa sembra necessariamente implicare, in forza del principio democratico sancito dalla Costituzione italiana e dai Trattati europei, che alle stesse non possano – in linea generale e salvo deroghe espresse ed univoche da parte del legislatore – spettare funzioni che comportano scelte politiche e che esse debbano quindi ordinariamente limitarsi ad operare apprezzamenti di ordine tecnico-economico"; ciò comporta altresì che "nei casi in cui il legislatore, con norme da interpretare restrittivamente proprio in quanto eccezioni rispetto a tale principio, abbia inequivocabilmente conferito ad un'autorità un potere che richiede una ponderazione di interessi, e solo relativamente alle stesse, l'autorità dovrà tenere conto degli orientamenti di politica generale espressi dagli organi politici, e non potrà dunque operare la relativa scelta sulla base di un proprio autonomo indirizzo politico, che essa non può né avere né esprimere".

⁴²⁰ A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, Torino 2020, p. 441. Invero, l'A. fa derivare da tale premessa importanti conseguenze anche in punto di sindacato giurisdizionale. Ed infatti l'A. osserva che "nell'ambito del diritto amministrativo, laddove si ritenga assente un margine di discrezionalità nel momento teleologico, sul piano giurisdizionale non potrebbe non ammettersi un sindacato completamente sostitutorio sull'accertamento, anche tecnicamente complesso, compiuto dall'Amministrazione". Ed infatti "nessuna limitazione, di ordine processuale, [può] ravvisarsi in relazione all'accertamento compiuto dal giudice amministrativo sulla situazione giuridica. La sostituzione giurisdizionale si arresta solo per ragioni di ordine sostanziale, riferibili alla consistenza della situazione giuridica dedotta in giudizio, i quali a loro volta derivano dal riconoscimento di un contributo valoriale che l'Amministrazione conferisce all'ordinamento". In questo senso, l'A. spiega anche le diverse impostazioni in ordine alla natura di attività di carattere tecnico particolarmente complesso, come quelle proprie delle Autorità amministrative indipendenti, sottolineando che l'oscillazione della dottrina nel riconoscimento della natura discrezionale ovvero priva di discrezionalità amministrativa dell'attività delle Autorità indipendenti "dipende dalla risposta che si dà in ordine alla rilevanza del valore espresso dal profilo tecnico su quello teleologico" (p. 442).

⁴²¹ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992.

E anche la giurisprudenza costituzionale sembra oscillante sul punto. A fronte di una risalente pronuncia che fa perno sulla composizione specialistica delle Autorità e sulla complessità delle relative valutazioni, che sembrerebbe evocare una connotazione soltanto tecnica della discrezionalità delle Autorità⁴²², la Corte recentemente sembra aver optato chiaramente a favore della tesi del riconoscimento di spazi di vera e propria discrezionalità amministrativa, avendo affermato nella recente ordinanza n. 13/2019 cit. la natura “discrezionale” della funzione amministrativa esercitata dall’AGCM, portatrice dell’interesse pubblico specifico alla tutela della concorrenza e del mercato⁴²³.

Ma in tale ultimo caso la Corte era chiamata a pronunciarsi sulla natura giuridica dell’AGCM ai fini della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale; dunque, probabilmente, l’ascrizione dell’attività dell’Autorità nell’ambito della discrezionalità amministrativa, come quella intesa a perseguire uno specifico interesse pubblico, è servita alla Corte per escludere il requisito della terzietà (intesa come indifferenza ed estraneità rispetto agli interessi – pubblici e privati – in gioco), necessario affinché un organo possa essere considerato giudice anche se solo “ai limitati fini”⁴²⁴.

⁴²² V. sul punto Corte cost. n. 482/1995 che, in ordine alla istituzione dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (oggi, ANAC) ha osservato che “viene difatti costituito, secondo linee che si affermano anche in altri settori nei quali si è manifestata l’esigenza di avere un’autorità indipendente, un nuovo organismo collegiale di alta qualificazione, chiamato ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell’esecutivo ed agli organi di ogni amministrazione” e che “l’esercizio di questa funzione di vigilanza e garanzia implica una conoscenza completa ed integrata del settore dei lavori pubblici, unitaria a livello nazionale”.

⁴²³ La Corte costituzionale – nell’escludere la natura di giudice dell’AGCM ai fini della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale – afferma a chiare lettere che i poteri di cui l’Autorità è dotata ineriscono ad “una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell’interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco”, essendo l’AGCM “al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale”.

⁴²⁴ Per i riferimenti dottrinali su Corte cost. n. 13/2019 v. note n. 199 e n. 200.

Come noto, affinché possa essere sollevata innanzi alla Corte costituzionale questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge è necessaria la sussistenza di due requisiti, uno di natura soggettiva, e cioè la qualità di “giudice” del soggetto che solleva la questione; e l’altro di natura oggettiva, e cioè la sussistenza di un “giudizio” nel corso del quale la questione è sollevata o rilevata d’ufficio e trasmessa alla Corte, qualora rilevante e non manifestamente infondata e ove non sia possibile addivenire ad una interpretazione conforme a Costituzione (art. 1, l. cost. 9.2.1948, n. 1 ed art. 23, 1° co. l. 11.3.1953, n. 87). La Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale in capo ad organi sia appartenenti sia estranei al potere giudiziario, ora valorizzando alternativamente il requisito soggettivo o il requisito oggettivo, ora richiedendo la sussistenza di entrambi i requisiti. Si v. per gli organi appartenenti al potere giudiziario Corte cost. n. 226/1976 per la sussistenza del “giudizio” “ai limitati fini” della valida proposizione della questione di legittimità costituzionale e la qualità di “giudice” in capo alla Corte dei conti in sede di controllo preventivo di legittimità; Corte cost. n. 181/2015, n. 143/1968, n. 244/1995, n. 213/2008 per la sussistenza della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale della Corte dei conti

2.3. Considerazioni critiche. La necessaria assimilazione dei due tipi di discrezionalità a fronte dell'esigenza di un controllo giurisdizionale intenso sull'attività delle Autorità indipendenti.

Il dibattito dottrinale circa i connotati dell'attività delle Autorità indipendenti resta aperto.

Ad ogni modo, da un lato non si può non rilevare che le Autorità indipendenti sono chiamate a compiere giudizi di carattere altamente tecnico-specialistico anche laddove il relativo potere sia caratterizzato da vera e propria discrezionalità, come accade laddove comparano i vari interessi coinvolti per il perseguimento di finalità ulteriori rispetto alla tutela dell'interesse pubblico specifico di cui sono portatrici (come la tutela dei clienti vulnerabili, la promozione dell'efficientamento energetico, e così via)⁴²⁵.

Quindi, anche negli ambiti più propriamente connotati da discrezionalità amministrativa, le Autorità sono comunque chiamate ad assumere decisioni facendo uso delle competenze specialistiche di cui sono dotate.

Ma l'assimilazione risulta evidente anche sotto un ulteriore profilo. Infatti, anche laddove le Autorità esercitano competenze strettamente specialistiche, mediante l'utilizzo di competenze tecniche specifiche delle scienze che disciplinano i settori cui le stesse sono deputate, dunque, anche negli spazi di discrezionalità c.d. tecnica, sono chiamate ad operare valutazioni finalizzate alla tutela dell'interesse pubblico di cui

in sede di giudizio sul rendiconto generale dello Stato o della Regione; per gli organi estranei al potere giudiziario ma che esercitano la funzione di risoluzione delle controversie v. Corte cost. n. 376/2001; nello stesso senso, anche n. 223/2013 e ord. n. 123/2014 per la sussistenza della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale in capo al Collegio arbitrale; Corte cost. [ord.] n. 315/1983 e n. 284/1986 per il Consiglio nazionale dei geometri e Corte cost. n. 114/1970 per il Consiglio nazionale forense. Al contrario, la Corte ha escluso la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale di organi estranei al potere giudiziario e che non esercitano competenze giurisdizionali: Corte cost. n. 133/1963 sul Ministro della marina mercantile; Corte cost. n. 16 e 17/1966, n. 58/1966, n. 116/1966, n. 19/1967 sui Consigli comunali e provinciali in materia elettorale per violazione del canone dell'imparzialità; Corte cost. n. 110/1967 sul Consiglio dell'Ordine degli avvocati (*"nell'esplicazione di un potere amministrativo, quale è quello disciplinare ... non assume veste giurisdizionale, poiché il relativo compito è svolto nei confronti dei professionisti che formano l'ordine forense, all'interno del gruppo che essi costituiscono e per la tutela di interessi che sono essenzialmente della classe professionale"*), specificando che *"per attribuire alla funzione una natura giurisdizionale non è sufficiente che il consiglio operi con la garanzia di un procedimento, peraltro spesso prevista nella materia amministrativa, in quanto uno dei dati che conferiscono carattere giurisdizionale ad un organo è l'estraneità dell'interesse in ordine al quale esso dà la sua pronunzia"*).

Sui caratteri di indipendenza e imparzialità dei giudici v. in dottrina G. PIPERATA, A. SANDULLI (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni. Indipendenza e imparzialità dei giudici*, Napoli, 2012.

⁴²⁵ Si tratta, in sostanza, di ambiti caratterizzati da quella che la dottrina esaminata (A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit.) denomina "discrezionalità teleologica", che può caratterizzare anche valutazioni compiute mediante l'utilizzo di parametri squisitamente tecnici.

sono portatrici, ma di fatto perseguono finalità ulteriori rispetto a quelle strettamente connesse all'interesse perseguito, talvolta coincidenti con posizioni di vantaggio riconosciute dalla legge ai soggetti che sono destinatari dell'attività delle Autorità, quindi contemperando di fatto i vari interessi coinvolti⁴²⁶.

In altri termini, da un lato, la connotazione tecnica di tutte le attività esercitate dalle Autorità, e, dall'altro, la finalizzazione delle attività (tanto connotate da discrezionalità tecnica quanto da discrezionalità amministrativa) non soltanto alla tutela dell'interesse pubblico specifico di cui ciascuna Autorità è portatrice (alla tutela della concorrenza del mercato, all'efficienza dei servizi, e così via), ma anche al raggiungimento di finalità ulteriori – di tutela di altri interessi pubblici (ad esempio, la tutela ambientale negli interventi regolatori di ARERA volti a promuovere le energie pulite), che devono essere oggetto di contemperamento - rende assimilabili i due tipi di attività anche sotto tale ulteriore profilo.

Alla luce di tali considerazioni, dunque, appare evidente che la distinzione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica (almeno per quanto attiene agli ambiti di intervento delle Autorità indipendenti) tenda a sfumare⁴²⁷.

⁴²⁶ È il caso, ad esempio, del c.d. bonus sociale elettrico, previsto dall'art. 1, co. 375, l. 23.12.2005, n. 266 (cui è stata data attuazione con il decreto interministeriale 28.12.2007 e con il successivo d.m. MISE 29.12.2016), che demanda ad ARERA il compito di definire le modalità applicative, anche in punto di accesso degli utenti al bonus, spettando all'Autorità tra l'altro individuare i limiti di reddito richiesti per ottenere il beneficio. La normativa adottata dall'Autorità è contenuta nel Testo integrato delle modalità applicative dei regimi di compensazione della spesa sostenuta dai clienti domestici disagiati per la fornitura di energia elettrica e gas (TIBEG) (All. A alla delib. n. 402/2014/R/com e succ. modif.).

È evidente che attribuire alla competenza di ARERA il compito di fissare i requisiti per l'accesso al beneficio nonché le modalità tecniche di attuazione del beneficio stesso equivale a riconoscere ad essa il ruolo di decisore ultimo dell'individuazione della categoria dei destinatari del beneficio, consentendo quindi alla stessa di contemperare l'interesse pubblico di cui è portatrice alla efficienza del servizio elettrico con l'altro interesse pubblico – coincidente invero con una posizione di vantaggio dei clienti vulnerabili ad ottenere una specifica tutela a fronte di situazioni di disagio economico – consistente nella necessità di apprestare tutela a fronte di situazioni di necessità.

Si tratta quindi di un esempio a dimostrazione della tesi secondo cui anche nell'esercizio di attività di carattere estremamente tecnico (espressione di valutazioni tecniche complesse), le Autorità sono chiamate ad un'attività di ponderazione con altri interessi, che rende evanescente – almeno in questi settori – l'utilità pratica della distinzione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica.

⁴²⁷ Del resto, già Giannini (*Diritto amministrativo*, II, Milano 1993; v. nota n. 413) – seppur con riferimento al tema della discrezionalità tecnica in generale, senza aver specifico riguardo all'attività delle Autorità indipendenti – osservava come potessero coesistere, nell'ambito del medesimo episodio di esercizio del potere, momenti caratterizzati da discrezionalità c.d. pura e momenti caratterizzati da discrezionalità tecnica, senza che l'una escludesse necessariamente l'altra (*“discrezionalità si riferisce ... ad una potestà, e implica giudizio e volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo, e implica solo giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo, e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale”*: p. 56).

La coesistenza nello stesso procedimento di momenti di discrezionalità c.d. pura e di momenti di discrezionalità tecnica è del resto riconosciuta anche dalla più recente giurisprudenza. V. sul punto Tar Lazio, II bis, 1.3.2021, n. 2508, secondo cui: *“la discrezionalità tecnica ... trova la sua naturale collocazione nella fase istruttoria, ossia in un segmento procedimentale precedente rispetto a quello*

E la distinzione perde di utilità pratica se si considera l'esigenza, generalmente avvertita (anche come fattore ulteriore di legittimazione di Autorità che, come detto, sono al di fuori del circuito democratico-rappresentativo), di un pieno e intenso sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti, tanto se espressione di discrezionalità tecnica quanto se espressione di discrezionalità amministrativa (ma comunque come visto caratterizzati dall'utilizzo di competenze tecniche).

E sulle valutazioni di carattere tecnico compiute dalle Autorità, oggi⁴²⁸, il sindacato dovrebbe essere (ma effettivamente lo è?) più penetrante e reso maggiormente agevole grazie alla possibilità per il giudice di ricorrere all'ausilio di verificazioni e consulenze tecniche che consentono di superare la barriera costituita dalla necessità di possedere le stesse conoscenze altamente tecnico-specialistiche detenute dalle Autorità, in modo da sindacare – in piena consapevolezza (avendo quindi a disposizione gli stessi strumenti conoscitivi delle Autorità) – le scelte (tecniche) delle Autorità.

In altri termini, pur consapevoli della distinzione concettuale tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica (così come elaborata in dottrina e giurisprudenza), a fronte dei fattori di assimilazione che si sono individuati, appare necessario ricondurre tutta l'attività delle Autorità indipendenti sotto l'egida della giurisdizione – anche in ragione delle conseguenze di ordine sistematico che tale riconduzione comporta (su cui v. *infra*) – chiamata ad operare un sindacato intenso sull'attività delle Autorità, a prescindere dalla connotazione delle stesse in termini di discrezionalità pura o di discrezionalità tecnica. E ciò anche in considerazione delle difficoltà talora riscontrate nel tentare di ricondurre gli atti delle Autorità indipendenti all'una o all'altra categoria.

Tale assimilazione rende di nuovo evidente come l'attività delle Autorità indipendenti mal si presti ad essere imbrigliata entro i concetti giuridici elaborati con riferimento agli ambiti di attività propri dell'Amministrazione tradizionale.

dell'eventuale esercizio dell'attività discrezionale pura, potendo così sussistere entrambe nel medesimo procedimento".

⁴²⁸ Il consolidarsi del sindacato intrinseco, come noto, è strettamente collegato con la possibilità attribuita al giudice di ricorrere alla consulenza tecnica d'ufficio nell'ambito del giudizio di legittimità per effetto dell'intervento legislativo del 2000 (art. 1, l. n. 205/2000) che ha modificato l'art. 44, co. 3, r.d. 26.6.1924, n. 1054, T.U. Cons. St., e ora dall'art. 67 c.p.a.

3. Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti.

3.1. L'importanza ordinamentale del controllo giurisdizionale.

Il tema del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti è, come noto, foriero di aspetti problematici, non ultimo in punto di intensità del controllo e di modalità di accesso da parte del giudice alla valutazione tecnica complessa operata dalle prime (sempre opinabile laddove si tratta di scienze non esatte) al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, da contemperare con l'opposta esigenza (da taluni invocata) di evitare che il giudice si sostituisca di fatto alle Autorità nell'esercitare le competenze tecniche riservate alle stesse.

Ciononostante, esso presenta profili di indubbio interesse per le importanti conseguenze che riverbera sulla ricostruzione del modello dell'Autorità indipendente e, in particolare, sullo stesso fondamento dei poteri attribuiti.

Ed infatti, abbiamo visto che attualmente, a fronte dell'evoluzione del processo di integrazione europea, la gran parte dei poteri delle Autorità indipendenti trova il proprio fondamento nel diritto europeo (oltre che nel diritto nazionale); e tuttavia, un ulteriore fattore di legittimazione (anche questa volta *ex post*, come abbiamo visto anche con riguardo alla legittimazione procedimentale) dei poteri delle Autorità può essere rintracciato proprio nel penetrante sindacato che la giurisdizione⁴²⁹ dovrebbe

⁴²⁹ La tendenza dell'ordinamento è quella di estendere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che assume il ruolo di giudice naturale ed esclusivo sui provvedimenti delle autorità indipendenti salvo eccezioni. Come noto, infatti, appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, co. 1, lett. l) c.p.a. le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti adottati dall'AGCM, dall'AGCom, dall'ARERA e dalle altre Autorità istituite ai sensi della l. n. 481/1995, dall'ANAC, dall'IVASS; mentre restano di competenza del giudice ordinario i provvedimenti adottati dalla Banca d'Italia e della Consob (a seguito del riparto di giurisdizione così come ridisegnato dalle due pronunce della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 133, co. 1, lett. l) cit. per eccesso di delega contenuta nell'art. 44 l. n. 69/2009: Corte cost. n. 162/2012 per Consob; n. 94/2014 per Banca d'Italia), nonché i provvedimenti adottati dal Garante della privacy. Per i provvedimenti soggetti alla giurisdizione amministrativa è previsto un rito speciale (art. 119 c.p.a.) che prevede una procedura accelerata per la definizione del giudizio. Nelle controversie sui provvedimenti che irrogano sanzioni pecuniarie irrogate dalle Autorità indipendenti, inoltre, la giurisdizione del giudice amministrativo è estesa al merito (art. 134 c.p.a.), con possibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione nella definizione del *quantum* della sanzione.

Tale tendenza all'attribuzione al giudice amministrativo delle controversie sui provvedimenti delle Autorità indipendenti appare del resto in linea con la tesi sostenuta circa la natura autoritativa dell'attività delle Autorità, chiamate a perseguire – seppur con l'utilizzo di competenze e conoscenze altamente specialistiche, e dunque con commistioni di discrezionalità tecnica – gli specifici interessi pubblici alla cui cura sono deputate mediante l'esercizio di poteri di diversa natura (dal potere normativo, a quello di controllo e vigilanza, a quello sanzionatorio, e così via), ma tutti caratterizzati (seppur con differenti gradualità) da discrezionalità, intesa come ponderazione tra vari interessi e quindi come scelta tra varie soluzioni possibili per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico.

esercitare sugli atti delle Autorità indipendenti (ma che, in concreto, come si vedrà nel prosieguo, è esercitato con tale intensità solo in taluni casi).

