

STUDI PER UN NUOVO DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da

S. Cagnetti, A. Contieri, S. Licciardello, M. Nettesheim, S. Perongini, A. Zito

Nuova serie

Francesco Zammartino

Il modello moltepllice

La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti



G. Giappichelli Editore

STUDI PER UN NUOVO DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da

S. Cagnetti, A. Contieri, S. Licciardello, M. Nettesheim, S. Perongini, A. Zito

Nuova serie – 12

Comitato scientifico:

Francesco Astone	Andrea Maltoni
Antonio Barone	Francesco Manganaro
Francisco Miguel Bombillar Saenz	Daniele Marrama
Chiara Cacciavillani	Enzo Maria Marengi
Roberto Cavallo Perin	Marco Mazzamuto
Michele Conforti	Agostino Meale
Guido Corso	Alessandro Pajno
G. Paolo Cirillo	Luca Raffaello Perfetti
Luca De Lucia	Geminello Preterossi
Marina D'Orsogna	Andrea Rallo
Andrea Federico	Mauro Renna
Fabrizio Figorilli	Diego Sabatino
Enrico Follieri	Fabio Saitta
Marcello Fracanzani	Maria Alessandra Sandulli
Fabrizio Fracchia	Franco Gaetano Scoca
Lucio Iannotta	Mario Rosario Spasiano
Maria Immordino	Marco Tiberii
Giovanni Leone	Fabrizio Tigano
Fiorenzo Liguori	Virginia Zambrano

In copertina:

RENÉ MAGRITTE, *Golconda* (1953), La collezione Menil, Houston, Texas, olio su tela.

Francesco Zammartino

Il modello molteplice

La potestà normativa delle
Autorità amministrative indipendenti



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3374-7
ISBN/EAN 978-88-921-8759-7 (ebook - pdf)

I volumi pubblicati nella presente Collana sono stati oggetto di procedura di doppio refe-
rimento cieco (*double blind peer review*), secondo un procedimento standard concordato
dai Direttori della collana con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.

*Questo volume è stato stampato con il contributo del Dipartimento di Scienze Umane
e Sociali dell'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale".*

Composizione: La Fotocomposizione - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/
fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della
legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per
uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da
CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108,
20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Ad Anna, Asia e Miriam

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Presentazione</i>	XI

Capitolo Primo

Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento giuridico generale

1. Introduzione: oggetto e scopo della ricerca	1
2. Brevi considerazioni sui modelli sperimentati in altri Paesi	13
3. Sulla collocazione istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti: nuovi profili?	19
4. La natura giuridica delle Autorità amministrative indipendenti nella logica della separazione fra politica e amministrazione	23
5. Le Autorità amministrative indipendenti tra indipendenza strutturale e indipendenza funzionale	35

Capitolo Secondo

Il fondamento dei poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti

1. Prime considerazioni generali sul fondamento della potestà normativa attribuita alle Autorità indipendenti	45
2. La ricostruzione della teoria dell'atto normativo quale preludio all'attività normativa delle <i>Authorities</i>	51
3. Cenni sui profili dell'impugnabilità degli atti normativi	59
4. La proliferazione dei processi c.d. "artificiali" di produzione normativa	62

	<i>pag.</i>
5. Il potere normativo delle Autorità indipendenti quale espressione del sistema pluralistico dell'ordinamento	68
6. La regolazione normativa delle Autorità indipendenti tra tecnicità e procedimentalizzazione	72
7. La partecipazione ai procedimenti normativi delle Autorità amministrative indipendenti	77
8. Il potere di regolazione normativa al vaglio della legalità procedurale	80

Capitolo Terzo

Gli atti normativi delle Autorità indipendenti nel sistema costituzionale delle fonti

1. L'attività normativa delle Autorità tra atipicità delle forme ed eterogeneità dei contenuti	91
2. La collocazione nel sistema delle fonti degli atti normativi delle Autorità indipendenti e il rapporto con le leggi istitutive: primi accenni	96
2.1. <i>Segue ...</i>	101
3. Inapplicabilità dell'istituto della delega legislativa nel rapporto tra leggi istitutive e potere normativo	104
4. La natura giuridica degli atti normativi delle Autorità indipendenti	108
5. Sulla natura della legge statale quale fonte sulla produzione dell'attività regolatoria-normativa delle <i>Authorities</i>	113
6. Autonomia organizzatoria delle Autorità indipendenti quale fonte normativa	118
7. Vicende dei criteri gerarchico e di competenza nella risoluzione delle antinomie normative	121