È evidente, infatti, che a fronte di norme attributive dei poteri contenenti formule particolarmente ampie, l'esigenza di un sindacato giurisdizionale intenso risponde non soltanto ad una esigenza di controllo circa la legittimità dell'attività compiuta dalle Autorità (indubbiamente esistente per ogni ramo di amministrazione che si voglia qualificare come tale), ma anche come fattore di legittimazione del modello stesso dell'amministrazione indipendente.

Anzi, si può sostenere che un sindacato giurisdizionale penetrante sugli atti delle Autorità costituisca l'espedito attraverso il quale si può riportare (*ex post*) il sistema (sbilanciato quanto ad attribuzione legislativa di poteri) in equilibrio, operando una sorta di compensazione successiva⁴³⁰.

3.2. Dal rispetto delle garanzie partecipative al contenuto specialistico degli atti: l'intensità del sindacato. La posizione della dottrina e l'evoluzione giurisprudenziale sul tema.

L'esigenza di un pieno e intenso controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti non è stata sempre avvertita nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale sul tema⁴³¹, almeno per quanto attiene al contenuto degli atti adottati dalle Autorità

Ciò (come anticipato nella nota n. 363) vale anche con riguardo al potere sanzionatorio esercitato dalle Autorità – invero centrale nella ricostruzione del sistema dei poteri – in ordine al quale non potrebbe essere sostenuta la tesi della natura vincolata in ragione della previsione di una giurisdizione del giudice amministrativo estesa al merito. Come visto, infatti, tale estensione è frutto di una consolidata elaborazione giurisprudenziale di matrice europea che fa perno sull'art. 6 CEDU, richiedendo una compensazione *ex post*, in sede di giudizio, delle carenze in punto di contraddittorio che si verificano nella fase amministrativa, mediante la garanzia della c.d. *full jurisdiction*.

⁴³⁰ Sul punto, v. S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 97 ss., secondo il quale “la controllabilità esterna degli atti diviene in questa prospettiva un surrogato del difetto di rappresentatività che attanaglia l'ente, perché la copertura del giudice assicura che la decisione ultima sulla correttezza della scelta tecnica si innesti su un soggetto che ha una sua legittimazione ordinamentale”.

⁴³¹ In dottrina, in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti v. P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit., part. pp. 416 ss.; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, cit.; A. LALLI, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, pp. 358 ss.; A. PAJNO, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 617 ss.; R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 1019 ss.; F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 973 ss.; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e “giurisdizionalizzazione”*, Milano 2005; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit. part. pp. 177 ss.; P. LAZZARA, *Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, pp. 179 ss.; F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del*

indipendenti, a differenza di quanto rilevato in ordine al rispetto delle garanzie partecipative.

Ed infatti, come visto nel Capitolo II con riferimento al tema della legittimità procedimentale delle Autorità indipendenti, la giurisprudenza è stata fin dall'inizio particolarmente rigorosa sulla necessità della concreta partecipazione degli interessati ai procedimenti intesi all'adozione degli atti espressione dei vari tipi di poteri attribuiti alle Autorità (*in primis*, quello normativo, essendo in questo caso la partecipazione necessaria per rimediare *ex post* alla carenza di rappresentanza democratica che investe le Autorità stesse); e anche la dottrina ha insistito sull'importanza della partecipazione, anche sotto il profilo concettuale, per la ricostruzione di un modello di Amministrazione indipendente che fosse compatibile con la Costituzione⁴³².

Ma un tale rigore non è dato riscontrare – almeno in una fase iniziale – nel controllo giurisdizionale avente ad oggetto le scelte discrezionali (spesso tecnico-discrezionali) delle Autorità indipendenti.

mercato, cit.; A. LALLI, *Indipendenza e controllo giurisdizionale*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., pp. 153 ss. e ivi anche V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, part. pp. 101 ss.; F.G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, cit.; F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in cit.; F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, cit.; C. CONTESSA, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, 2018, in www.giustizia-amministrativa.it; A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, 2019, su www.giustizia-amministrativa.it; F. PATRONI, GRIFFI, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro*, F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro*, intervento al convegno "Stato a diritto amministrativo tra presente e futuro", Parma 4.10.2019, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it; S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità indipendenti*, cit.; M. SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità indipendenti*, Padova 2019; F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e "preferenza di amministrazione"*, in *Il processo*, 2020, pp. 749 ss.; F. G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (breve considerazione)*, in *Dir. proc. amm.* 2020, pp. 1095 ss.; M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 740 ss.; R. GAROFOLI, *Il controllo giudiziale, amministrativo e penale dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pp. 405 ss.; F. CAPORALE, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'ARERA*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pp. 429 ss.; A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.* 2021, pp. 335 ss.; A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, cit.; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel processo*, cit., part. pp. 427 ss..

Per un'analisi comparatistica del sindacato giurisdizionale sulla regolazione in Italia e in Germania v. E. SCHMIDT-ARMANN, L. DE LUCIA, M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizione amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 711 ss.

⁴³² Sul punto, oltre alla giurisprudenza e alla dottrina citate nel par. 2.4 del Capitolo II, si v. ad esempio Cons. St., VI, 28.3.2019, n. 2043, che ha annullato il regolamento adottato dall'IVASS e il provvedimento sanzionatorio irrogato per mancata garanzia di un pieno contraddittorio. A seguito di tale pronuncia, l'IVASS con provvedimento n. 86 del 14.5.2019 ha provveduto ad apportare modifiche alla disciplina del procedimento sanzionatorio, al fine di dare esecuzione alla pronuncia del giudice amministrativo.

Ed anche l'atteggiamento di parte della dottrina⁴³³ in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti adottati dalle Autorità indipendenti è stato di "prudenza" (a volte estrema⁴³⁴), in considerazione della necessità di evitare che il giudice si sostituisse ad Amministrazioni dotate di elevata *expertise*, al fine di sottrarre le Autorità ad "un controllo giurisdizionale troppo rigoroso, esercitato senza un bagaglio di conoscenze altrettanto approfondite e senza il sussidio di uno staff di esperti" che "rischia di porsi in contraddizione con la ragion d'essere più profonda delle autorità indipendenti"⁴³⁵.

⁴³³ Si v. L. BENVENUTI, *La discrezionalità e i suoi interpreti*, in ID, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano 2002, pp. 68 ss.; R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., pp. 165 ss..

⁴³⁴ Si vedano le chiare affermazioni di M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit. part. p. 47 ove l'A. afferma chiaramente che "quanto più le autorità indipendenti adottano modelli procedurali che si ispirano al principio del contraddittorio processuale, con spazio anche alla discussione orale nell'audizione finale di fronte al collegio, e assumono decisioni corredate da ampie motivazioni in punto di fatto e di diritto che prendono posizione su tutte le argomentazioni delle parti private, tanto meno sembra avere senso un controllo giurisdizionale pieno, che si risolverebbe in una duplicazione di attività da parte di organi giurisdizionali".

È evidente che la non necessità del successivo controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti, in tale ricostruzione, deriva proprio dalla natura giuridica delle stesse – così come formulata da tale dottrina, come visto nel cap. II – considerate come organi aventi natura para-giurisdizionale.

⁴³⁵ Ancora M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit. part. p. 47. L'A. tuttavia, rileva comunque la necessità di un controllo giurisdizionale pieno "indispensabile non solo in relazione ai principi generali dello Stato di diritto, ma anche per far sì che esse, reciso o allentato il legame con il potere esecutivo, siano comunque obbligate in altre sedi a render conto delle proprie decisioni", sottolineando che "nel sistema dei check and balances in cui sono inserite le autorità indipendenti la garanzia del controllo giurisdizionale costituisce l'elemento forse più importante" (p. 47).

Proprio in considerazione di tale duplice e contrastante esigenza, da un lato di non sottoposizione a controllo giurisdizionale e dall'altro di necessario controllo giurisdizionale (per far sì che le Autorità siano comunque chiamate a rispondere del loro operato) l'A. evidenzia l'esistenza di un "elemento di tensione quasi insolubile nel rapporto tra autorità indipendenti e giurisdizione" (p. 47).

Anche in giurisprudenza, invero, è stata evidenziata la connessione tra sindacato giurisdizionale e qualificazione tecnica, nonché tra il primo e la necessaria indipendenza delle Autorità, al fine di escludere il potere sostitutivo del giudice: si v. Cons. St., VI, 23.4.2002, n. 2199 secondo cui "l'indice dell'assenza del potere sostitutivo del giudice deve ricercarsi soprattutto nelle esigenze di efficienza e buon andamento dell'amministrazione, di cui all'art. 97 della Costituzione, e nella rilevanza della materia della tutela della concorrenza, affidata dal legislatore ad una Autorità amministrativa, caratterizzata da una particolare composizione e qualificazione tecnica, oltre che da un elevato grado di autonomia e indipendenza)".

In dottrina, per un commento alla pronuncia v. la nota di A. LALLI, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit..

Per il collegamento con il carattere dell'indipendenza v. anche Cons. St., VI, 1.10.2002, n. 5156, nonché Cons. St., VI, 12.2.2007, n. 550. Ed ancora, v. Tar Lazio, III, 26.11.2019, n. 13568, ove si sottolinea che il sindacato in materia di discrezionalità tecnica "si pone in una dimensione peculiare, in presenza delle regole tecniche e delle competenze, che rientrano nel bagaglio di conoscenze specialistiche proprie delle cosiddette Autorità indipendenti". In considerazione di ciò "in ordine all'apprezzamento – condotto in base a dette competenze e insindacabile nel merito – occorre quindi un'ulteriore riflessione, intesa a coordinare l'evoluzione giurisprudenziale, in materia di sindacato di legittimità sugli atti discrezionali, con le peculiari esigenze del giudizio su provvedimenti, emessi dalle citate Autorità Garanti. Per tali provvedimenti, infatti, l'evoluzione della giurisprudenza, in materia di sindacato sugli atti discrezionali, non può non incontrare una delimitazione almeno in parte diversa,

In altri termini, secondo tale impostazione se si consentisse agli organi giurisdizionali (privi della stessa *expertise* delle Autorità indipendenti) di esercitare un sindacato giurisdizionale rigoroso sull'attività delle Autorità stesse, si finirebbe per privare di concreta utilità la scelta del legislatore di ricorrere al modello dell'Amministrazione indipendente, come risposta "tecnica" apprestata dall'ordinamento a fronte delle esigenze pressanti esistenti in alcuni settori particolarmente sensibili della vita economica e sociale dello Stato.

Insomma, un atteggiamento della giurisprudenza che in dottrina è stato qualificato come di necessaria "deferenza" verso le Autorità indipendenti⁴³⁶.

Anche se non sono mancate voci contrarie, che hanno sottolineato la necessità della piena sottoposizione degli atti delle Autorità indipendenti al controllo giurisdizionale, valorizzando proprio l'assenza di una legittimazione democratica delle stesse⁴³⁷.

tenuto conto della specifica competenza, della posizione di indipendenza e dei poteri esclusivi, spettanti alle medesime Autorità".

⁴³⁶ V. in dottrina F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2000, pp. 469 ss.; R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità Antitrust*, cit.; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano 2003, pp. 175 ss..

L'atteggiamento di deferenza della giurisdizione verso l'attività delle Autorità indipendenti del resto trova un suo modello nella c.d. dottrina *Chevron*, elaborata nella giurisprudenza statunitense sull'attività delle agenzie amministrative. V. sul punto *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defence Council*, *Inx.* 467 U.S., 837 (1984), ove si afferma che "*when a court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute*".

Sulla dottrina *Chevron*, nell'elaborazione dottrinale tedesca v. il recente saggio di E. SCHMIDT-ARMANN, *Die Chevron-Doktrin auf dem Rückzug?: zur gerichtlichen Kontrolldichte im Umweltverwaltungsrecht der USA*, in *EurUP*, 2019, pp. 395 ss.

⁴³⁷ G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., part. p. 251; F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, cit.; F. FRACCHIA, C. VIDETTA, *La tecnica come potere*, in *Foro it.*, 2002, III, 497; V. CERULLI IRELLI, *Relazione al Convegno AREL "Quale Governance per le Autorità indipendenti"*, in V. CERULLI IRELLI, *Costituzione e Amministrazione. Documenti di un itinerario riformatore (1996-2002)*, Torino 2002, pp. 355 ss., part. p. 363 ove l'A. evidenzia che "gli atti delle autorità indipendenti, come quelli di qualsiasi soggetto od organo amministrativo dell'ordinamento, devono essere sottoposti al controllo giurisdizionale. E su questo non ci possono essere dubbi". Più recentemente, si v. F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e "preferenza di amministrazione"*, cit., il quale suggerisce la possibilità per il giudice amministrativo di sostituirsi alle Autorità indipendenti sulla base della teorica della c.d. discrezionalità esaurita, recentemente estesa dalla giurisprudenza anche a casi di discrezionalità tecnica, rilevando che "un compiuto svolgimento dell'istruttoria processuale sulla base delle allegazioni di parte e delle eventuali integrazioni disposte dal giudice, nonché facendo applicazione del principio di non contestazione, può, infatti, condurre ad un accertamento del fatto tale da ritenere concretamente azzerata la discrezionalità amministrativa"; A. POLICE, *I poteri sanzionatori "di regolazione" delle Autorità amministrative indipendenti tra legalità e giustiziabilità*, cit. pp. 185 ss..

E così nella giurisprudenza amministrativa, si è distinto tra “valutazioni tecniche complesse” che comportano un margine di opinabilità della soluzione prescelta, trattandosi di scienze inesatte, e “accertamento tecnico semplice” che consente di conoscere in modo univoco un determinato fatto, applicando conoscenze tecniche (ad esempio, la misurazione), e che perciò non è caratterizzato dalla opinabilità.

Dalla distinzione tra “accertamento tecnico semplice” e “valutazione tecnica complessa” la giurisprudenza ha fatto derivare conseguenze in punto di intensità di sindacato.

E così, l’accertamento tecnico, che implica l’utilizzo di conoscenze specialistiche suscettibili “di tradursi in una legge scientifica universale, caratterizzata dal requisito della certezza, nei limiti connaturati alle basi epistemologiche di ogni conoscenza”, dovrebbe poter essere sindacato pienamente dal giudice amministrativo, non incontrando alcun limite di sorta.

Al contrario, le “valutazioni tecniche complesse”, che implicano l’applicazione di una scienza o di una tecnica non assistite dalla qualità della certezza o della probabilità prossima alla certezza sono come tali opinabili; tuttavia, l’opinabilità non esclude la possibilità per il giudice di verificare, attraverso un controllo “intrinseco”, la correttezza delle operazioni tecniche “quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo”⁴³⁸.

Successivamente, dapprima in generale con riguardo ad attività connotate da discrezionalità tecnica, con risultati poi estesi all’attività delle Autorità indipendenti connotata da discrezionalità tecnica, è stata elaborata la distinzione tra “sindacato debole” cioè limitato al mero controllo della legittimità dell’atto, e segnatamente delle scelte tecnico-discrezionali, sotto i profili della ragionevolezza, della proporzionalità, della logicità⁴³⁹, e “sindacato forte”, cioè un sindacato più incisivo che consente al

⁴³⁸ Cons. St., 5.3.2001, n. 1247.

⁴³⁹ Per la distinzione tra “sindacato debole” e “sindacato forte” sulle valutazioni tecnico-discrezionali in generale si v. Cons. St., IV, 6.10.2001, n. 5287. Per l’applicazione della distinzione con riferimento al sindacato sugli atti delle Autorità indipendenti (e segnatamente, dell’AGCM) v. Cons. n. 2199/2002 cit. secondo cui “il sindacato del giudice amministrativo sull’attività discrezionale di natura tecnica, esercitata dall’Autorità antitrust, [è] un sindacato di tipo debole, che non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del “concetto indeterminato” all’operato dell’Autorità”. Il concetto di sindacato di tipo debole è stato poi ulteriormente precisato dal Consiglio di Stato (Cons. St., VI, 2.3.2004, n. 926), ove si precisa che “il sindacato del giudice amministrativo non è un mero sindacato di tipo estrinseco, ... ma è un sindacato intrinseco, che non incontra alcun limite con riguardo all’accertamento dei fatti oggetto di indagine” e che “con l’espressione sindacato “di tipo debole” la Sezione non ha inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, mediante il quale l’Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata”, ma ha “inteso porre solo un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed

giudice di accertare in modo autonomo i fatti rilevanti e sostituire il proprio giudizio a quello operato dall'Autorità⁴⁴⁰.

E l'esercizio di un sindacato di tipo forte è stato escluso in relazione alle "valutazioni tecniche complesse", cioè quelle valutazioni che implicano l'applicazione di norme che rinviando a "concetti giuridici indeterminati" e nelle quali non è chiara e netta la distinzione tra valutazione tecnica e opportunità amministrativa, rimessa alla competenza di una particolare articolazione della pubblica amministrazione, dotata di elevata qualificazione tecnica per la tutela di interessi primari. Tali valutazioni tecniche complesse restano pertanto riservate alla specifica amministrazione, potendo essere soggette soltanto ad un controllo giurisdizionale di logicità e ragionevolezza

aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere". In altri termini, secondo il Consiglio di Stato "il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di "contestualizzazione" della norma posta a tutela della concorrenza che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro "contestualizzato"".

⁴⁴⁰ La possibilità per il giudice di sostituirsi alle Autorità indipendenti nelle valutazioni tecniche, al di fuori dei casi di giurisdizione estesa al merito, sarebbe in questi casi possibile proprio perché si tratta di discrezionalità tecnica e non di discrezionalità amministrativa né di merito amministrativo.

Su questo punto si v. in dottrina S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità indipendenti*, cit., secondo cui quanto "la scelta è puramente tecnica, dunque non implica discrezionalità (perché non ci sono interessi da ponderare), ma mera valutazione (perché riflette l'incertezza derivante dall'applicazione di regole tecniche che lasciano aperto uno spazio di opinabilità)" non operano né il limite della separazione dei poteri né quello della mancata "legittimazione del giudice a sostituirsi alle scelte amministrative" e "dunque la definizione dell'ambito del sindacato del giudice va impostato in termini almeno in parte diversi".

In dottrina tedesca, sulla possibilità di esercitare il sindacato giurisdizionale sui concetti giuridici indeterminati con il limite della c.d. *Beurteilungsermächtigung*, e cioè dello spazio di valutazione circa la scelta finale riconosciuto dal legislatore all'amministrazione, v. E. SCHMIDT-ARMANN, *Die gerichtliche Kontrolle administrativer Entscheidungen im deutschen Bau- Wirtschafts- und Umweltverwaltungsrecht*, in J. SCHWARZE, E. SCHMIDT ARMANN (a cura di), *Das Ausmaß der gerichtlichen Kontrolle im Wirtschafts- Verwaltungs- und Umweltrecht. Vergleichende studien zur Rechtslage in Deutschland, Frankreich, Griechenland und in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden 1992, p. 30 ss.; ID, *Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1997, pp. 281 ss.; J.S. OSTER, *Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht*, Baden, 2010

In prospettiva comparatistica con l'esperienza tedesca in tema di intensità del sindacato giurisdizionale, anche con riguardo al diritto della regolazione, v. E. SCHMIDT-ARMANN, L. DE LUCIA, M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, cit., part. pp. 249 ss.

Su tali aspetti, in dottrina v. anche P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, in *Dir. amm.*, 1996, pp. 301 ss. il quale sottolinea che la "il concetto indeterminato, in quanto previsto dalla legge, costituisce criterio normativo ordinatorio alla stregua del quale il giudice può compiere una verifica della decisione amministrativa; ed a tale principio logico, prima ancora che giuridico, non si sottraggono neppure le norme che presuppongono o rinviando a valutazioni strettamente personali, tecnico scientifiche o su eventi futuri. L'affermazione di principio non esclude; tuttavia la possibilità che la legge attribuisca in via eccezionale all'autorità amministrativa anche il potere esclusivo di decidere sulla sussistenza in concreto della situazione descritta dalla norma"; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino 2016, part. p. 283 ss..