Capitolo Quarto

La regolazione di soft law e il caso delle linee guida Anac

1. La regolazione di <i>soft law</i> delle <i>Authorities</i> : quale produzione normativa?	125
2. Il valore giuridico delle linee guida: il caso Anac	131

	<i>pag.</i>
3. Natura, tipologie e portata applicativa delle linee guida Anac	135
4. Le linee guida vincolanti: inconciliabilità tra <i>nomen</i> ed effettività normativa?	141
5. La vincolatività delle linee guida tra interpretazione del Codice e giurisprudenza amministrativa	144
6. Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti di regolazione: profili generali	152
7. Le diverse valutazioni circa il sindacato sulle linee guida Anac	160

Capitolo Quinto

La potestà normativa delle singole Autorità amministrative indipendenti

1. Premessa	163
2. Commissione nazionale per le società e la Borsa (Consob)	166
3. Banca d'Italia	185
4. Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm)	192
5. Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom)	207
6. Garante della <i>privacy</i>	221
7. Istituto vigilanza sulle assicurazioni (Ivass)	231
8. L'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (Arera)	239
9. Autorità di regolazione dei trasporti (Art)	251
10. Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sull'esercizio del diritto di sciopero (Cgsse)	259
11. Autorità nazionale anticorruzione (Anac)	264

Capitolo Sesto

Hard law, soft law e legalità procedurale. Alcune riflessioni conclusive

1. Brevi cenni sull'evoluzione del rapporto tra <i>hard law</i> e <i>soft law</i>	277
2. Il " <i>notice and comment</i> ", ovvero la legalità procedurale, nell'attività di <i>soft law</i> delle Autorità amministrative indipendenti	281
3. Considerazioni finali	283
<i>Bibliografia</i>	299

Presentazione

Quello delle Autorità Amministrative indipendenti costituisce uno dei temi più affrontati negli ultimi decenni dagli studiosi del diritto pubblico, uno degli argomenti più complessi e controversi.

Il dibattito dottrinario è sempre aperto e continuo ed i contributi si susseguono anche per l'incalzante creazione da parte del legislatore di nuove figure che vanno ad arricchire il già immenso terreno di indagine (si pensi al nuovo modello di autorità giurisdicente, l'Anac).

Sicché, l'interesse della dottrina si spiega non più per la novità dell'argomento, ma per il costante richiamo che esercitano queste Autorità, che si collocano in un crocevia istituzionale attraversato dagli innumerevoli venti di trasformazione che hanno innovato il nostro ordinamento sin dagli anni novanta, ridisegnandone molti aspetti.

Si può senz'altro affermare che nel codice genetico di queste Autorità troviamo il declino del modello di amministrazione cavouriana di cui all'art 95 Cost., con l'affermarsi del principio di separazione tra amministrazione e politica, il passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato garante della concorrenza e dei diritti dei cittadini, allo Stato regolatore, l'irresistibile ascesa della tecnica, la sostituzione della norma tecnica alla norma giuridica, della tecnocrazia alla rappresentanza politica, della legalità sostanziale alla legalità procedurale, l'irrompere di nuove e atipiche fonti, dalla natura più o meno vincolante.

Per tante ragioni uno studio approfondito sulle Autorità Amministrative indipendenti deve affrontare nuove difficoltà o, comunque, problemi irrisolti e non può dare nulla di scontato.

Con metodo analitico e rigore Francesco Zammartino ci conduce in quella che potremmo definire la galassia delle Autorità indipendenti, viste nella prospettiva di potere amministrativo di regolazione, esaminando la produzione normativa di ciascuna di esse e, all'interno di ognuna, le

multiformi figure in cui si manifesta il potere regolatorio, interrogandosi sulla natura o meno di fonte normativa, sul grado di vincolatività e sul suo possibile inquadramento nell'ambito della cosiddetta *soft law*.

L'indagine è approfondita, analitica ed estesa perché è condotta sulla produzione normativa di tutte le Autorità indipendenti italiane.

Ne emerge un quadro profondamente differenziato e disomogeneo, non solo dal raffronto tra le varie Autorità, per le quali si è sempre sottolineata la difficoltà della sussunzione in una unitaria figura organizzativa, ma anche all'interno della medesima Autorità, che quasi sempre dispone, o per attribuzione legislativa o per autonoma scelta, di un potere regolatorio che si esprime in una pluralità di forme, che vanno dal regolamento all'atto amministrativo generale di regolazione, alle più problematiche figure delle linee guida, indicazioni, raccomandazioni, istruzioni, indirizzi interpretativi, standard operativi, atti di segnalazione, codici di autodisciplina, tutte figure, queste ultime, per le quali all'informalità spesso si accompagna una vincolatività che deriva dalla autorevolezza della Autorità che l'ha prodotta.