(sindacato “debole”, appunto), anche mediante l’ausilio di consulenze tecniche, senza tuttavia alcuna possibilità di sostituzione giurisdizionale della valutazione⁴⁴¹.

Soggetti ad un sindacato forte (sostitutivo) – in cui la giurisdizione è estesa al merito per espressa previsione legislativa, come visto – sono invece, secondo pacifica e consolidata giurisprudenza, anche europea, sorretta da unanime dottrina⁴⁴², i provvedimenti che irrogano sanzioni pecuniarie, in relazione alle quali “la tutela giurisdizionale deve essere riconosciuta in maniera piena, tenuto conto della vigenza, in materia di sanzioni pecuniarie, del principio di legalità, che tutela il diritto del privato a non subire imposizioni patrimoniali al di fuori dei casi previsti dalla legge (art. 23 della Costituzione)”⁴⁴³.

3.3. Le attuali tendenze della giurisprudenza sul controllo sugli atti delle Autorità indipendenti.

Ad oggi, sono riscontrabili due opposte tendenze giurisprudenziali.

Un prima tendenza è nel senso del progressivo rafforzamento del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti, che si atteggia pertanto a sindacato “intrinseco”, sulla base della considerazione che la scarsa intelligibilità, in gran parte fisiologicamente legata alla complessità tecnica dei criteri utilizzati, non può giustificare un indebolimento del sindacato giurisdizionale “che, anzi, in questi casi deve essere particolarmente approfondito” proprio “al fine di evitare che l’utilizzo della tecnica possa giustificare una forma di arbitrio nell’esercizio della regolazione”. In questi casi, il giudice deve operare “con gli occhi dell’esperto” e cioè riutilizzando le stesse regole tecniche impiegate dall’Autorità, e, in particolare deve valutare se, da un punto di vista tecnico-specialistico, la scelta dell’Autorità risulti attendibile e ragionevole “senza confondere il piano della difficile intelligibilità ... con quello della irragionevolezza o dell’inadeguatezza della motivazione”. In mancanza, e quindi in presenza di un sindacato soltanto estrinseco, in base ai canoni del senso comune, sarebbe forte “il rischio di sovrapporre, fino a farle coincidere, complessità ed

⁴⁴¹ In questo senso, v. anche Corte Cass., sez. un., 20.1.2014, n. 1013

⁴⁴² Sterminata la giurisprudenza CEDU, per cui si rinvia alla nota n. 352. In dottrina v. sul punto, oltre alla citata nota, F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, cit.; F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, cit..

⁴⁴³ Cons. St., n. 5287/2001 cit.

irragionevolezza, il rischio di ritenere, in altri termini, irragionevole e non adeguatamente motivato tutto ciò che sfugge alla immediata comprensione del profano”⁴⁴⁴.

Al giudice, in altri termini, è concesso un sindacato di c.d. attendibilità, nell’ambito del quale la valutazione tecnica complessa operata dall’Amministrazione indipendente è intangibile soltanto laddove ad un determinato problema tecnico opinabile (con particolare riguardo alla fase di c.d. “contestualizzazione” dei concetti giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti come accertati) l’Autorità abbia dato una determinata risposta che il giudice, all’esito di un controllo “intrinseco” (che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall’Amministrazione) ritenga rientrare nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto⁴⁴⁵.

E soprattutto nel settore antitrust – anche a fronte della giurisprudenza europea⁴⁴⁶ – si è posta l’esigenza della pienezza del controllo giurisdizionale, chiamato ad accertare non soltanto se una determinata decisione sia attendibile (ripercorrendo l’iter logico-giuridico seguito dall’Autorità e riutilizzando gli stessi parametri tecnicistici), ma anche a verificare se la soluzione prescelta dall’Autorità sia più o meno attendibile rispetto ad altre soluzioni possibili. In altri termini, il giudice amministrativo è chiamato a verificare la “maggiore attendibilità” dei provvedimenti dell’AGCM⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Cons. St., VI, 9.1.2016, n. 162 che osserva sul punto come la necessità di un sindacato intrinseco e forte rappresenti “una forma di garanzia non solo per il privato, ma anche e prima ancora per l’Autorità, onde evitare che scelte regolatorie supportate da una adeguata motivazione tecnica possano essere censurate solo perché risultano, se guardate dall’esterno, di difficile comprensione”.

Sulla pronuncia v. M. FILICE, *Verso un sindacato consapevole sulle valutazioni tecnico-discrezionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 684 ss.

⁴⁴⁵ E così, a titolo esemplificativo, nell’esercizio di un sindacato di tipo intrinseco e forte, a seguito di apposita verifica, il Consiglio di Stato (VI, 6.10.2020, n. 5889; VI, 30.10.2020, n. 6652) ha annullato i provvedimenti di ARERA in tema di valorizzazione degli sbilanciamenti di energia elettrica, ritenendo “intrinsecamente erroneo il modo di applicazione della disciplina vigente” basata sul presupposto che l’aumento dell’*uplift* – ossia del corrispettivo a carico della collettività per l’approvvigionamento delle risorse sul mercato del servizio di dispacciamento – dipendesse unicamente dagli sbilanciamenti operati dai *traders* sul mercato elettrico.

Per un approfondito esame del sindacato giurisdizionale esercitato sugli atti di ARERA v. F. CAPORALE, *L’uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell’ARERA*, cit. il quale sottolinea che “i poteri del giudice sono piuttosto ridotti per gli atti di regolazione a contenuto generale, più significativi per i provvedimenti puntuali e particolarmente ampi per le sanzioni”.

⁴⁴⁶ Corte Giust., 11.9.2014, C-382/12, *Mastercard e a.*, part. p. 155 ss.; Corte Giust., 8.12.2011, C-386/10, *Chalkor*; Corte Giust., 6.11.2012, C-199/11, *Otis NV*.

⁴⁴⁷ Il riferimento è all’importante pronuncia del Consiglio di Stato (VI, 15.7.2019, n. 4990), in cui, oltre a ripercorrere le dinamiche della discrezionalità tecnica e dei vari tipi di sindacato giurisdizionale che nel tempo si sono avvicinati, ha chiaramente affermato che “la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio,

Si passa perciò, almeno nel settore *antitrust* (ma con possibilità di estensione anche agli altri settori interessati dalla presenza di Autorità indipendenti⁴⁴⁸), dal sindacato di c.d. attendibilità al sindacato di c.d. maggiore attendibilità⁴⁴⁹. In tal senso, il provvedimento sarebbe inattendibile anche quando, pur rientrando in astratto all'interno del *range* di opinabilità del concetto giuridico indeterminato, sia meno ragionevole rispetto ad una soluzione tecnica diversa e alternativa.

Una seconda tendenza è invece nel senso di un ridimensionamento (in concreto) del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti che, nonostante l'utilizzo di espressioni e clausole di stile evocanti un tipo di controllo intrinseco e forte, si risolve, invece, in un vero e proprio "sindacato debole", limitato a vizi di illogicità estrinseca⁴⁵⁰.

quella del "mercato rilevante") è una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il tratto "libero" dell'apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l'opinabilità propria di talune valutazioni economiche", con la conseguenza che "la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile). Al sindacato (non sostitutivo) di "attendibilità" va dunque sostituito un sindacato pieno di "maggiore attendibilità"".

In dottrina su tale pronuncia si v. la nota di M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, cit.; nonché F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro*, intervento al convegno "Stato a diritto amministrativo tra presente e futuro", Parma 4.10.2019, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it; A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessione a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, cit.

⁴⁴⁸ Ed infatti, l'estensione dei risultati cui la giurisprudenza è giunta oltre il settore antitrust non sorprenderebbe affatto, anche in considerazione del fatto che proprio tale settore è stato interessato dalla prima giurisprudenza d'avanguardia che ha affermato la necessità di un sindacato intrinseco sugli atti dell'AGCM, con l'elaborazione di principi poi estesi anche all'attività delle altre Autorità indipendenti.

Sottolinea chiaramente tale ruolo centrale del settore antitrust per l'evoluzione del sindacato sugli atti delle Autorità indipendenti A. LALLI, *Indipendenza e controllo giurisdizionale*, cit. part. pp. 158 e 159; ID, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, cit.. Più recentemente, su tali aspetti v. S. DE NITTO, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, cit., pp. 209 ss.

⁴⁴⁹ In senso critico su tale sindacato di maggiore attendibilità S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità indipendenti*, cit, che distingue tra sindacato di attendibilità, che caratterizza "il giudizio sì/no" (attendibile/non attendibile) e il sindacato di maggiore attendibilità, che caratterizza "il giudizio più/meno" (più attendibile/meno attendibile) "vi è un passaggio che non stravolge la natura del rapporto giudice/amministrazione, ma che cambia qualitativamente il rapporto tra giudice e ausiliario tecnico, consulente o verificatore, marginalizzando il primo oltre i limiti in cui la sua decisione possa essere considerata consapevole e sorretta da una base legittimante". Ed ancora, secondo l'A. "la questione del limite dell'intensità del sindacato, alla luce delle nuove acquisizioni giurisprudenziali sul sindacato pieno, non è scontata, ma ... non può troppo facilmente essere liquidata nel senso che si sia spostato il punto di equilibrio del rapporto tra amministrazione e giudice. Se ciò è accaduto, le ragioni esposte inducono a considerare che lo spostamento sia andato oltre il limite sino al quale in giudice si può e si deve spingere e che, valutando comparativamente il grado di attendibilità della scelta compiuta, il giudice si sia introdotto in un ambito riservato all'amministrazione".

⁴⁵⁰ Si v. ad esempio Cons. St., VI, 23.9.2019, n. 6315; Cons. St., VI, 29.5.2018, n. 3197; Cons. St., VI, 2.7.2015, n. 3291 secondo cui delimitazione della nozione di mercato rilevante, la relativa estensione e definizione "spetta all'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella singola

In questi casi, come osservato in dottrina, si evidenzia pertanto una “diffusa discrasia tra le affermazioni di principio addotte per giustificare un certo tipo di intervento e la concreta modalità con cui viene esercitato il sindacato giurisdizionale: è una discrasia, che, d’altra parte, appare strettamente riconducibile al fatto che la stessa prospettazione (teorica) di un sindacato intrinseco non è quasi mai accompagnata dal ricorso agli strumenti istruttori, risolvendosi generalmente in un controllo di natura documentale e sulla logicità della motivazione”⁴⁵¹.

L’ampiezza e l’intensità del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti - che deve tendere come visto non al mero controllo formale ed estrinseco dell’*iter* logico seguito, bensì alla verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro coerenza e correttezza, quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo - trova tuttavia un limite, che non può in alcun modo superato (e che riguarda l’attività amministrativa delle Amministrazioni pubbliche in generale): il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell’esercizio del potere da parte dell’Autorità debba essere ritenuta corretta, sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della concorrenza e infine nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato⁴⁵².

fattispecie, all'esito di una valutazione non censurabile nel merito da parte del giudice amministrativo, se non per vizi di illogicità estrinseca”; Cons. St., VI, 27.4.2020, n. 2674: “quanto all’ambito e ai limiti del sindacato giurisdizionale, il giudice amministrativo, in relazione ai provvedimenti dell’AGCOM, esercita un sindacato di legittimità che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall’Autorità risulti immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate, mentre, laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all’Antitrust nella definizione di tali concetti, se questa sia attendibile secondo la scienza economica e immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici e da vizi di violazione di legge”.

⁴⁵¹ A. MOLITERNI, *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, cit., p. 27.

In dottrina si è criticato anche il “timido” utilizzo dei mezzi istruttori da parte del giudice amministrativo. V. sul punto A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Milano 2019, p. 272; ID, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, pp. 558 ss.; ID, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. app.*, 1997, pp. 1263 ss.; F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d’ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, Milano 2001, pp. 913 ss.; e, con specifico riguardo al contenzioso sugli atti delle Autorità indipendenti S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità indipendenti*, cit. che avverte come “quando i saperi in gioco non hanno natura solo giuridica, la poca disponibilità del giudice ad utilizzare il supporto che esperti possano offrire rischia di rendere affermazioni di principio poco rispondenti alla realtà processuale”; F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e “preferenza di amministrazione”*, cit.

⁴⁵² Pacifica la posizione della giurisprudenza sul punto. V. recentemente, Cons. St. VI, 26.1.2022, n. 538; v. anche Cons. St., VI, 5.8.2019, n. 5559: non è consentito al Giudice amministrativo “in

3.4. Considerazioni critiche.

Dunque, in definitiva, sotto il profilo del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti non è dato rinvenire un andamento univoco della giurisprudenza, che a volte opera un sindacato intenso sulle valutazioni tecniche complesse operate dalle Autorità, altre volte si limita ad un controllo di ragionevolezza sull'operato delle stesse, confinandosi (e confortandosi) dietro l'indubbia competenza altamente specialistica di cui le Autorità sono portatrici e non sfruttando a pieno gli strumenti istruttori che nel processo amministrativo sono a disposizione degli organi giurisdizionali per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale.

L'atteggiamento ancora talvolta cauto e "timido" della giurisprudenza non può non destare perplessità, sia per ragioni di carattere ordinamentale che per ragioni di effettività della tutela giurisdizionale.

Sotto il primo profilo, si è già evidenziata l'importanza del controllo giurisdizionale sull'operato di organismi che, privi di legittimazione rappresentativa, esercitano incisivi poteri sulla base di deleghe che potremmo quasi definire "in bianco". Dunque, sotto tale aspetto, un controllo giurisdizionale forte vale a fondare (o meglio, a compensare *ex post*) l'esercizio delle varie competenze delle Autorità, fungendo da "valvola di sfogo" del sistema, almeno laddove il fondamento dei singoli poteri non trovi la propria base legale anche nel diritto europeo.

Quanto al secondo profilo, limitare il controllo giurisdizionale ai soli profili esterni di ragionevolezza e proporzionalità senza indagare sulla effettiva intrinseca correttezza delle valutazioni tecniche complesse operate dalle Autorità comporta una perdita di effettività della tutela dal punto di vista degli operatori del settore, che spesso vedono incise le proprie situazioni soggettive protette (sulla cui qualificazione in termini di diritti soggettivi ovvero di interessi legittimi il dibattito dottrinale non è ancora sopito⁴⁵³) sulla base di poteri esercitati non soltanto in virtù di attribuzioni legislative (seppur vaghe ed ampie), ma anche implicitamente ricavati dal sistema⁴⁵⁴. Poteri che a volte si manifestano attraverso l'adozione di provvedimenti fortemente

coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali".

⁴⁵³ Per tali aspetti, si v. P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit.

⁴⁵⁴ Sui poteri impliciti riconosciuti dalla giurisprudenza in capo alle Autorità indipendenti v. ampiamente nota n. 258.

pregiudizievoli, talvolta in grado addirittura di determinare la fuoriuscita degli operatori dai mercati regolati.

In questi casi, un atteggiamento remissivo della giurisdizione finisce per rendere le Autorità sostanzialmente irresponsabili del loro operato; e di tale irresponsabilità finirebbero per pagarne le conseguenze in ultima istanza proprio i soggetti che dal complesso delle attività delle Autorità indipendenti dovrebbero trarne beneficio (!).

Dunque, un atteggiamento deferente della giurisdizione non è auspicabile né per le conseguenze di sistema che esso comporta, né tantomeno per le conseguenze pregiudizievoli che ne deriverebbero in capo agli operatori del settore.

Anche in questo caso non si può non rilevare – come per altri aspetti delle problematiche che le Autorità indipendenti pongono – un paradosso: mentre il concetto di discrezionalità tecnica, come visto, è stato elaborato (almeno in una fase iniziale) per affrancare taluni atti amministrativi dal sindacato giurisdizionale, nel caso degli atti delle Autorità indipendenti, la connotazione tecnica (non solo delle Autorità stesse ma anche) delle valutazioni dalle stesse compiute impone un rafforzamento del controllo giurisdizionale, non potendo in alcun modo essere utilizzato come espediente per eludere un sindacato giurisdizionale pieno ed intenso.

Anche in questo caso, quindi, è evidente come il ragionamento intorno alle Autorità indipendenti mostri una certa riluttanza ad essere svolto secondo i canoni generali.

4. Le Autorità indipendenti ricorrenti: la speciale legittimazione *ex lege* a ricorrere di alcune Autorità indipendenti. Verso una giurisdizione di tipo oggettivo?

Si è accennato nei precedenti capitoli che il legislatore ha attribuito ad alcune Autorità indipendenti, al fine di garantire il perseguimento dell'interesse pubblico di cui portatrici, non soltanto poteri di natura sostanziale (di carattere normativo e amministrativo), ma anche poteri di natura processuale, prevedendo speciali ipotesi di legittimazione straordinaria ad agire in giudizio innanzi al giudice amministrativo in veste di ricorrenti⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ Si tratta, in particolare, delle ipotesi di legittimazione a ricorrere previste *ex lege* in capo all'AGCM dall'art. 21-bis della l. n. 287/90 (introdotto dall'art. 35, d.lgs. n. 201/11, conv. in l. n. 214/11) “contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”, necessariamente preceduta dall'espressione di apposito parere dell'Autorità (Tar Lazio, II, 6.5.2013, n. 4451); in capo all'Autorità di regolazione dei trasporti innanzi al Tar Lazio (art. 36, 2° co., lett. n), d.l. n. 1/12, conv. in l.n. 27/12),

In verità, l'attribuzione alle Autorità indipendenti del potere processuale di agire in giudizio per l'impugnazione degli atti adottati dalle pubbliche Amministrazioni in contrasto con le normative di settore a tutela dell'interesse pubblico specifico perseguito dalle prime (specialmente nel settore dei contratti pubblici) ha sollecitato in dottrina riflessioni non soltanto sulle conseguenze derivanti sotto il profilo della natura soggettiva o oggettiva della giurisdizione amministrativa – sui cui ampiamente *infra* – ma anche sulle possibili frizioni sistemiche che tali speciali legittimazioni a ricorrere, unitamente agli altri poteri attribuiti alle Autorità (e segnatamente, ai poteri di controllo e vigilanza e ai poteri sanzionatori), determinano sull'azione dell'Amministrazione pubblica in generale, rappresentando un freno e un ostacolo all'agire dei funzionari pubblici che, soprattutto nel settore dei contratti pubblici, sarebbero indotti a non “fare” piuttosto che ad agire assumendo il rischio di commettere (incolpevolmente) errori, di cui potrebbero essere chiamati a rispondere in sede penale, contabile, e, per quanto interessa, nell'ambito di un giudizio di legittimità sugli atti adottati promosso dall'Autorità indipendente deputata alla regolazione del settore⁴⁵⁶.

ma soltanto in ordine ad atti generali e particolari adottati da enti locali in ordine alla gestione del servizio taxi (art. 36, 2° co, lett. m, d.l. cit.).

Più recentemente, il legislatore ha riconosciuto una speciale legittimazione a ricorrere in capo all'ANAC (art. 211, co. 1 bis, d.lgs. n. 50/2016, aggiunto dall'art. 52-ter d.l. n. 50/2017, conv. modif. l. n. 96/2017; c.d. ricorso diretto) per l'impugnazione “*dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*”, nonché per l'impugnazione dei provvedimenti delle stazioni appaltanti che non si siano conformate al parere dell'ANAC circa le “gravi violazioni” ovvero i vizi di legittimità che inficiano i provvedimenti stessi (art. 211, co. 1-ter d.lgs. n. 50/2016 e succ. modif.; c.d. ricorso previo parere). L'ANAC ha adottato il regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, co. 1-bis e 1-ter (delibera ANAC 13.6.2018), specificando le “fattispecie legittimanti” al ricorso in entrambe le ipotesi.

Ma ancor precedentemente, speciali legittimazioni ad agire in giudizio (ma innanzi al giudice ordinario) erano già previste dal T.U.F. (d.lgs. n. 58/1998) in capo alla Banca d'Italia e alla Consob dagli artt. 14, 7° co., art. 62, art. 110, 1° co., art. 121 6° co. e art. 157 2° co. con cui sono state legittimate ad impugnare le deliberazioni delle società vigilate adottate in violazione di alcune disposizioni sul diritto di voto in materia di intermediazione finanziaria.

Sul punto, v. B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, cit. che evidenzia la diversità tra la legittimazione ad agire di Banca d'Italia e quella riconosciuta all'AGCM, rientrando la prima comunque “*nello schema del processo tra una parte pubblica e una privata, con la particolarità che a ricorrere è la prima*”.

⁴⁵⁶ In dottrina, per un'analisi di tali aspetti, v. M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2019, pp. 61 ss., ove si evidenzia che “*l'intensificazione dei controlli non si rileva necessariamente efficace e, al contrario, alimenta resistenza nell'agire dell'amministrazione. La vita quotidiana delle singole amministrazioni mostra come l'eccesso di regolazione, di controlli, d'attività richiesti possa rappresentare un nuovo ostacolo in grado di irrigidire, rallentare e infine peggiorare il funzionamento dell'amministrazione*”; ed ancora, “*l'amministrazione sotto il peso del carico di controlli e del timore di compiere errori e di essere perciò sanzionata finisce per non decidere o soprassedere alle istanze*”.

Sempre nella stessa prospettiva v. anche S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2019, pp. 293 ss. ove si osserva che “*una parte consistente del diritto amministrativo (e del diritto penale amministrativo) mira a contrastare il rischio che il funzionario*

In disparte tali importanti considerazioni, con specifico riguardo alle possibili ricadute sulla natura della giurisdizione, ciò che in questa sede merita di essere rilevato è che nei casi di attribuzione legislativa di una speciale legittimazione a ricorrere innanzi al giudice amministrativo in favore delle Autorità indipendenti il processo amministrativo viene a rappresentare uno strumento di cura (accanto a quelli di diritto sostanziale) di interessi pubblici che si assumono lesi nelle fattispecie concrete.

È questo il secondo profilo problematico del rapporto tra Autorità indipendenti e giurisdizione, che comporta (secondo alcuni) importanti conseguenze con riferimento ad alcune caratteristiche fondamentali del processo amministrativo, e segnatamente al carattere soggettivo dello stesso.

Ed infatti, l'impianto processuale amministrativo è stato costruito come giudizio a tutela di situazioni giuridiche protette, aventi in generale consistenza di interesse legittimo e, nelle particolari ipotesi di giurisdizione esclusiva, di diritto soggettivo; e non come giudizio volto al ripristino della legalità violata. La giurisdizione amministrativa è perciò una giurisdizione di carattere soggettivo, ancorata alla sussistenza delle condizioni dell'azione (legittimazione a ricorrere e interesse a

amministrativo assuma, colposamente o dolosamente, decisioni o condotte orientate alla soddisfazione di un interesse particolare, proprio o altrui, in luogo dell'interesse collettivo al cui perseguimento quelle decisioni o condotte dovrebbero indirizzarsi", mentre "molto più trascurata è invece una diversa preoccupazione, relativa al rischio che il funzionario amministrativo non assuma decisioni o condotte utili alla realizzazione dell'interesse pubblico, e ne assuma invece altre, o resti inerte, per timore che da quelle scelte possano derivare disutilità individuali e, in particolare, perdite a proprio carico, connesse ...[n.d.r. ad un] collaudato sistema di controlli e sanzioni". Si tratta di quella che gli A. denominano "amministrazione difensiva" che indica "una distorsione delle scelte dell'amministrazione indirizzate all'autotutela rispetto ai rischi, sia patrimoniali che non, conseguenti all'analisi del funzionamento dell'azione dell'amministrazione pubblica italiana".

Del resto, non si può non osservare come siano state proprio tali considerazioni a spingere il legislatore recentemente (d.l. 16.7.2020, n. 76, conv. l. 120/2020) al fine di rendere più fluida e responsabile l'attività dei pubblici funzionari, oggi spesso indotti all'inerzia per timore dell'esercizio da parte delle procure penale dell'azione penale e delle procure contabili dell'azione di responsabilità amministrativa, a modificare la disciplina contenuta nel codice penale (art. 323, modif. dall'art. 23 n. 76/2020 conv. l. n. 120/2020) in ordine al reato di abuso d'ufficio (restringendolo soltanto alle ipotesi di condotte poste in essere "in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità" ed escludendo dunque l'integrazione del reato con riferimento a condotte poste in essere nell'esercizio di un potere discrezionale da parte dell'Amministrazione), nonché a modificare la disciplina dell'azione erariale (art. 1, l. 14.1.1994, n. 20, modif. dall'art. 21, d.l. n. 76/2020 conv. l. n. 120/2020), limitandola (seppure con previsione transitoria, e cioè fino al 30.6.2023) ai soli "casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta" purché si tratti di condotta commissiva ("la limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente") ed escludendola, quindi, per i casi in cui la condotta commissiva sia caratterizzata da colpa del soggetto agente.

Sotto tali profili, dunque, attribuire alle Autorità indipendenti – e segnatamente all'ANAC – il potere processuale di ricorrere innanzi al giudice amministrativo avverso atti ritenuti in contrasto con la normativa di settore finisce per rappresentare un ostacolo ulteriore all'azione (e una causa ulteriore all'inerzia) dei funzionari delle pubbliche amministrazioni.

ricorrere) e governata dal principio c.d. dispositivo, per cui è onere della parte che agisce in giudizio provare la fondatezza della propria pretesa⁴⁵⁷.

I caratteri di tale giurisdizione di tipo soggettivo sono stati chiaramente indicati dalla dottrina, che ha evidenziato che “per mettere in moto il processo occorre che un soggetto (“individui o enti morali giuridici”, persona fisica o persona giuridica o altre entità soggettivate) eserciti l'azione (“il ricorso”) accampando di essere titolare di una situazione soggettiva protetta (diritto o interesse legittimo), situazione di cui esso abbia la disponibilità, e della quale chiede la tutela nel proprio interesse, lamentando l'ingiusto sacrificio subito per effetto dell'esercizio (o del non esercizio) del potere amministrativo in un caso concreto; sacrificio al quale il provvedimento richiesto al giudice, tra quelli previsti dall'ordinamento, possa rimediare (producendo al ricorrente un vantaggio praticamente perseguibile): legittimazione e interesse ad agire. A tal fine, il soggetto è tenuto a predisporre (ne ha l'onere) i mezzi e le modalità della tutela consentiti e ritenuti nella sua valutazione come necessari a conseguire il risultato agognato attraverso il processo”⁴⁵⁸.

E anche la giurisprudenza considera il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa come un dato ormai acquisito⁴⁵⁹.

Dunque, riconoscere ad alcune Autorità indipendenti (autorità amministrative, come visto) il potere di agire in giudizio avverso atti di altre amministrazioni pubbliche, a tutela non di situazioni giuridiche protette (diritti soggettivi/interessi legittimi) di cui sono portatrici, ma per la cura di un determinato interesse pubblico

⁴⁵⁷ Sui caratteri della giurisdizione amministrativa e sulle condizioni dell'azione v. V. CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016, part. pp. 118 ss. e pp. 127 ss.; F. FRANCARIO, M. A. SANDULLI (a cura di), *Profili soggettivi e oggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli 2017, e ivi F. FRANCARIO, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, pp. 1 ss.; M. A. SANDULLI, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa: il confronto*, pp. 339 ss., M. C. ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli 2013. Sulla distinzione tra contenzioso di diritto oggettivo e contenzioso di diritto soggettivo, v. anche A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I e II, Padova 2000 e 2001, e part. vol. I, pp. 289 ss., ove l'A., dopo aver fornito un analitico esame della tematica con riguardo all'esperienza francese, afferma che la “distinzione fra contenzioso di diritto oggettivo e contenzioso di diritto soggettivo non è proponibile nel nostro sistema di giustizia amministrativa, che è sempre giurisdizione di diritto soggettivo, cioè indirizzata alla tutela di situazioni giuridiche soggettive (siano esse di diritto soggettivo o di interesse legittimo)” (p. 296).

Nella dottrina classica v. E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova 1954; M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma 1960; ID, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.* 1963, pp. 522 ss. ora in *Scritti*, V, Milano 2004, pp. 223 ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1960; E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano 1964; A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, pp. 635 ss.; ID, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 1989, pp. 511 ss..

⁴⁵⁸ Ancora V. CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, cit., p. 119

⁴⁵⁹ Cons. St., Ad. plen. 25.2.2014, n. 9; 7.4.2011, n. 4; 10.11.2008, n. 11

alla cui cura sono preposte parrebbe porsi in contrasto con l'impianto soggettivo del processo amministrativo, conducendolo verso tendenze "oggettivizzanti".

E sul punto vivace è il dibattito in dottrina.

Da una parte, vi è chi ritiene che tali eccezionali ipotesi di legittimazioni *ex lege* a ricorrere si porrebbero in contrasto con il modello di giurisdizione amministrativa delineato dalla Costituzione (art. 103) di stampo soggettivo, per la tutela di diritti soggettivi e interessi legittimi (sussistenti in concreto), evidenziando che "il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui agli artt. 24 e 113 Cost. ... si spiega sul piano strutturale e funzionale solo se (e sempre che) si parta dal presupposto che il processo serva a proteggere i singoli anziché ad attuare la legalità in termini generali e assoluti" e cioè che il processo "tutela l'intera situazione soggettiva in modo pieno, ma solo quella". Detta dottrina, quindi, ritiene che le speciali ipotesi di legittimazione *ex lege* a ricorrere delle Autorità indipendenti rappresentino delle vere e proprie ipotesi di c.d. giurisdizione oggettiva: non si potrebbe infatti ascrivere l'interesse di cui le stesse sono portatrici alla categoria di un "interesse legittimo in senso proprio", a pena di rendere evanescente lo stesso concetto di interesse legittimo⁴⁶⁰. E dunque, detta dottrina al fine di salvare le norme che attribuiscono alle Autorità indipendenti la legittimazione a ricorrere da vizi di incostituzionalità, ne suggerisce una interpretazione costituzionalmente orientata, evidenziandone il carattere della eccezionalità.

Altra dottrina, a fronte dell'impossibilità di riconoscere in capo alle Autorità indipendenti un proprio "interesse legittimo", evidenzia come si sia in presenza di una "crisi del concetto di legittimazione sostanziale" che deriva, tra l'altro, dal riconoscimento legislativo di speciali legittimazioni a ricorrere ad Autorità amministrative (anche indipendenti) per la tutela di interessi di natura pubblica, per il superamento della quale occorrerebbe elaborare una concezione processuale della legittimazione a ricorrere, slegata dal collegamento sul piano sostanziale con l'esistenza nel concreto di un interesse legittimo, che consentirebbe di superare il

⁴⁶⁰ È questa la tesi di F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, pp. 107 ss.. Secondo l'A., comunque, l'AGCM potrebbe agire in giudizio soltanto per il perseguimento dello specifico interesse pubblico alla tutela della concorrenza, e non per la tutela di altri interessi pubblici di cui siano portatrici altre amministrazioni. Si tratterebbe, perciò, di un interesse generale di contenuto delimitato.

rapporto tra regola (legittimazione sostanziale) ed eccezione (legittimazione speciale *ex lege*)⁴⁶¹.

Altra dottrina ancora, al fine di riportare le ipotesi di legittimazione *ex lege* a ricorrere nei canoni del processo soggettivo, percorre una diversa strada, e cioè quella del riconoscimento della consistenza di interesse legittimo della situazione legittimante il ricorso delle Autorità indipendenti⁴⁶². In base a tale ricostruzione dottrinale, quindi, a fronte della “soggettivizzazione” dell’interesse di cui le Autorità indipendenti sarebbero portatrici, non sussisterebbe alcun profilo di contrasto con il modello di giurisdizione amministrativa delineato dalla Costituzione.

Entrambe tali tesi dottrinali sono criticate da altra dottrina, che evidenzia come le disposizioni della Costituzione dedicate alla giurisdizione amministrativa non contengano una riserva di “giurisdizione soggettiva”, non essendo esclusa la possibilità che in determinati casi il giudice amministrativo possa conoscere della tutela di interessi generali. In tali casi, piuttosto che di giurisdizione c.d. oggettiva si dovrebbe correttamente parlare di c.d. legittimazione oggettiva, restando il processo

⁴⁶¹ S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: un’analisi alla luce della dicotomia giurisdizione soggettiva/giurisdizione oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 602 ss., la quale osserva come la qualificazione della legittimazione in termini sostanziali, come titolarità effettiva dell’interesse legittimo “*determina inevitabilmente la mancata corrispondenza tra la sua ricostruzione teorica come condizione dell’azione nel processo amministrativo e la realtà delle molteplici fattispecie giurisprudenziali e normative*” che hanno introdotto speciali legittimazioni a ricorrere, con la conseguente “*difficoltà per la nozione tradizionale di legittimazione al ricorso di uniformarsi a sistema, e di garantire la sussunzione al suo interno di tutte le ipotesi speciali di accesso al giudizio amministrativo che, come per ... i casi di legittimazione ex lege, siano state introdotte e previste a prescindere dall’esistenza nel concreto della titolarità di un interesse legittimo*”. E così, secondo l’A., la legittimazione a ricorrere dovrebbe essere intesa soltanto nel suo senso processuale, come “*potere d’azione fondato sulla posizione legittimante ... che gli conferisce il potere di azione per la tutela di un interesse riconosciuto in astratto come meritevole di protezione dall’ordinamento giuridico*” e che “*presuppone ... la mera affermazione da parte del ricorrente circa la titolarità dell’interesse di cui si invoca la tutela*”, mentre “*la valutazione circa l’effettiva titolarità di tale interesse, e la conseguente sua tutela nel concreto, sarà poi questione da decidere nel merito in quanto oggetto del giudizio*”.

⁴⁶² M. A. SANDULLI, *Introduzione ad un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell’AGCM nell’art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in *www.federalismi.it*, 2012, la quale collega la legittimazione *ex lege* alla tutela di un interesse proprio dell’Autorità rapportandola ad un interesse legittimo: “*la lesione di un interesse personale, specifico e qualificato è a mio avviso riconoscibile in capo ad un soggetto istituito per la garanzia di un determinato interesse pubblico, nell’ipotesi di violazione delle regole poste, da esso o da altri, a tutela di tale interesse*”. Ed ancora, con riferimento alla legittimazione a ricorrere *ex lege* dell’AGCM, l’A. evidenzia che l’AGCM è “*per legge l’affidataria dell’interesse alla concorrenza, sicché è effettivamente portatrice di un interesse sostanziale protetto dall’ordinamento (nella specie, nella forma dell’interesse legittimo), che si soggettivizza in capo ad essa e ne riceve immediata lesione anche nel caso degli atti a contenuto normativo o generale*”. Ma, nello stesso senso, v. anche R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere della legittimazione a ricorrere dell’AGCM*, in *www.giustamm.it*, 2012, che fa riferimento alla “*soggettivazione per legge di un interesse giuridicamente rilevante*”.

comunque governato dal principio dispositivo ed essendo comunque caratterizzato da connotati marcatamente soggettivistici⁴⁶³.

⁴⁶³ È la tesi di V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, cit., pp. 341 ss., che chiaramente afferma come "è la tutela dei cittadini nei confronti del potere pubblico che la Costituzione vuole assicurare mediante norme incisive e cogenti. Ma questa chiara impostazione delle norme costituzionali, non si può tradurre in un divieto posto al legislatore di prevedere casi di legittimazione "oggettiva" (cioè a tutela di interessi generali piuttosto che a tutela di situazioni soggettive protette) e finanche casi di giurisdizione "di diritto oggettivo". In materia di giurisdizione sussiste riserva di legge, non riserva di Costituzione".

Allo stesso modo, parla di casi di "legittimazione oggettiva" piuttosto che di "giurisdizione oggettiva" A. MASSERA, *"Giustizia nell'amministrazione" e "ingiustizie amministrative" tra passato e presente*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2020, pp. 33 ss., secondo cui nelle ipotesi in esame "il processo amministrativo non cambia natura e non acquista i caratteri del processo «a contenuto oggettivo», perché non si deroga al principio della domanda fondamento del processo di parti".

Nello stesso senso v. anche M.C. ROMANO, *Crisi della distinzione tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella prospettiva dell'Unione europea*, cit., che in particolare indaga la problematica da un punto di vista comparatistico e tenendo conto delle influenze provenienti dal diritto europeo. In particolare, l'A., sviluppando la tesi di Cerulli Irelli, evidenzia come "legittimazione straordinaria e giurisdizione di diritto oggettivo non costituiscono ... un binomio obbligato, potendosi dare ipotesi di legittimazione straordinaria nell'ambito del modello di giurisdizione soggettiva". In particolare, la legittimazione straordinaria a ricorrere riconosciuta ex lege ad alcune Autorità indipendenti, secondo tale tesi dottrinale, svolgerebbe una "funzione di enforcement delle regole (della concorrenza, o di quelle che presidiano le procedure di gara)", svolgendo di volta in volta "un ruolo alternativo, rafforzativo o anticipatorio"; e sul punto l'A. evidenzia che "la legittimazione straordinaria dell'Antitrust ... si aggiunge a quella delle imprese, con funzione rafforzativa della tutela, nel caso di impugnazione di provvedimenti puntuali contrastanti con le regole sulla concorrenza; invece, nel caso dell'impugnazione di regolamenti o atti amministrativi generali, svolge un ruolo anticipatorio della tutela, in quanto l'assenza dell'immediata lesività dell'atto impugnato impedirebbe la configurazione dell'interesse ad agire in capo alle singole imprese". E, comparando l'esperienza italiana con quella europea, l'A. giunge ad affermare che "questa ipotesi recente di legittimazione ex lege costituiscono una variante nazionale delle tecniche di enforcement ampiamente impiegate nel sistema giurisdizionale europeo, che ... da subito ha fatto un uso strumentale della legittimazione ad agire per conseguire l'effetto diretto e il primato del diritto comunitario". Resta secondo l'A. il dubbio circa l'eventualità che tali ipotesi di legittimazione ex lege in capo alle pubbliche amministrazioni comportino uno "sconfinamento in attività riservate alle pubbliche amministrazioni", e cioè ad una "amministrativizzazione della funzione giurisdizionale" in quanto in tali casi il giudice amministrativo è chiamato non già a offrire soddisfazione ad una pretesa del ricorrente leso da un provvedimento dell'amministrazione ma a "sopperire a inefficienze della pubblica amministrazione nella cura degli interessi a essa affidati". Per tali aspetti, v. anche ID, *Oggettivizzazione della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania. Impulsi europei. Riflessioni comparative e punti di convergenza*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Milano 2017, pp. 159 ss.. Per un'analisi comparatistica della tematica della legittimazione a ricorrere innanzi al giudice amministrativo in Italia e in Germania v. E. SCHMIDT-ARMANN, L. DE LUCIA, M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizione amministrativa in Germania e in Italia*, cit.