Questo nuovo e multiforme sistema delle fonti, che non si fonda più esclusivamente sul principio della rappresentanza democratica e che ha cercato con la legalità procedurale di tipo partecipativo una nuova forma di legittimazione, costituisce il tema principale dell'opera di Francesco Zammartino, che analizza il fondamento, la genesi, le caratteristiche dei processi di produzione normativa e l'impatto che le innumerevoli manifestazioni di *soft law* hanno avuto sul tradizionale sistema delle fonti.

Essa offre al lettore un panorama completo e originale dell'attività normativa delle Autorità indipendenti, riuscendo ad individuare analogie e dissonanze tra le molteplici manifestazioni regolatorie, ma avendo sempre come punto di riferimento la fonte primaria.

In effetti, uno dei maggiori pregi del lavoro, e ciò costituisce una novità nel panorama dottrinario italiano, è proprio lo studio analitico delle innumerevoli forme, tipizzate o meno, dell'attività regolatoria di tutte le Autorità ed il conseguente tentativo, senz'altro riuscito, di individuare alcune caratteristiche comuni ma, soprattutto, notevoli differenziazioni, anche all'interno del materiale normativo di una singola Autorità, in relazione alla natura stessa di fonte e al diverso grado di vincolatività, a prescindere dalla tipologia e dalla stessa denominazione degli atti esaminati.

Lo sforzo ricostruttivo approda a conclusioni che mettono in luce la

precarità di un sistema che, all'inidoneità dei processi politici a governare la realtà nel suo sviluppo e nella sua complessità, si è limitato a contrapporre il proliferare magmatico di fonti informali di produzione normativa in una "zona grigia di giuridicità" che difficilmente si presta ad un effettivo sindacato giurisdizionale.

Alfredo Contieri

Capitolo Primo

Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento giuridico generale

SOMMARIO: 1. Introduzione: oggetto e scopo della ricerca. – 2. Brevi considerazioni sui modelli sperimentati in altri Paesi. – 3. Sulla collocazione istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti: nuovi profili? – 4. La natura giuridica delle Autorità amministrative indipendenti nella logica della separazione fra politica e amministrazione. – 5. Le Autorità amministrative indipendenti tra indipendenza strutturale e indipendenza funzionale.

1. Introduzione: oggetto e scopo della ricerca

Una delle novità più importanti degli ultimi decenni che ha caratterizzato il processo di trasformazione dell'organizzazione statale in Italia è stata, senza ombra di dubbio, il *vertiginoso* proliferare delle c.d. autorità amministrative indipendenti¹.

Come è noto, trattasi di organismi che sono stati mutuati nel nostro Paese da altre realtà ordinamentali (si pensi, prima fra tutte, all'esperienza statunitense²), e la loro affermazione nel nostro ordinamento è stata relazionata, specificamente, sia ai cambiamenti che interessarono il modello economico del Paese a cavallo tra gli anni '80 e '90, quando fu av-

¹ L'espressione "Autorità amministrative indipendenti" fu adoperata inizialmente nel corso dei lavori della Commissione Piga (costituita per Studi per la modernizzazione delle istituzioni) allorquando già esistevano soggetti dotati di un certo grado d'autonomia dalle autorità di governo, quali l'Isvap, la Consob e la Banca d'Italia.

² M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995.

viata una serie di misure legislative al fine di incentivare, mediante la privatizzazione, la liberalizzazione dei servizi nazionali di pubblica utilità, e di conseguenza, realizzare quel passaggio da un'economia amministrata (o "diretta") ad un'economia "regolata"³, sia all'affermazione della disciplina di fonte comunitaria nell'ambito della politica economica nazionale⁴.

Di fronte alla riespansione del mercato⁵, lo Stato-amministrazione⁶, da un punto di vista strutturale, risultò progressivamente inidoneo a svolgere compiti e prestazioni nell'ambito della società e a garantire ai cittadini i diritti di natura civilistica, nonché quelli sociali di impianto costituzionalistico.