Ma nello stesso senso v. anche M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, cit.; M. RAMAJOLI, *Il potere d'azione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, 2018, pp. 83 ss., part. p. 94; nonché ID, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, cit. pp. 147 ss.; L. BELVISO, *La legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti: un ritorno all'oggettività del giudizio amministrativo?*, in Riv. reg. merc., 2019, pp. 245 ss.; secondo cui "il processo amministrativo, là dove prend[e] vita su impulso delle autorità amministrative indipendenti, riman[e], immutato nelle proprie regole di stretta procedura, un "processo di parti" (p. 270).

Sembrerebbero aderire a tale filone dottrinale anche E. ROMANI, *La legittimazione straordinaria dell'ANAC: un frammento di giurisdizione oggettiva nel processo di parti. Riflessioni a margine del parere del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 1119*, in Dir. proc. amm., 2019, pp. 261 ss., che ritiene la legittimazione straordinaria ex lege dell'ANAC "un'ulteriore modalità di tutela dell'interesse generale alla lotta alla corruzione, volta a completare gli strumenti posti a presidio del potere di

In tale ottica, parte della dottrina osserva che le critiche sollevate circa le tendenze oggettivizzanti che il processo amministrativo subirebbe in ragione dell'attribuzione in via legislativa del potere di azione processuale in capo alle Autorità indipendenti dovrebbe correttamente essere ridimensionato alla luce della corrispondenza tra l'interesse pubblico di cui le Autorità sono portatrici e le posizioni soggettive di cui sono titolari gli operatori del settore. In questo senso, pertanto, la tutela processuale dell'interesse pubblico – mediante la proposizione del ricorso – comporterebbe altresì la tutela delle posizioni soggettive delle imprese e degli operatori economici⁴⁶⁴.

Anche la giurisprudenza è oscillante sul punto.

A fronte di pronunce in cui si afferma che la norma attributiva della legittimazione a ricorrere “lungi dall'introdurre una ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo, in cui l'azione giurisdizionale mira alla tutela di un interesse generale e non di situazioni giuridiche soggettive di carattere individuale, che porrebbe problemi di compatibilità specie con l'art. 103 Cost. ... delinea piuttosto un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad

vigilanza di ANAC, e che giustifica — proprio per la presenza di particolari interessi superindividuali riconducibili al generale interesse alla legalità dell'ordinamento — la previsione di ipotesi di giurisdizione oggettiva, che incidono esclusivamente sulla natura dell'interesse fatto valere ma non modificano l'impianto processuale del giudizio di parti”; nonché N. PICA, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, pp. 807 ss., che, con specifico riferimento all'AGCM, osserva che “l'istituto della legittimazione al ricorso dell'AGCM ex art. 21-bis, l. n. 287/1990 mostra ... come il processo possa anche configurare uno strumento mediante cui realizzare l'interesse pubblico (nella specie quello alla concorrenza e al corretto funzionamento del mercato), senza che ne risulti vulnerata la garanzia delle posizioni soggettive”; ciò in quanto “la legittimazione ex lege a tutela dell'interesse pubblico non incide sulla connotazione soggettivistica che sempre più caratterizza la giurisdizione amministrativa, né incontra un ostacolo nei valori costituzionali”.

Dunque, regole processuali differenti (di impianto oggettivo) per una giurisdizione che resta di tipo soggettivo.

Parla di “modelli processuali differenziati” che “derogando a quello ordinario, si prestano ad una migliore garanzia di determinati interessi generali rispetto ad un sistema strutturato sulle posizioni soggettive delle parti”, A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, cit.. L'A. ha evidenziato tre caratteri che denotano tali modelli processuali differenziati, creati talvolta dal legislatore talaltra dalla giurisprudenza (come ad esempio in ordine alla legittimazione a ricorrere riconosciuta dalla giurisprudenza alle associazioni e ai comitati che siano portatori di interessi rilevanti ed omogenei per una pluralità di individui): i) l’“esigenza di tutela di un interesse pubblico sensibile” in quanto “ritenuto meritevole di particolare protezione da parte dell'ordinamento” e che come tale giustifica “un modello processuale differenziato e rivolto direttamente alla sua tutela, piuttosto che a quella della pretesa della parte”; ii) la presenza in capo al giudice amministrativo di poteri “diversi e ulteriori a quelli ordinari ad esso conferiti”; iii) la legittimazione a ricorrere che contempla appunto ipotesi peculiari di legittimazione *ex lege*.

⁴⁶⁴ In questo senso in dottrina v. M.C. ROMANO, *Crisi della distinzione tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Tomo II, Torino 2021, pp. 1004 ss..

una autorità pubblica”⁴⁶⁵, vi sono pronunce in cui il giudice amministrativo – premesso che l’introduzione di tali speciali legittimazione *ex lege* a ricorrere hanno introdotto nel processo amministrativo “elementi in grado di alterarne la tradizionale struttura soggettiva, di processo di parti fondato sul principio dispositivo” – afferma chiaramente che “l’Autorità non persegue il soddisfacimento di un interesse personale e concreto, ma agisce per la realizzazione dell’interesse generale alla concorrenza”, così tentando di riportare la speciale legittimazione a ricorrere *ex lege* nei gangli del processo di stampo soggettivo⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵TAR Lazio, III ter, 15.3.2013, n. 2720, ove il giudice specifica altresì che l’Autorità “è per legge affidataria dell’interesse alla concorrenza, in quanto effettivamente portatrice di un interesse sostanziale protetto dall’ordinamento (nella specie, nella forma dell’interesse legittimo), che si oggettivizza in capo ad essa come posizione differenziata rispetto a quella degli altri attori del libero mercato”, salvo poi comunque evidenziare la difficoltà di ricondurre l’interesse di cui l’AGCM è portatrice alla categoria dell’interesse legittimo: “il nuovo potere dell’AGCM, più che come potere di azione nell’interesse generale della legge in uno specifico settore, effettivamente di difficile riconduzione all’interesse legittimo, diventa così, per scelta del legislatore, uno degli strumenti volti a garantire l’attuazione dell’interesse pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato, alla migliore attuazione del valore “concorrenza”, di cui è specifica affidataria l’Autorità”.

Nello stesso senso, v. anche Cons. St., Ad. Plen., 26.4.2018, n. 4, che con riferimento alla legittimazione a ricorrere dell’ANAC, esclude che “la disposizione di cui all’art. 211 del d. lgs. n. 50/2016 si muova nella logica di un mutamento in senso oggettivo dell’interesse ... a che i bandi vengano emendati immediatamente da eventuali disposizioni (in tesi) illegittime, seppure non escludenti: essa ha subiettivizzato in capo all’Autorità detto interesse, attribuendole il potere diretto di agire in giudizio nell’interesse della legge”.

V. più recentemente Cons. St., V, 3.11.2020, n. 6787, che ritiene sussistente un “collegamento soggettivo ... tra l’Autorità e gli interessi e funzioni pubbliche che la legge affida alla sua cura; questi non hanno ad oggetto la mera tutela della concorrenza nel settore concorrenza per il mercato, ma sono più in generale orientati - per scelta legislativa e configurazione generale di questa Autorità, come ricavabile dalle sue molte funzioni - a prevenire illegittimità nel settore dei contratti pubblici ... anche indipendentemente da iniziative o interessi dei singoli operatori economici o dei partecipanti alle procedure di gara (il cui interesse è piuttosto individuale, non generale come quello curato dall’Anac, ed è diretto al bene della vita connesso all’aggiudicazione...)”.

⁴⁶⁶Tar Lazio, II, 6.5.2013, n. 4451. Nella pronuncia, il giudice amministrativo chiarisce che “la creazione di una autorità amministrativa indipendente (sebbene forse, come sostenuto da alcuni, costituzionalmente necessitata), rimane comunque il frutto di una scelta politica discrezionale che conferisce a tale organismo non già diritti, bensì potestà amministrative, sia pure non consistenti nella tutela di un interesse pubblico tradizionale quanto nella garanzia di un bene comune, perseguito attraverso la regolazione neutrale degli interessi di imprese, consumatori, utenti”.

5. Considerazioni critiche. La configurazione della legittimazione *ex lege* a ricorrere come potere inteso alla cura dell'interesse pubblico nell'ambito di un processo di stampo soggettivo.

Appare preferibile la tesi che riconduce le ipotesi di legittimazione *ex lege* a ricorrere delle Autorità indipendenti nella categoria della c.d. legittimazione oggettiva, che comporta l'accesso ad un processo che resta di stampo soggettivo, governato dal principio dispositivo.

Innanzitutto, perché non può non destare perplessità la riconduzione di veri e propri interessi pubblici (propri dell'intera collettività) di cui le Autorità sono portatrici nella categoria degli interessi legittimi al fine di superare le criticità che la ricostruzione di tali speciali ipotesi legislative comporta in punto di oggettivizzazione della giurisdizione.

Ed infatti, una volta riconosciuta la natura amministrativa delle Autorità indipendenti, non si può non ritenere che le stesse siano portatrici di un vero e proprio interesse pubblico, che sono chiamate a perseguire nell'interesse della collettività, talvolta contemperandolo con gli altri interessi (privati, collettivi e pubblici) che con l'interesse pubblico si confrontano, talaltra operando valutazioni di carattere altamente specialistico. Ma anche in tale ultimo caso, pur nella diversità delle attività compiute, la Autorità agiscono pur sempre per la tutela dell'interesse pubblico cui sono per legge deputate.

In secondo luogo perché non si può non tener conto che in tali casi, il processo amministrativo – seppur avviato da un'amministrazione sulla base di una speciale legittimazione riconosciuta in base alla legge – continua a svolgersi secondo le regole del processo di stampo soggettivo e, quindi, resta onere della parte ricorrente (e segnatamente dell'Autorità indipendente ricorrente) dimostrare e dare compiuta prova degli elementi (di fatto e di diritto) su cui si fonda la dedotta illegittimità degli atti impugnati.

Ciò che sotto altro profilo merita di essere osservato, in disparte tali considerazioni circa le pretese tendenze “oggettivizzanti” del processo amministrativo, è che tali speciali legittimazioni a ricorrere sembrerebbero essere state introdotte dal legislatore come strumento ulteriore di tutela (questa volta non mediante l'esercizio di poteri di diritto c.d. sostanziale, ma di un potere processuale di accesso alla tutela giurisdizionale) degli interessi pubblici di cui le stesse sono portatrici.

E su questo punto la giurisprudenza, anche costituzionale, sembrerebbe concorde.

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi nell'ambito di un giudizio principale sulla legittimità costituzionale dell'art. 21 *bis* l.n. 287/1990, ha infatti chiaramente affermato che “la norma – integrando i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della legge n. 287 del 1990 – prevede un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato”⁴⁶⁷.

E anche il Consiglio di Stato, nel rendere il parere sullo schema di regolamento ANAC per l'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, ha osservato che la speciale legittimazione a ricorrere riconosciuta *ex lege* all'Autorità è “un peculiare strumento di vigilanza collaborativa (con le stazioni appaltanti) che si coniuga con i più generali poteri di vigilanza e controllo (delineati dall'art. 213 del Codice) per assicurare - quanto più possibile - il pieno ed effettivo rispetto dei principi su cui sono imperniati gli appalti pubblici”⁴⁶⁸.

E sempre con riferimento all'ANAC – ma con affermazioni facilmente estensibili anche alle altre Autorità dotate del potere di agire in giudizio – ha sottolineato che “è titolata a curare anche in giustizia, seppure nei termini generali e nelle forme proprie del processo amministrativo, gli interessi e le funzioni cui è preposta dalla legge e sintetizzate dai precetti di questa”⁴⁶⁹.

Quindi, la speciale legittimazione a ricorrere riconosciuta ad alcune Autorità indipendenti, lungi dal connotare in senso oggettivo il processo amministrativo, rappresenta un ulteriore strumento (espressione questa volta di un potere di natura processuale) di tutela dell'interesse pubblico che le Autorità indipendenti sono chiamate a perseguire.

Un potere che si pone come cerniera di un complesso sistema di poteri che il legislatore – a volte sotto la forte spinta del diritto europeo – ha inteso attribuire a queste particolari amministrazioni, al fine di garantire una maggiore effettività ed efficacia dell'attività dalle stesse svolta. Sistema che, come abbiamo visto, comporta non pochi problemi di ricostruzione sulla base dei concetti tradizionali del diritto amministrativo, sostanziale e processuale, ma che si spiega proprio a fronte della

⁴⁶⁷ Corte cost. n. 20/2013, nell'ambito di un giudizio principale proposto dalla Regione Veneto per preteso contrasto dell'art. 21 *bis* cit. con articoli 3, 97, 1° co., 113, 1° co., 117, 6° co. e 118, 1° e 2° co. Cost. nonché con la l. cost. n. 3/2001, in quanto sottoponendo gli atti regolamentari ed amministrativi regionali ad un nuovo e generalizzato controllo di legittimità, su iniziativa di un'autorità statale, reintrodurrebbe un controllo per certi aspetti analogo a quello che era previsto dal previgente art. 125, primo comma, Cost., norma poi abrogata con l. cost. n. 3/2001 cit.

⁴⁶⁸ V. il parere del Consiglio di Stato, Ad. Commissione speciale 4.4.2018, n. 1119/2018.

⁴⁶⁹ Cons. St., V, 3.11.2020, n. 6787.

pregnanza degli interessi pubblici di cui le Autorità sono portatrici, che giustifica ed impone la necessità di dotare le Autorità della vasta gamma di poteri, espliciti e impliciti, ad esse riconosciuti.

In altri termini, ciò che dovrebbe costituire il fine dell'attività delle Autorità indipendenti (e cioè la più ampia tutela dell'interesse pubblico di cui sono portatrici) sembrerebbe costituire un ulteriore fondamento delle Autorità indipendenti e dei loro poteri.

CAPITOLO IV

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SULLA LEGITTIMAZIONE DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI E SUL FONDAMENTO DEL COMPLESSO SISTEMA DEI POTERI.

1. A fronte della complessa analisi che si è svolta in ordine ai principali profili problematici che il tema delle Autorità indipendenti pone, sia sotto il profilo organizzativo che funzionale, occorre a questo punto tirare brevemente le fila del discorso, individuando i punti di arrivo della ricerca sotto i due diversi aspetti della legittimazione delle Autorità come modello di amministrazione, i cui tratti sono stati delineati nel cap. I, e del fondamento dei poteri normativi e amministrativi esercitati dalle Autorità (su cui v. ampiamente cap. II) oltre che dei poteri processuali riconosciuti in capo ad alcune di esse, come cerniera del complesso sistema di poteri di cui sono dotate (su cui cap. III), nonché del sindacato giurisdizionale come fattore di legittimazione ulteriore della relativa attività (cap. III).

2. Le Autorità indipendenti – autorità amministrative, come visto, dotate dal punto di vista strutturale del carattere dell'indipendenza dal Governo (a presidio della quale sono previsti, come analizzato, particolari meccanismi di nomina dei membri degli organi di vertice, nonché limiti alla possibilità di revoca degli stessi, su cui ampiamente cap. I), nonché dell'autonomia organizzativa e finanziaria, e dal punto di vista funzionale di una serie di poteri particolarmente incisivi delle posizioni soggettive dei soggetti destinatari della loro attività, ma così importanti per la corretta ed efficiente disciplina dei settori cui sono deputate (su cui cap. II) – trovano oggi piena legittimazione nel nostro ordinamento.

Le Autorità indipendenti, come autorità amministrative appartenenti all'organizzazione dello Stato ma in posizione di indipendenza dal Governo, non previste tuttavia esplicitamente nella nostra Costituzione, hanno posto come visto rilevanti problemi di compatibilità con il modello costituzionale di amministrazione: un'amministrazione (imparziale, ma) non indipendente, soggetta all'indirizzo politico del Governo, che è chiamato a risponderne innanzi al Parlamento.

A tale problema, la dottrina ha dato risposte differenti, a volte ritenendo la natura non amministrativa ma giurisdizionale o para-giurisdizionale delle Autorità, altre volte

rintracciando in varie disposizioni costituzionali il fondamento delle Autorità amministrative indipendenti (su cui v. ampiamente infra cap. I).

In considerazione dello stadio attuale del processo di integrazione europea, il campo di ricerca della legittimazione (e quindi del fondamento) delle Autorità amministrative indipendenti come modello di amministrazione deve essere opportunamente traslato dal diritto nazionale al diritto europeo⁴⁷⁰ (ove invero come visto è stato mutuato lo stesso concetto di indipendenza che caratterizza il modello dell'amministrazione indipendente, intesa come sottrazione all'indirizzo politico di Governo), così come interpretato da una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia volta proprio a rafforzare e tutelare la posizione di distacco delle Autorità nazionali di regolamentazione dai Governi nazionali.

3. Le Autorità indipendenti sono dotate di una serie di poteri (normativi e amministrativi) che, in senso lato, potrebbero essere ricondotti ad una funzione amministrativa, la c.d. funzione di regolazione, il cui effetto ultimo (diretto e talvolta indiretto) è quello della conformazione delle condotte degli operatori del settore.

E tuttavia, una tale definizione di funzione di regolazione non avrebbe alcuna pratica utilità definitoria, venendo a ricomprendere la totalità dei poteri delle Autorità, peraltro strutturalmente e concettualmente differenti.

Appare perciò preferibile un'altra classificazione, che consente di distinguere i poteri sotto due differenti profili.

Il primo profilo, di carattere strutturale, consente di distinguere i poteri normativi veri e propri, e cioè i poteri che si esplicano mediante l'adozione di atti c.d. normativi secondari (dotati perciò dei caratteri della generalità, dell'astrattezza e della innovatività), che costituiscono fonti del diritto, i quali restano al di fuori dalla funzione amministrativa di regolazione, dagli atti amministrativi. Sotto questo punto di vista rientrano pertanto nella funzione di regolazione soltanto i secondi.

Il secondo, funzionale, permette di separare, all'interno della macro-categoria dei poteri amministrativi di cui si compone la funzione di regolazione, i poteri amministrativi c.d. in senso stretto (autorizzatori, sanzionatori, contenziosi, e così via), dai poteri amministrativi c.d. in senso lato, che si esprimono mediante l'adozione di atti amministrativi generali che, essendo atti amministrativi, si differenziano dagli atti normativi non costituendo pertanto fonti del diritto, ma che spesso, in considerazione

⁴⁷⁰ Unica eccezione è ANAC, la cui istituzione è stata frutto di una libera scelta del legislatore nazionale e con riferimento alla quale permangono seri dubbi di compatibilità con il sistema costituzionale.

della autorevolezza della fonte da cui promanano, sono dotati del carattere della vincolatività.

La distinzione strutturale tra tali poteri è importante perché differente è il ruolo che il principio di legalità riveste per il potere normativo e per i poteri amministrativi e differente è quindi il problema della ricerca del relativo fondamento.

La distinzione funzionale è invece centrale per evidenziare come, tanto nell'uno quanto nell'altro caso, pur trattandosi di atti diversi dal punto di vista giuridico, l'effetto ultimo prodotto dai poteri amministrativi è quello di indicare agli altri operatori economici (e cioè, a coloro che non sono diretti destinatari dell'atto attraverso cui si esprime il singolo potere amministrativo di cui si tratta) la regola di condotta da seguire, ma con effetti indiretti che si riverberano anche sugli altri operatori che, seppur non direttamente destinatari del provvedimento adottato, sono di fatto persuasi dal seguire la specifica regola di condotta in esso indicata.

In questo senso, quindi, pur a fronte di tali distinzioni, si potrebbe parlare di un "effetto normativo" dei poteri amministrativi (tanto generali quanto puntuali) delle Autorità indipendenti.

Quindi, gli atti amministrativi adottati dalle Autorità indipendenti producono oltre agli effetti propri anche un effetto ulteriore, quello di conformazione, indicando (seppur indirettamente) la regola di condotta che gli operatori sono chiamati a seguire (se intendono evitare l'irrogazione di una sanzione, ovvero ottenere una determinata autorizzazione, e così via).

Ma tale constatazione – che riguarda il piano degli effetti diretti e indiretti prodotti dall'attività provvedimentale delle Autorità – non può comportare un'assimilazione dei vari poteri (normativi e amministrativi in senso stretto e in senso lato) che sono e restano differenti e pertanto devono essere trattati separatamente.

D'altro canto, tuttavia, come si è evidenziato, non si può non sottolineare come, proprio nei settori ove operano le Autorità indipendenti, si assista ad un progressivo avvicinamento tra categorie giuridiche (atto normativo e atto amministrativo generale; effetti normativi dei provvedimenti amministrativi). Ma tale constatazione non può revocare in dubbio la diversa natura dei poteri, che non possono essere considerati – a pena di inutilità – espressione di una unica funzione di regolazione.

Le peculiarità del complesso sistema dei poteri delle Autorità indipendenti si comprendono anche se si guarda all'altra tipologia di poteri – di natura processuale, e cioè di accesso alla tutela giurisdizionale – riconosciuti in capo ad alcune Autorità.

Lungi dal costituire la concreta manifestazione della sussistenza di tendenze oggettivizzanti del processo amministrativo (che come visto resta di stampo soggettivo, essendo oggi del tutto anacronistico predicare in termini di giurisdizione oggettiva), le speciali legittimazioni a ricorrere riconosciute in capo ad alcune Autorità sono state introdotte dal legislatore come strumento ulteriore di tutela – mediante l'esercizio di poteri non sostanziali ma processuali – dello specifico interesse pubblico di cui le Autorità stesse sono portatrici, in funzione appunto di *enforcement*, al fine di stimolare l'esercizio del sindacato del giudice deputato a verificare la legittimità dell'esercizio del potere amministrativo da parte delle Amministrazioni resistenti.

Si tratta di un potere che si atteggia come cerniera del complesso sistema di poteri che il legislatore – a volte autonomamente, a volte sotto la spinta del diritto europeo – ha riconosciuto a questo particolare modello di amministrazione, in modo da approntare ogni strumento che si renda utile e necessario al raggiungimento del fine, e segnatamente al perseguimento dell'interesse pubblico specifico.

4. Gli atti normativi adottati dalla Autorità, come visto, pongono rilevanti problemi di compatibilità con il sistema costituzionale e, segnatamente, con il principio di legalità in ragione dell'ampia e generica formulazione delle disposizioni legislative attributive del potere, tanto da spingere dottrina e giurisprudenza a superare tali criticità evidenziando la centralità della partecipazione dei soggetti interessati (c.d. legalità procedimentale), quale fonte di legittimazione delle Autorità indipendenti nell'esercizio del potere normativo e quale meccanismo di compensazione *ex post* del *deficit* di democraticità insito nel modello stesso dell'Autorità indipendente.

Si assisterebbe perciò, almeno nei settori ove operano le Autorità indipendenti, alla trasformazione del principio di legalità da sostanziale a procedimentale.

Tale profilo, tuttavia, ferma restando l'importanza delle garanzie partecipative (che invero caratterizzano tutta l'attività delle Autorità indipendenti, tanto normativa quanto più propriamente amministrativa), potrebbe dirsi oggi superato almeno in tutti i casi in cui il diritto europeo prevede e disciplina in maniera chiara il potere normativo delle singole Autorità indipendenti.

Ed infatti, come evidenziato nell'analisi casistica che si è fornita nel cap. II, in alcuni casi è il diritto europeo a riempire di contenuto la scarna disposizione nazionale attributiva del potere normativo, così utilmente integrando la norma nazionale ai fini del rispetto del principio di legalità sostanziale.

In tali casi, quindi, non potrebbe più predicarsi circa la mancata compatibilità dell'attribuzione del potere normativo con il principio di legalità sostanziale, il quale deve misurarsi non soltanto con norme legislative nazionali, ma anche (e soprattutto) con le disposizioni di rango europeo. E che il diritto europeo possa costituire una base legale idonea a soddisfare il principio di legalità sostanziale abbiamo visto essere pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale (Corte cost., n. 383/1998 cit.).

Il problema resta aperto, invece, con riguardo ai casi in cui è assente il diritto europeo a copertura e specificazione della disposizione nazionale attributiva del potere normativo. In tali ipotesi le critiche che la dottrina ha sollevato con riferimento all'attribuzione di poteri normativi mediante formulazioni legislative ampie e generiche non possono essere superate se non mediante l'espedito, condiviso dalla giurisprudenza, della necessaria partecipazione dei soggetti interessati al procedimento inteso all'adozione dell'atto normativo, con conseguente trasformazione del principio di legalità da sostanziale a procedimentale, unica soluzione per superare i profili di legittimità costituzionale che il potere normativo delle Autorità indipendenti in tali ipotesi pone.

5. Il problema del fondamento e della compatibilità con il principio di legalità si pone invece in termini diversi con riferimento agli altri poteri (amministrativi) attribuiti alle Autorità indipendenti, il cui esercizio, com'è evidente, dà luogo ad atti (amministrativi) che non costituiscono fonti del diritto (com'è ovvio).

In via generale, come osservato in dottrina, il principio di legalità con riferimento ai poteri amministrativi si articola in due principi: quello della predeterminazione normativa del potere e delle modalità del suo esercizio (c.d. principio di tipicità) e quello del vincolo nel fine. E affinché lo stesso sia soddisfatto non è sempre necessario che la predeterminazione normativa del potere sia contenuta in una norma di diritto primario (come invece accade per il potere normativo), essendo spesso sufficiente anche una norma secondaria, salvo il caso dei poteri che hanno “la capacità di imporre coattivamente, in capo ai soggetti terzi, prestazioni personali o patrimoniali” o “determinare a loro carico, imperativamente, modificazioni giuridiche della loro sfera soggettiva” per i quali opera la riserva di legge posta dall'art. 23 Cost., in virtù del

quale “nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”⁴⁷¹.

Alla luce di tali considerazioni, con specifico riferimento ai poteri amministrativi esercitati dalle Autorità indipendenti si può senz’altro rilevare l’assenza di criticità con riferimento al principio di legalità, laddove i poteri siano effettivamente previsti da fonti normative (secondarie o primarie, laddove impositivi di prestazioni personali o patrimoniali).

Qualche perplessità potrebbe invece permanere con riferimento ai c.d. poteri impliciti, cioè quei poteri amministrativi che vengono ricavati implicitamente dal sistema, come necessari al fine di esercitare altri poteri invece espressamente previsti ovvero per garantire il perseguimento da parte delle Autorità delle finalità di pubblico interesse previste dalla legge.

Essi, infatti, sembrerebbero derogare al principio di legalità (di tassatività), essendo esercitati in assenza di una esplicita predeterminazione normativa. Ma la giurisprudenza, proprio con riferimento all’attività delle Autorità indipendenti, non sembrerebbe avere dubbi circa la loro ammissibilità “in ragione dell’esigenza di assicurare il migliore perseguimento dei fini che la legge predetermina” (Cons. St., n. 1532/2015 cit.).

Anche se, sul punto, dubbi anche con riferimento al diritto europeo sono stati recentemente sollevati dalla giurisprudenza nazionale che, proprio con riferimento al potere prescrittivo esercitato dall’ARERA non espressamente previsto né nella normativa nazionale né in quella europea, ha rinviato alla Corte di Giustizia la questione del relativo fondamento⁴⁷².

In tali casi, dunque, il principio di legalità, segnatamente nella declinazione di principio della predeterminazione normativa del potere, gioca un ruolo fondamentale, anche in considerazione della circostanza che la previsione normativa del potere consente agli operatori economici del settore di conoscere anticipatamente le conseguenze delle proprie condotte, di adeguare le strategie imprenditoriali al quadro normativo esistente e di valutare l’opportunità e la convenienza di determinate scelte.

⁴⁷¹ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., part. p. 258 ss., il quale evidenzia come anche in tali casi sia possibile che l’esercizio del potere nel suo “assetto procedimentale” sia oggetto di disciplina di carattere secondario

⁴⁷² Il riferimento è alla recente ordinanza del Consiglio di Stato, VI, 31.12.2021, n. 8737 che, con riferimento ad un provvedimento prescrittivo di restituzione di somme addebitate a clienti finali per violazioni in materia di condizioni contrattuali di fornitura di energia elettrica e gas naturale adottato da ARERA, ha rinviato alla Corte di Giustizia la questione della sussistenza, in base al diritto europeo, di tale potere.

Sotto tale profilo quindi la teoria dei poteri impliciti, largamente utilizzata dalla giurisprudenza al fine di legittimare l'esercizio di poteri ricavati dal sistema in capo alle Autorità, non può non destare forti perplessità, in specie con riguardo a quei poteri che comportano conseguenze economiche pregiudizievoli in capo agli operatori del settore, con riferimento ai quali sarebbe necessario, come visto, che la predeterminazione del potere avvenga con atto normativo di fonte primaria (art. 23 Cost.).

6. Si comprende pertanto l'importanza del sindacato giurisdizionale che, con riguardo agli atti delle Autorità indipendenti, deve essere necessariamente penetrante (ma non sostitutivo, salvi i casi di giurisdizione di merito come per i provvedimenti sanzionatori), volto alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro coerenza e correttezza, quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo (non limitato quindi al mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'autorità); quindi un sindacato sull'attendibilità, coerenza e correttezza degli esiti dell'attività amministrativa con particolare riferimento ai fatti accertati ed alle norme di riferimento attributive del potere.

E tale centralità del sindacato riguarda tanto il profilo per così dire ordinamentale, e cioè del sindacato come fattore di legittimazione ulteriore dell'attività delle Autorità indipendenti, che il profilo dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Quanto al primo aspetto, è infatti evidente che a fronte di norme attributive di poteri normativi ampie e generiche, al fine di riportare in equilibrio il complesso sistema dei poteri delle Autorità – poste fuori dal circuito democratico rappresentativo – è necessario operare una sorta di compensazione *ex post* mediante un sindacato giurisdizionale pieno ed intenso, che opera pertanto come “valvola di sfogo” del sistema.

Quanto al secondo profilo, un controllo giurisdizionale limitato ai soli profili esterni di ragionevolezza e proporzionalità comporterebbe evidentemente una perdita di effettività della tutela dal punto di vista degli operatori del settore, che sono spesso fortemente pregiudicati dall'attività delle Autorità – tanto se connotata da discrezionalità tecnica quanto se caratterizzata da vera e propria discrezionalità amministrativa.

E tale perdita di effettività emerge ancor più con evidenza laddove l'attività venga esercitata sulla base di poteri implicitamente ricavati dal sistema. Poteri che a volte si

manifestano attraverso l'adozione di provvedimenti fortemente incisivi (soprattutto dal punto di vista economico) delle situazioni soggettive degli operatori del settore.

È pertanto auspicabile che il giudice eserciti con pienezza il proprio sindacato sull'attività delle Autorità, avvalendosi di tutti gli strumenti istruttori che nel processo amministrativo sono a disposizione, in specie laddove più debole è il fondamento del singolo potere esercitato, perché basato su una norma attributiva generica.

E la giurisdizione amministrativa, come visto, sembrerebbe aver intrapreso (non senza qualche contraddizione e ripensamento) proprio in uno dei settori più importanti dell'attività delle Autorità (quello della concorrenza), ma con risultati che possono essere estesi anche agli altri settori, il giusto percorso verso un sindacato di intensità adeguata alle peculiarità che connotano questo particolare modello di amministrazione, ad oggi vitale per la tutela di interessi pubblici ritenuti particolarmente importanti, ma che pone – come ampiamente dimostrato – non pochi problemi di sistematizzazione nelle tradizionali categorie concettuali.

BIBLIOGRAFIA

- R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano 1956
- M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82, 3-2013
- G. ALPA, *Contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, pp. 107 ss.
- G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, Milano, 2014, part. pp. 325 ss.
- G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1997, pp. 645 ss.
- G. AMATO, *Passato, presente e futuro del costituzionalismo*, relazione al Convegno "Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa", Roma 11-12 maggio 2018
- G. AMORELLI, *L'amministrazione con funzioni regolatorie: le autorità di disciplina della concorrenza sul piano interno e comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991 pp. 944 ss.
- M. ANGELONE, *Diritto privato "regolatorio", conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle "authorities"*, in *Nuove Autonomie*, 2017, pp. 441 ss.
- A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari 1988
- F. APERIO BELLA, *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC: la tutela giustiziale nei confronti della pubblica amministrazione tra procedimento e processo*, in *www.rivistaaic*, 2016
- U. ARDIZZONE, *Sanzione amministrativa*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino 1939, pp. 1084 ss.
- G. ARENA, *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo: analisi dell'esperienza americana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, pp. 286 ss.
- M.R. ARFIN, *The Benefits of Alternative Dispute Resolution*, in *Hasting communication and Entertainment Law Journal*, 1995
- A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino 2008
- T. ARNOLD, *Why ADR*, in *Patent litigation*, 1996
- J.L. AUTIN, *Autorità amministrative indipendenti (diritto francese)*, in *Enc. giur.*, agg., IV, Roma 2006

J.L. AUTIN, *Les Autorités Administratives Indépendantes Et La Constitution*, in *La Revue Administrative*, 41, no. 244, 1988, pp. 333 ss.

A. AZARA, *Fonti sub-primarie e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2020, pp. 194 ss.

G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova 1989

R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.* XL, Milano 1989, pp. 1207 ss.

E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino 2000

G. BARATTI, *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Milano 1984

A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Milano 1997, pp. 85 ss.

P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, pp. 224 ss.

G. BARONE, *Discrezionalità*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma 1989

F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, pp. 17 ss.

F. BASSI, F. MERUSI, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano 1993

N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano 2001

N. BASSI *Principio di legalità e principio di certezza del diritto a confronto nella regolazione amministrativa dei servizi economici generali*, relazione tenuta al convegno “La regolazione dei servizi di interesse economico generale”, promosso dalla Fondazione Cesifin a Firenze 6 novembre 2009

S. BATTINI, *IL principio della separazione tra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, pp. 39 ss.

S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, pp. 947 ss.

L. BELVISO, *La legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti: un ritorno all'oggettività del giudizio amministrativo?*, in *Riv. reg. merc.*, 2019, pp. 245 ss.

F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 118 ss.

F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus* 1955, pp. 252 ss.

- F. BENVENUTI, *La sanzione amministrativa come mezzo dell'azione amministrativa*, in *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione: Varenna, 18-20 settembre 1980*, Milano 1982
- L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova 1984
- L. BENVENUTI, *La discrezionalità e i suoi interpreti*, in ID, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano 2002, pp. 68 ss.
- G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova 1975, pp. 780 ss.
- F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico nello Stato rappresentativo*, Padova 2000
- P. BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1999, pp. 251 ss.
- P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano 2012
- R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., pp. 31 ss.
- E. BINDI, *L'incidenza delle pronunce della Corte EDU sui procedimenti sanzionatori delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 3007 ss.
- N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino 1969
- G. BOGNETTI, *Poteri (divisione dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, pp. 372 ss.
- I. BORELLO, *La Banca d'Italia*, in www.astrid.it
- E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano 2006
- E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'autorità per l'energia elettrica e il gas e il Governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, pp. 435 ss.
- E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino 2019
- E. BRUTI LIBERATI, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *An. giur. ec.*, 2020, pp. 51 ss.
- G. BRUZZONE, A. SAIJA, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 275 ss.
- M.E. BUCALO, *Autorità Indipendenti e soft law*, Torino 2018
- L. CAIANIELLO, *I recenti sviluppi della regolazione indipendente in Europa, alla luce del modello organizzativo emerso con l'istituzione dell'ACER: alcune riflessioni a*

marginale di una recente sentenza della Corte di Giustizia e del quadro amministrativo europeo dopo Lisbona, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, pp. 1203 ss.

V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *For. amm.*, 1997, pp. 341 ss.

V. CAIANIELLO, *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1997, pp. 1 ss.

R. CAIAZZO, *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., pp. 307, ss.

M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale della pubblica amministrazione*, Torino 2012

M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *www.federalismi.it*, 2017

M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *www.federalismi.it*, 2017, e in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, cit., pp. 33 ss.

F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1960

E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano 1964

E. CANNADA BARTOLI, *Illecito (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano 1970, pp. 11 ss.

A. CANNONE, *Cooperazioni rafforzate. Contributo allo studio dell'integrazione differenziata*, Bari 2005

R. CANTONE, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e l'Anac come autorità di regolazione*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, atti del 61° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso da Provincia di Lecco, Consiglio di Stato, Varenna-Villa Monastero, 17-18-19 settembre 2015, pp. 121 ss.

R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino 2015

R. CANTONE, E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2017, pp. 914 ss.

E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1980

E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, 1963, ora in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova 1978, pp. 111 ss.

E. CAPACCIOLI, *La disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, I, Padova 1972, ora in *Diritto e processo*, cit., p. 310

F. CAPORALE, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'ARERA*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pp. 429 ss.

F. CAPRIGLIONE, *Banca d'Italia*, in *Enc. dir.*, agg. I, Milano 1997

F. CAPRIGLIONE, G. MONTEDORO, *Società e borsa (Commissione nazionale per le)*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano 2002, p. 1022

R. CARANTA, *Intervento pubblico nell'economia*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino 2000, pp. 371 ss.

R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., pp. 165 ss.

A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 423 ss.

A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 456 ss.

A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino 2016

A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, Napoli 2018

A. CARBONE (a cura di), *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei Paesi europei*, Napoli 2020

A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, Torino 2020

E. CARDI, *La Consob come istituzione. Note sulla soggettività giuridica della Consob*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano 1988, pp. 265 ss.

E. CARDI, *Commento agli artt. 1-4 della legge n. 281 del 1985*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1990, pp. 285 ss.

E. CARDI, P. VALENTINO, *L'istituzione Consob. Funzioni e struttura*, Milano 1993

P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle Autorità indipendenti*, Torino 2005

P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle Autorità indipendenti*, cit.

F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, Milano 2001

L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma 1990

L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma 1990

L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, V, agg. 2001

L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II.2, Milano 2007, pp. 536 ss.

A.M. CAROZZI, *Il metodo Lamfalussy: regole e vigilanza del mercato finanziario europeo*, Roma 2007

S. CASSESE, *La Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali: una prima valutazione*, in *Riv. giur. lav.*, 1991, pp. 405 ss.

S. CASSESE, *La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa - Consob e i poteri indipendenti*, in *Riv. soc.*, 1994, pp. 412 ss.

S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna 1996

S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., pp. 217 ss.

S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, Relazione al convegno internazionale sulla concorrenza "Francesco Saja", Roma, 20-21 novembre 1995, in *Foro it.*, 1996, V, pp. 7 ss.

S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino 1999, pp. 37 ss.

S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna 2000, pp. 11 ss.

S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, pp. 689 ss.

S. CASSESE, *Dalla Sec alla Consob, ed oltre*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, pp. 903 ss.

S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, pp. 13 ss.

S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari 2012

S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.* 2014, pp. 79 ss.

A. CATRICALÀ, A. LALLI, *L'Antitrust in Italia: il nuovo ordinamento*, Milano 2010

R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano 1990

P. CERBO, *Sanzioni amministrative*, in *Diz. dir. pubbl.*, Milano 2006, pp. 5424 ss.

P. CERBO, *Le ragioni di una questione definitoria: la controversa nozione di sanzione amministrativa*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 3607 ss.

A. CERRI, *Regolamenti*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma 1991

V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e di sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, pp. 463 ss.

V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle “amministrazioni indipendenti”*, in N. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit., pp. 1 ss.

V. CERULLI IRELLI, *La vigilanza regolamentare*, in *Mondo bancario* 1994, pp. 32 ss.

V. CERULLI IRELLI, *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità*, in F.A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, cit., pp. 49 ss.

V. CERULLI IRELLI, *Costituzione e amministrazione. Documenti di un itinerario riformatore (1996-2002)*, Torino 2002

V. CERULLI IRELLI, *Il procedimento amministrativo*, Napoli 2007

V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti “politici” e atti di “alta amministrazione”*, in *Dir. pubbl.*, 2009, pp. 101 ss.

V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, pp. 75 ss.

V. CERULLI IRELLI, *“Consenso” e “autorità” negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit., pp. 325 ss.

V. CERULLI IRELLI, *Dalle agenzie europee alle autorità europee di vigilanza*, in M.P. CHITI, A. NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, cit., pp. 150 ss.

V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 341 ss.

V. CERULLI IRELLI, *Violazione del diritto nazionale e rimedi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 665

V. CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016

V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Milano 2017

V. CERULLI IRELLI, *Costituzione Politica Amministrazione*, Napoli 2018

V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2019, pp. 1825 ss.

V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione “costituzionalizzata”*, Torino 2019

V. CERULLI IRELLI, *Imprese pubbliche e servizi di interesse generale*, in *Diritto e amministrativo e società civile*, III, *Problemi e prospettive*, SPISA, Bologna 2020

V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino 2021

V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo*, Bari-Roma, 2021

E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quad. n. 11, Torino 2000, pp. 129 ss.

E. CHELI, G. D'AMATO, *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. dir.*, agg., IV, Milano 2000, pp. 99 ss.

E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, relazione al Convegno organizzato da Nexus a Roma il 27.2.2006

R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 1019 ss.

R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, pp. 1380 ss.

R. CHIEPPA, G.P. CIRILLO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, dir. da G. SANTANIELLO, vol 41, Padova 2010,

R. CHIEPPA, G.P. CIRILLO, *Introduzione*, in R. CHIEPPA, G.P. CIRILLO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 3 ss..

R. CHIEPPA, *Regolazione e sindacato giurisdizionale*, in P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano 2012, pp. 103 ss.

P. CHIRULLI, L. DE LUCIA, *Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo. Le commissioni di ricorso delle Agenzie europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, pp. 1305 ss.

E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova 2002

E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, pp. 679 ss.

E. CHITI, *Le trasformazioni delle Agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, pp. 57 ss.

E. CHITI, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, pp. 29 ss.

E. CHITI, *European Agencies' Rule-Making, Powers, Procedures and Assessment*, in *European Law Journal*, 2013, pp. 93 ss.

E. CHITI, *L'evoluzione del sistema amministrativo europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, pp. 681 ss.

M. P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, pp. 1 ss.

M.P. CHITI E G. GRECO (dir. da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte generale, II ed. Milano 2007

M.P. CHITI, A. NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna 2012

M.P. CHITI, *Introduzione. Lo spazio amministrativo europeo*, in M.P. CHITI, A. NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, cit, pp. 19 ss.

M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 436 ss.

C.A. CIARALLI, *Riflessioni sulle nuove forme di rappresentanza e partecipazione al tempo della crisi dei partiti politici*, in *Pol. dir.*, 2019, pp. 365 ss.

S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 2017

F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, cit., pp. 913 ss.

F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, relazione al convegno su “Le Autorità amministrative indipendenti”, tenuto in memoria di V. Caianiello in Roma in data 9.5.2003, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it

F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e “giurisdizionalizzazione”*, Milano 2005

F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino 2007

F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza*, in *Giur. comm.*, 2008, pp. 109 ss.

F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, in www.giustamm.it, 2010

F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano 2010

F. CINTIOLI, *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra antitrust e regolazione*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit., pp. 775 ss.

F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, pp. 107 ss.

F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 507 ss.

F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pp. 381 ss.

M. CIRCI, *Concorrenza (Autorità garante della concorrenza e del mercato)*, in *Enc. giur.*, agg., XVII, Roma 2008

M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 77 ss.

M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, 1993, pp. 115 ss.

M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, pp. 519 ss.

M. CLARICH, I. MARRONE, *Concorrenza (Autorità garante della concorrenza e del mercato)*, in *Enc. giur.*, VII, Roma 1995

M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit. pp. 149 ss.

M. CLARICH, *L'attività di segnalazione e consultiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: un presidio contro le degenerazioni del processo politico-parlamentare?*, in *Dir. amm.*, 1997, pp. 85 ss.

M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in Quaderni del Consiglio di Stato, *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino 1999, pp. 9 ss.

M. CLARICH, *Un approccio "madisoniano"*, in F. A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, cit., pp. 91 ss.

M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005

M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 265 ss.

M. CLARICH, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato come autorità pubblica indipendente*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI, (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., pp. 239 ss.

M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in M. A. SANDULLI, L. VANDELLI (a cura di), *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione. Atti del 20° Congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo: Roma, 27 febbraio-1 marzo 2014*, Napoli 2014, pp. 97 ss.

M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, in www.federalismi.it, 2018

M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2019

M. CLARICH, *Sanzioni delle Autorità indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2020, pp. 40 ss.

M. CLARICH, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle autorità indipendenti nel settore finanziario*, in *Giur. comm.*, 2021, pp. 100 ss.

M. CLARICH, *Il "public enforcement" del diritto antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/1990*, in *Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Torino 2021, vol. I, pp. 26 ss.

M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2022

C. COLLIARD, G. TIMSIT (a cura di), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, 1988

P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, pp. 991 ss.

C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, pp. 714 ss.

C. CONTESSA, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, 2018, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it

A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo tra annullamento e revoca: gli interessi sopravvenuti al provvedimento*, Napoli 1990

A. CONTIERI, M. IMMORDINO, F. ZAMMARTINO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti tra garanzia e regolazione*, Napoli 2020

- G. CORSO, *Attività economica private e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 629 ss.
- P. CRAIG, *The Lisbon Treaty*, Oxford 2010
- V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, 1939, 1-2, pp. 53 ss. e ora in V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli 2015, pp. 3 ss.
- V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, pp. 238 ss.
- V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, pp. 775 ss.
- V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano 1968, pp. 925 ss.
- V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova 1984
- T. DAINTITH, *Regulation*, in *International encyclopedia of comparative law, State and Economy*, XVII, 1995
- P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 2021
- M. DE BENEDETTO, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Organizzazione, poteri, funzioni*, Bologna 2000
- M. DE BENEDETTO, *Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, pp. 173 ss.
- M. DE BENEDETTO, *Partecipazione [dir. amm.]*, in *www.treccani.it*, 2015
- F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. ec.*, 2018, pp. 697 ss.
- G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova 2000
- G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, pp. 1385 ss.
- G. DELLA CANANEA, *Una riforma "perversa": l'autonomia della Banca d'Italia e la legge n. 262 del 2005*, in *Dir. ec.*, 2007, pp. 205 ss.
- G. DELLA CANANEA, *Il diritto di essere sentiti e la partecipazione*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, cit. pp. 81 ss.
- M. DELSIGNORE, *La valutazione tecnica e i suoi riflessi sul procedimento*, in A. SANDULLI, G. PIPERATA (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo vent'anni dopo*, Napoli 2011, pp. 185 ss.

M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino 2020

M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 740 ss.

L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino 2002

L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.* 2002, pp. 717 ss.

L. DE LUCIA, V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, pp. 509 ss.

L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust tra sussidiarietà e paradigma neoliberale*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, Padova 2013, pp. 109 ss.

L. DE LUCIA, F.F. GUZZI, *L'incerta natura giuridica dei procedimenti amministrativi a tutela del diritto d'autore online (Regolamento dell'AGCom n. 680/13/CONS)*, in *AIDA*, 2014, pp. 136 ss.

L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna 2015

L. DE LUCIA, *Strumenti di cooperazione per l'esecuzione del diritto europeo*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, cit. pp. 171 ss.

L. DE LUCIA, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Pol. dir.*, 2019, pp. 3 ss.

E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, pp. 515 ss.

S. DE NITTO, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, cit., pp. 209 ss.

F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2000, pp. 469 ss.

C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC*, in www.giustamm.it, 2016

C. DEODATO, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro amm.*, 2018, pp. 1559 ss.

R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, pp. 537 ss.

G. DE PALO, G. GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie: ADR, Alternative dispute resolution, nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano 1999

D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995

D. DE PRETIS, *Valutazioni tecniche della p.a.*, in *Diz. dir. pubbl.*, Milano 2006, pp. 6176 ss.

A. DE VALLES, *Regolamenti ministeriali e ordinanze generali*, in *Foro it.* 1951, IV, pp. 97 ss.

L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli 2008

F. DI LASCIO, *Le ispezioni amministrative sulle imprese*, Napoli 2012

F. DI LASCIO, B. NERI, *I poteri di vigilanza dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.* 2015, pp. 454 ss.

L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, p. 246 ss.

F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, relazione al convegno annuale AIC 2005 su “*L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*”, disponibile su www.associazionedeicostituzionalisti.it

F. D'AGOSTINO, *Sanzione (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XLI, 1989, pp. 303 ss.

M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma 1995

M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna 2010

M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit. pp. 11 ss.

M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.* 2013, pp. 607 ss.

M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli 2017

M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino 2019

E. D'ALTERIO, *Agenzie e autorità europee: la diafasia dei modelli di organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm.* 2012, pp. 801 ss.

E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: “post fata resurgam”*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015 pp. 757 ss.

E. D'ALTERIO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 436 ss.

E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 504 ss.

M. D'AMICO, *Legalità (dir. cost.)*, in *Diz. dir. pubbl.*, Milano 2006, pp. 3365 ss.

A. D'ATENA, *Lezioni tematiche di diritto costituzionale*, Roma 1998

M. D'ATENA, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Enc. dir.*, agg., III, Milano 1999, pp. 949 ss.

A. D'ATENA, *Il sistema delle fonti come variabile “dipendente”*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, disponibile su www.osservatoriosullefonti.it

V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione tra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pp. 55 ss.

M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not Hearts*, in *Common Market Law Review*, 2008, pp. 617 ss.

P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna 2004

E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, pp. 895 ss.

O. FERACI, *L'attuazione della cooperazione rafforzata nell'Unione Europea: un primo bilancio critico*, in *Riv. dir. int.*, 2013, pp. 955 ss.

M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna 2010

C. FERRARI, *Integrazione autoritativa e integrazione autentica nei contratti regolati*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, pp. 310 ss.

E. FERRARI, *Revoca*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, pp. 335 ss.

G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino 2012

M. FILICE, *Verso un sindacato consapevole sulle valutazioni tecnico-discrezionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 684 ss.

G. M. FLICK (a cura di), *Consob. L'istituzione e la legge penale*, Milano 1987

S. FOÀ, *La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo*, in www.federalismi.it, 2020

S. FOÀ, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura dal mercato*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 764 ss.

- S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, pp. 659 ss.
- P. FOIS, *L'Unione europea è ancora un'organizzazione internazionale?*, in *Riv. dir. int.*, 2016, pp. 71 ss.
- F. FRACCHIA, C. VIDETTA, *La tecnica come potere*, in *Foro it.*, 2002, III, pp. 497
- F. FRANCARIO, M. A. SANDULLI (a cura di), *Profili soggettivi e oggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli 2017
- C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, pp. 69 ss.
- C. FRANCHINI, *Le fasi e i caratteri del processo evolutivo dell'organizzazione amministrativa europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, pp. 375 ss.
- M. FRATINI, *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, Padova 2011
- M. FREEMAN, *Alternative Dispute Resolution*, NY Press, 1995
- S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino 1999
- E. FRENI, *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. giur.*, IV, Roma 1999
- A. FROSINI, *Gli atti normativi del Garante per la protezione dei dati personali*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 3678 ss.
- T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le alternative dispute resolution*, in *Rivista AIC*, 2011, disponibile su www.rivistaaic.it
- G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma-Bari 2012
- R. GAROFOLI, *Il controllo giudiziale, amministrativo e penale dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pp. 405 ss.
- G. GASPARRI, *I nuovi assetti istituzionali della vigilanza europea sul mercato finanziario e sul sistema bancario*, in *Quaderni giuridici Consob*, 2017
- L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino 2002
- A. GIANNELLI, *La tutela amministrativa del diritto d'autore on line*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 345 ss.
- M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano 1939
- M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, 1941, pp. 349 ss., ora in *Scritti*, II, Milano 2002, pp. 347 ss.
- M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950
- M.S. GIANNINI, *Autonomia. (Saggio sui concetti di autonomia)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pp. 851 ss.

M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, II, pp. 402 ss.

M.S. GIANNINI, *Autonomia (teoria generale e diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, pp. 356 ss.

M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma 1960

M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.* 1963, pp. 522 ss. ora in *Scritti*, V, Milano 2004, pp. 223 ss.

M.S. GIANNINI, *Consob*, in G. M. FLICK (a cura di), *Consob. L'istituzione e la legge penale*, cit. pp. 53 ss.

M.S. GIANNINI, *Regolamento: a) problematica generale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, p. 601 ss.

M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano 1993

R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere della legittimazione a ricorrere dell'AGCM*, in www.giustamm.it, 2012

G. GITTI (a cura di), *Il contratto e le autorità indipendenti. La metamorfosi dell'autonomia privata*, Bologna 2006

G. GITTI, *Gli accordi con le autorità indipendenti*, in G. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit., pp. 1122 ss.

F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello stato di diritto: il caso dell'ANAC*, in www.federalismi.it, 2016

A. GIUSSANI, *Le azioni di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, pp. 157 ss.

A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.* 2021, pp. 335 ss.

F. GOBBO, *Stato e mercato: il ruolo delle Autorità*, in F. A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, cit. pp. 35 ss.

F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniari, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2013, pp. 79 ss.

F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2014, pp. 337 ss.

F. GOISIS, *Profili di legittimità nazionale e convenzionale europea nella repressione in via amministrativa delle violazioni del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: il problema dell'enforcement*, in *AIDA - Annali italiani del diritto d'autore della cultura e dello spettacolo*, Milano 2014, pp. 184 ss.

F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 546 ss.

F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino 2018

F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.* 2018, pp. 1 ss.

F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 45 ss.

F. A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna 2001

G. GRASSO, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale all'Autorità antitrust. Considerazioni a margine della sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2019, pp. 138 ss.

G. GRECO, *I regolamenti amministrativi*, Torino 2001

G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, pp. 21 ss.

G. GUARINO, *Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro it.* 1953, I, pp. 537 ss.

E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova 1954

A. HEIMLER, *Cattura, teoria della*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, 2012, in www.treccani.it.

A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli 2018.

M. IMMORDINO, *La revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino 1999

N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari 1998

N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Roma-Bari 2004

W. KAHL, *Der europäische verwaltungsverbund: strukturen – typen – phänomene*, in *Der Staat*, 2011, vol. 50, pp. 353 ss.

P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova 2001

A. LALLI, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, pp. 358 ss.

A. LALLI, *La valutazione distorsiva del mercato: profili amministrativi e giurisdizionali*, in *Dir. amm.*, 2006, pp. 635 ss.

A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli 2008

A. LALLI, *Indipendenza e controllo giurisdizionale*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., pp. 153 ss.

P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, in *Dir. amm.*, 1996, pp. 301 ss.

P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova 2001

P. LAZZARA, *Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, pp. 179 ss.

P. LAZZARA, *L'opera scientifica di Enzo Capaccioli tra fatto, diritto e teoria generale*, in *Dir. amm.*, 2009, pp. 955 ss.

P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economica*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 767 ss.

P. LAZZARA, *Legittimazione straordinaria ed enforcement pubblico dell'autorità garante della concorrenza e del mercato. Dai compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, in *Concorrenza e mercato*, 2018, pp. 65 ss.

P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 337

P. LAZZARA, *La legittimazione straordinaria tra amministrazione e giurisdizione: profili sostanziali e processuali*, in *Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Torino 2021, vol. II, pp. 649 ss.

G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo: l'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano 2013

F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 142 ss.

E. LEONARDO, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, pp. 107 ss.

M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano 2014

M. LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. III, Padova 1979, pp. 470 ss.

M. LIBERTINI, *I rapporti tra Ministero e Autorità garante delle comunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, pp. 1287 ss.

M. LIBERTINI, *Le misure cautelari amministrative nella disciplina antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, pp. 5 ss.

M. LIBERTINI, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2010, pp. 63 ss.

G.F. LICATA, *Provvedimenti antitrust a contenuto normativo*, Milano 2013

S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell'Autorità della concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, pp. 335 ss.

S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni ripristinatorie*, in AA. VV., *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012

F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti della amministrazione*, Napoli 2000

F. LIGUORI, S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli 2017

N. LONGOBARDI, *"Amministrazioni indipendenti" e posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano 1993, I, pp. 523 ss.

N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino 2004

N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, pp. 52 ss.

F. LUCIANI (a cura di), *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli 2011

A. LUPO, *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Milano 2013

N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, pp. 1209 ss.

M. MACCHIA, *L'attività ispettiva dell'amministrazione europea in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, pp. 173 ss.

M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino 2018

M. MACCHIA (a cura di), *Quando lo Stato fa causa allo Stato*, Napoli, 2019

- M. MACCHIA, *La funzione paragiurisdizionale del precontenzioso*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, pp. 187 ss.
- L. MANCINI, *I contratti di utenza pubblica*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 113 ss.
- M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano 1994
- M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma 1997
- M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Pol. dir.*, 1997, pp. 657 ss.
- M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in www.dirittifondamentali.it, 2020
- P. MARCHETTI, *La Consob e gli ordinamenti speciali*, in *Amministrare*, 1987, pp. 5 ss.
- F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, pp. 743 ss.
- L. MARUOTTI, *Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino 1999, pp. 43 ss.
- N. MARZONA, *L'amministrazione pubblica del mercato mobiliare*, Padova 1988
- S. MARZUCCHI, *Regolamenti delle Autorità indipendenti*, in *Diz. dir. pubbl.*, Milano 2006, p. 5020 ss.
- C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985
- A. MASSERA, *"Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano 1988, pp. 449 ss.
- A. MASSERA, *"Giustizia nell'amministrazione" e "ingiustizie amministrative" tra passato e presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pp. 33 ss.
- B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1996, pp. 227 ss., disponibile su www.osservatoriosullefonti.it
- B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in *Diz. Dir. Pubbl.*, (dir. da) S. CASSESE, Milano 2006, pp. 1993 ss.
- B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 291 ss.
- M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 683 ss.
- V. MELI, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato e i programmi di clemenza*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit., pp. 419 ss.

V. MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, pp. 119 ss.

G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, nuova ed., Bologna 2020

L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, pp. 1 ss.

F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle cosiddette autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. dir.*, 1997, pp. 639 ss.

F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità – Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, pp. 57 ss.

F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna 2000

F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, Bologna 2000.

F. MERUSI, *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in F.A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, cit. pp. 19 ss.

F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 181 ss.

F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano 2003, pp. 175 ss.

F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, agg., VI, Milano 2001, pp. 143 ss.

F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 973 ss.

F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna 2007

F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità Indipendenti*, Bologna 2011

M. MESSINA, *Indagini preliminari e garanzie procedurali nel diritto antitrust europeo*, Padova 2012

A. MIGLIO, *Differentiated integration and the principle of loyalty*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, pp. 475 ss.

M. MIDIRI, *Autorità garante della concorrenza e amministrazione: una troppo drastica assimilazione*, in *Giur. cost.*, 2019, pp. 127 ss.

M. MIDIRI, *Tutela della concorrenza, autorità garanti, scelte della politica*, in *Pol. dir.*, 2020, pp. 173 ss.

M. MIDIRI, *Principio di legalità sostanziale e potere regolatorio della Consob*, in *Giur. comm.*, 2020, pp. 566 ss.

P. MILAZZO, *Aspetti del potere regolamentare dell'Autorità garante della concorrenza ed il mercato*, in P. CARETTI (a cura di), *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, cit., part. pp. 48 ss.

M.K. MILLS, *Alternative dispute resolution in the public sector*, Chicago, Nelson-Hall, 1991

V. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle Autorità indipendenti*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, pp. 163 ss.

S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: un'analisi alla luce della dicotomia giurisdizione soggettiva/giurisdizione oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 602 ss.

F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Nov. dig. it.*, XII, Torino 1957, p. 472 ss.

F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, agg., I, Milano 1997, pp. 561 ss.

F. MODUGNO, S. NICCOLAI, *Atti normativi*, in *Enc. giur.*, III, Roma 1988, agg. 1997

A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli 2021

A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, cit., pp. 55 ss.

A. MOLITERNI, *La nuova disciplina sulle nomine nelle autorità indipendenti*, in *Munus*, 2021

M. MONTEDURO, *Introduzione allo studio delle agenzie amministrative, Origini e trasformazione dell'idea di agenzia*, Lecce 2004

M. MONTEDURO, *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82 (3-2013), pp. 125 ss.

G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino 2001

G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 703 ss.

G. MORBIDELLI, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, in F. CINTIOLI, F. DONATI (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino 2008, pp. 11 ss.

G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, pp. 273 ss.

A.P. MORRIS, B. YANDLE, A. DORCHAK, *Regulating by litigation: the EPA's Regulation of Heavy-duty Diesel Engines*, in *Administrative Law Review*, 2004, pp. 403 ss.

C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, Roma 1936, ora in *Scritti*, III, Milano 1972, pp. 997 ss.

C. MORTATI, *Potere discrezionale*, in *Nov. dig. it.*, X, Torino 1939, pp. 76 ss

C. MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, 1941, in *Stato e diritto*, pp. 131 ss.

C. MORTATI, *Ancora sul merito amministrativo*, 1942, pp. 46, ora in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, III, Milano 1972, pp. 1021 ss., pp. 1034 ss.

C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. It.*, V, Torino 1960, pp. 1098 ss.

C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, ristampa Milano 1998

C. MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, 1941, in *Stato e diritto*, pp. 131 ss.

E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova 2008

F. MUNARI, *Poteri di segnalazione, legge per la concorrenza, dialogo fra autorità garante e istituzioni*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit. pp. 295 ss.

G. NAPOLITANO, *L'autorità e i servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, pp. 5 ss.

G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova 2001

G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna 2005

G. NAPOLITANO, *La legge finanziaria del 2006 e la pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.* 2006, pp. 243 ss.

G. NAPOLITANO, *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, Relazione tenuta al convegno su “*La regolazione dei servizi di interesse economico generale*” promosso dalla Fondazione Cesifin a Firenze 6.11.2009

G. NAPOLITANO, *L'evoluzione della disciplina procedurale della regolazione energetica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, pp. 707 ss.

S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa 1996

S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Padova 2002

A. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino 2016

M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966

M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, pp. 225 ss.

M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Studi Bachelet*, II, Milano, 1987, pp. 385 ss.

G. OLIVERI, *I poteri cautelari dell'Autorità garante*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit., pp. 441 ss.

E. OLIVITO, *In bilico tra gubernaculum e iurisdictio. Osservazioni costituzionalmente orientate sull'Autorità Nazionale Anticorruzione e sui suoi poteri regolatori*, in www.costituzionalismo.it, 2019

A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 3 ss., ora in *Scritti giuridici*, Milano 2007, pp. 1249 ss.

J.S. OSTER, *Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht*, Baden 2010

V. OTTAVIANO, *Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino 1968, pp. 1102

L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996

L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, ed. agg. L.A. MAZZAROLLI, D. GIROTTO, Torino 2018

P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli 2018

G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, pp. 3165 ss.

A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., pp. 108 ss.

A. PAJNO, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 617 ss.

A. PATRONI GRIFFI, *L'indipendenza del Garante*, in www.federalismi.it, 2018

F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., pp. 25 ss.

F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro*, intervento al convegno "Stato a diritto amministrativo tra presente e futuro", Parma 4.10.2019, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it

M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino 1997

A. PERA, *Autorità di regolazione e controllo nei settori economici*, in F. A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna 2001, pp. 97 ss.

R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, pp. 115 ss.

G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, pp. 1 ss.

S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino 2016

N. PICA, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, pp. 807 ss.

F. PIGA, A.M. SEGNI, *Società e borsa (Commissione nazionale per le)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano 1990, pp. 1130 ss.

M. PIGNATTI, *Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Dig. discipl. pubbl.*, 2017, pp. 73 ss.

C. PINELLI, *La pubblica amministrazione. Art. 97*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994

C. PINELLI, *Le fonti del diritto nell'epoca dell'internazionalizzazione*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 359 ss.

C. PINELLI, *Atti congiunti dei Presidenti delle due Camere*, in *Enc. dir.*, agg., I, Milano 1997, pp. 200 ss.

C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità, Fonti normative e ordinamenti*, atti del Convegno. Macerata, 21-22 maggio 1999, Milano 2000

C. PINELLI, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *Rivista AIC*, 2014

G. PIPERATA, A. SANDULLI (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni. Indipendenza e imparzialità dei giudici*, Napoli, 2012.

G. PIPERATA, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino 2019, pp. 29 ss.

A. PIRAS, *Discrezionalità*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano 1964, pp. 65 ss.

E. PISTOIA, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione Europea*, Bari 2018

A. PIZZORUSSO, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Diz. dir. pubbl.*, Milano 2006, pp. 409 ss.

A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, II ed., Bologna 2011

- D.W. PLANT, *ADR in IP Disputes*, in *Intellectual property law institute*, 1995
- A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in *www.rivistaaic.it*, 2005
- A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere*, Napoli 1997
- A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I e II, Padova 2000 e 2001
- A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino 2007
- A. POLICE, C. CUPELLO (a cura di), *Le sanzioni: poteri, procedimenti e garanzie nel diritto pubblico*, Padova 2020.
- A. POLICE, *I poteri sanzionatori "di regolazione" delle Autorità amministrative indipendenti tra legalità e giustiziabilità*, in *Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Torino 2021, vol. I, pp. 185 ss.
- F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, XXXVI, Roma 2001
- F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti (2004)*, in N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., pp. 205 ss.
- A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Perugia 1997
- A. PREDIERI, *I procedimenti amministrativi*, in *Quad. Cons. St.*, Torino, 1999, pp. 29 ss.
- G. PROTIÈRE, *Autorités administratives (ou publiques) indépendantes*, in *Dictionnaire d'administration publique*, PUG 2014, pp. 45 ss.
- A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2014
- A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino 1994
- F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e 'contrattazione'*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, pp. 1475 ss.
- C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI, (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino 2010
- M.G. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, atti del 61° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso da Provincia di

Lecco, Consiglio di Stato, Varenna-Villa Monastero, 17-18-19 settembre 2015, pp. 345 ss.

L. RAIMONDI, *Commento all'art. 298 Tfrue*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano 2014, pp. 2318 ss.

M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano 1998

M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.*, 2000, pp. 383 ss.

M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, pp. 53 ss.

M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, pp. 11 ss.

M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.* 2015, pp. 488 ss.

M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.* 2017, pp. 127 ss.

M. RAMAJOLI, *Pretesa precettiva e flessibilità delle linee guida ANAC*, in F. LIGUORI, S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli 2017, pp. 79 ss.

M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, cit., pp. 147 ss.

M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell'autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, 2018, pp. 83 ss.

M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, pp. 557 ss.

M. RAMAJOLI, *Il potere d'azione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, 2018, pp. 83 ss.

M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, 2019, in www.giustizia-amministrativa.it

M. RAMAJOLI, *La tutela antitrust nel XXI secolo*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, pp. 221 ss.

M. RAMAJOLI, *Brevi note sui rimedi di precontenzioso dell'ANAC tra legalità processuale e termine di decadenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 174 ss.

P. RANCI, *L'energia elettrica e il gas*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, cit. pp. 129 ss.

N. RANGONE, *Regolazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, V, Milano 2006, p. 5057 ss.

N. RANGONE, *D.lg.s 19 gennaio 2017, n. 3: profili amministrativistici*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, pp. 255 ss.

M. RENNA, *Le questioni di legittimità del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore on line*, in *AIDA – Annali italiani del diritto d'autore*, Milano 2014, pp. 111 ss.

G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, pp. 1494 ss.

G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 247 ss.

R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Roma 1972

V. RICCIUTO, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli 2006, pp. 971 ss.

M.T. RIZZO, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2014, pp. 1387 ss.

S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969

R. ROLLI, *Autorità, libertà e indipendenza. La copertura costituzionale delle autorità indipendenti*, in F. LUCIANI (a cura di), *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, cit. pp. 174 ss.

E. ROMANI, *La legittimazione straordinaria dell'ANAC: un frammento di giurisdizione oggettiva nel processo di parti. Riflessioni a margine del parere del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 1119*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, pp. 261 ss.

A. ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 1989, pp. 511 ss.

A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, pp. 635 ss.

M.C. ROMANO, *Atti amministrativi generali*, in *Diz. dir. pubbl.*, Milano 2006 pp. 491 ss.

M. C. ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli 2013

M.C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016, pp. 283 ss.

M.C. ROMANO, *I diritti dei partecipanti al procedimento*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016, pp. 373 ss.

M.C. ROMANO, *Le ipotesi sottratte all'applicazione delle norme sulla partecipazione*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016, pp. 436 ss.

M.C. ROMANO, *Il ruolo e le competenze dell'Anac sui contratti pubblici*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli 2017, pp. 769 ss.

M.C. ROMANO, *Oggettivizzazione della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania. Impulsi europei. Riflessioni comparative e punti di convergenza*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, cit., pp. 159 ss.

M.C. ROMANO, *Crisi della distinzione tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 293 ss.

M.C. ROMANO, *Crisi della distinzione tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Tomo II, Torino 2021, pp. 1004 ss.

A. ROMANO TASSONE, *Normazione secondaria*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano 2005, pp. 47 ss.

A. RONCO, *Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma di quella collettiva – Il consumatore solitario (all'ombra dell'azione di classe)*, in *Giur. it.*, 2021, pp. 226 ss.

R. RORDORF, *La Consob come autorità indipendente nella tutela del risparmio*, in *Foro it.*, 2000, pp. 145 ss.

G. ROSSOLILLO, *Cooperazione rafforzata e Unione economica e monetaria: modelli di flessibilità a confronto*, in *Riv. dir. int.*, 2014, pp. 325 ss.

F. SAJA, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato: prime esperienze e prospettive di applicazione della legge*, in *Giur. comm.*, 1991, pp. 464 ss.

P. SALIN, *Liberalismo*, ed. it. Soveria Mannelli 2002

P. SALIN, *Globalizzazione o barbarie. Piccolo manuale contro i protezionismi*, ed. it. Soveria Mannelli 2006

P. SALIN, *La concorrenza*, ed. it., Soveria Mannelli 2007

P. SALVATORE, *Revoca degli atti. III) revoca degli atti amministrativi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, vol. XXVII

F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, pp. 684 ss.

F. SALVIA, *Il mercato e l'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, II, p. 1287 ss.

F.E.A. SANDER, *Alternative Methods of Dispute Resolution - An Overview*, in *University of Florida Law Review*, 1985

A. SANDULLI, G. PIPERATA (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo vent'anni dopo*, Napoli 2011, pp. 185 ss.

A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1954, IV, pp. 221 ss.

A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli 1983

M. A. SANDULLI, L. VANDELLI (a cura di), *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione. Atti del 20° Congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo: Roma, 27 febbraio-1 marzo 2014*, Napoli 2014

M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli 1983

M.A. SANDULLI, *Sanzione (sanzioni amministrative)*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma 1992

M. A. SANDULLI, *Introduzione ad un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in *www.federalismi.it*, 2012

D. SANTORO, *Il ruolo delle commissioni parlamentari nell'ambito delle procedure di nomina degli organi di vertice di enti pubblici e autorità amministrative indipendenti*, in *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, Camera dei deputati, Roma 2013

F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e "preferenza di amministrazione"*, in *Il processo*, 2020, pp. 749 ss.

M. SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità indipendenti*, Padova 2019

F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 299 ss.

M. SAVINO, *L'indagine conoscitiva del Parlamento*, in F. A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, cit. pp. 121 ss.

M. SAVINO, *L'organizzazione amministrativa europea*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, cit. pp. 39 ss.

E. SCHMIDT-AßMANN, *Die gerichtliche Kontrolle administrativer Entscheidungen im deutschen Bau- Wirtschafts- und Umweltverwaltungsrecht*, in J. SCHWARZE, E. SCHMIDT AßMANN (a cura di), *Das Ausmaß der gerichtlichen Kontrolle im Wirtschafts- Verwaltungs- und Umweltrecht. Vergleichende Studien zur Rechtslage in Deutschland, Frankreich, Griechenland und in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden 1992, p. 30 ss.

E. SCHMIDT-AßMANN, *Die Kontrollsdichte der Verwaltungsgerichte*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1997, pp. 281 ss.

E. SCHMIDT-AßMANN, *Forme di cooperazione amministrativa europea*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 473 ss.

E. SCHMIDT-AßMANN, B. SCHONDORF-HAUBOLD (a cura di), *Der Europäische Verwaltungsverbund: Formen und Verfahren der Verwaltungszusammenarbeit in der EU*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2005

E. SCHMIDT-AßMANN, L. DE LUCIA, M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizione amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 711 ss.

E. SCHMIDT-AßMANN, *Die Chevron-Doktrin auf dem Rückzug?: zur gerichtlichen Kontrollsdichte im Umweltverwaltungsrecht der USA*, in *EurUP*, 2019, pp. 395 ss.

C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, trad. it. Milano 1981

C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, trad. it. Bologna 2012

F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 257 ss.

F.G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust*, cit. pp. 259 ss.

F. G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.* 2020, pp. 1095 ss.

A. SCOGNAMIGLIO, *La legittimazione del denunciante ad impugnare le delibere di non avvio dell'istruttoria e di archiviazione adottate dall'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Foro amm.*, 1999, pp. 1149 ss.

A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 503 ss.

T. SICA, *Il ruolo del contratto di dispacciamento di energia elettrica nel mercato regolato*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 810 ss.

T. SICA, *Autorità indipendenti e autonomia privata: le soluzioni del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 2497 ss.

D. SICLARI, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2016, pp. 189 ss.

G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, pp. 670 ss.

D. SIMEOLI, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Dig. disc. priv.*, Agg, Torino 2014, pp. 94 ss.

M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit. pp. 386 ss.

M. SIRAGUSA, E. GUERRI, G. FAELLA, *Gli impegni e le misure cautelari*, in F. CINTIOLI, F. DONATI (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, cit., pp. 41 ss.

C. SOLINAS, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura dell'energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato*, in *Contr. impr.*, 2010, pp. 1368 ss.

A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino 2009

D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna 1999

F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, XXXV, Padova 2004

S. STAIANO, *Essere giudice "a limitato fine". Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 2018

S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione Europea*, Milano 2004

G.J. STIGLER, *The theory of economic regulation*, in *Bell Journal of Economics Management Science*, 1971, pp. 3 ss.

G. STROZZI, *Diritto dell'unione europea*, Torino 2010

M. TARUFFO, *Comunicazione*, in AA.VV., *Regolazione e garanzie del pluralismo*, Milano 1997, pp. 177 ss.

M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992.

E. TEDESCO, *Regolazione dell'economia e integrazione del contratto. Il rapporto tra le autorità di regolazione e l'autonomia privata*, in *Contratti*, 2021, pp. 231 ss.

G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna 2000

G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova 2012

P. TESAURO, *Le "Independent regulatory commissions: organi di controllo dei pubblici servizi negli Stati Uniti*, Napoli 1966

- G. TIBERI, *Le Independent Commissions nell'ordinamento statunitense*, in *Amministrare* 2000, pp. 167 ss.
- R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano 2007
- A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano 2014
- L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova 1992
- L. TORCHIA (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova 1993
- L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alle cure delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE E C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, pp. 55 ss.
- L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, relazione al Convegno “*Giustizia amministrativa e crisi economica*”, Consiglio di Stato, Roma, 25-26 settembre 2013
- S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 97 ss.
- A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova 1983
- A. TRAVI, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, pp. 558 ss.
- A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. app.*, 1997, pp. 1263 ss.
- A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in www.giustamm.it, 2008
- A. TRAVI, *Certeza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 627
- A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, 2019, su www.giustizia-amministrativa.it
- A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Milano 2019
- F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata ed articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol dir.*, 1992, pp. 3 ss.
- F. TRIMARCHI BANFI, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale. Questioni di competenza e questioni di sostanza*, in *Dir. pubbl.*, 2020
- M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità Indipendenti*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82, 3-2013

M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in www.giustamm.it, 2013

M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 2016;

C. TUBERTINI, *Riforma costituzionale e potestà regolamentare dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, pp. 935 ss.

S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2017, pp. 1 ss.

A. VANNUCCI, *Disapplicazione e diritto comunitario. La flessibilità come unica via per garantire coerenza all'ordinamento in una prospettiva sempre più integrata*, in www.federalismi.it, 2011

G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolative*, Padova 1993

A. VIGNERI, *La sanzione amministrativa. Origine e nozione*, Padova 1983

R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino 2017

S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino 2018

F. A. VON HAYEK, *The constitution of liberty*, London-Chicago 1960; trad. it.: *La società libera*, Firenze 1969

F. A. VON HAYEK, *Law, legislation and liberty*, London 1973-1979; trad. it.: *Legge, legislazione e libertà*, Milano 1986

F. A. VON HAYEK, *Liberalismo*, in *Enciclopedia del Novecento*, 1978; ed. it. Soveria Mannelli 2012

F. A. VON HAYEK, *The road to Serfdom*, Chicago, 1944; ed. it. *La via della schiavitù*, Soveria Mannelli 2011

L. VON MISES, *Liberalismo*, ed. it. Soveria Mannelli 1997

L. VON MISES, *I fallimenti dello Stato interventista*, ed. it. Soveria Mannelli 2011

W. WOLFGANG, *Der Europäische Verwaltungsverbund*, Dunker & Humblot, Berlin 2010

G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino 1924

G. ZANOBINI, *La potestà regolamentare e le norme della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pp. 553 ss.

A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza (il rapporto tra autonomia contrattuale e disciplina del mercato)*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust*, cit., II, cit., pp. 1095 ss.