Si avviò, quindi, parallelamente alla drastica riduzione dell'intervento

³ Non è certo un caso che il legislatore – specie in materia di servizi di pubblica utilità – avesse per lo più subordinato l'avvio della privatizzazione proprio alla costituzione di Autorità di settore. Le autorità istituite sono state: la Consob istituita con la l. 7.6.1974, n. 216 e fornita di personalità giuridica e di piena autonomia con la l. n. 281/1985 la cui attività è rivolta alla tutela degli investitori, all'efficienza, alla trasparenza e allo sviluppo del mercato mobiliare; il Garante per la radiodiffusione e l'editoria (l. 6.8.1990, n. 223), a cui poi è subentrato l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (l. 31.7.1997, n. 249); l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, c.d. Autorità antitrust o brevemente Agcm (l. 10.10.1990 n. 287) che nel frattempo si è vista ampliare le sue competenze in tema di conflitto di interessi (l. 20.7.2004, n. 215; d.lgs. n. 206/2005; d.lgs. n. 145/2007; d.l. n. 1/2012); la Commissione di vigilanza sui fondi pensione (Covip) istituita con l. 12.6.1990, n. 146 (poi integrata dalla l. 11.4.2000, n. 83) con la funzione di controllare sull'adeguamento tra il diritto di sciopero e i diritti dei cittadini nell'ambito di servizi pubblici essenziali; l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, per il servizio idrico e per i rifiuti istituita con l. n. 481/1995); il Garante per la protezione dei dati personali (l. 31.12.1996, n. 675 e, a seguire, d.lgs. 30.6.2003, n. 196); il Garante per la sorveglianza dei prezzi previsto con la legge finanziaria del 2008; l'Autorità di regolazione dei trasporti di cui all'art. 37 del d.l. 6.12.2011, n. 201, convertito nella l. 22.12.2011, n. 214; l'Agenzia per l'Italia Digitale istituita con d.l. 22.6.2012, n. 83, convertito nella l. n. 134/2012; Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (Ivass) disciplinato con l. n. 135/2012; l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (cfr. l'art. 4, l. 11.2.1994, n. 109 e succ. modifiche, che attribuiva all'Autorità compiti di vigilanza e di segnalazione in ordine alla corretta applicazione della normativa in tema di lavori pubblici), poi "assorbita" nell'Anac (l. 6.11.2012, n. 190).

⁴ A. SANDULLI, *Funzioni pubbliche (e servizi pubblici)*, in *Dizionario enciclopedico del diritto*, vol. I, Padova, 1996, 720-721.

⁵ M.S. GIANNINI, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, 313 ss.

⁶ Sul punto, si v. F.P. CASAVOLA, *Quale «statuto» per le Autorità indipendenti*, in *Quaderni riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 2/1997, 19.

statale nell'economia, un processo di trasformazione delle strutture amministrative prima in aziende autonome, poi in enti pubblici ed enti pubblici economici, e infine, per evidenziare ancora più marcatamente il progressivo sganciamento dall'amministrazione ministeriale, nell'istituzione⁷, in piena privatizzazione degli enti pubblici, delle autorità amministrative indipendenti, cui si è attribuita una connotazione "apolitica", resa opportuna allorché ci sia necessità di un riordinamento nella composizione degli interessi in gioco nelle singole aree di riferimento⁸.

In altri termini, lo Stato-imprenditore, ritirandosi dal mercato, butta nella mischia un "regolatore" il cui compito principale è assicurare il corretto funzionamento dei mercati rimessi all'iniziativa dei privati⁹. Questo anche perché l'"esternalizzazione" dei compiti di regolazione dei mercati è stata, tra l'altro, legittimata dal fatto che questi ultimi non erano di per sé in grado di garantire la concorrenza al loro interno, né di tutelare esigenze in senso lato collettive in presenza della pluralità dei gestori.

Il fatto però che le Autorità in questione assommino poteri amministrativi, normativi, ordinatori, sanzionatori e para-giurisdizionali suscita non pochi problemi in dottrina¹⁰, come nella giurisprudenza, in riferimento alla loro legittimazione in una forma di governo fondata sul principio della separazione dei poteri e delle istituzioni della rappresentanza¹¹.

⁷ L'ovvio riferimento normativo è il d.l. 31.5.1994, n. 332, conv. in l. 30.7.1994, n. 474. In dottrina, F. MERUSI, *La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle autorità amministrative indipendenti*, in S. CASSESE-F. FRANCHINI (a cura di), *La Pubblica Amministrazione italiana*, Bologna, 1994, 34; V. CERULLI IRELLI-G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994.

⁸ L. PRINCIPATO, *La responsabilità politica per fatto delle autorità amministrative indipendenti*, in G. AZZARITI (a cura di), *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità*, Torino, 2005, 198.

⁹ Sul passaggio dal modello dello Stato imprenditore a quello dello Stato regolatore si v., R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova Costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. CHIRULLI-R. MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione*, Napoli, 2011, 137 ss.

¹⁰ Per una sintesi di tale dibattito, v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 95 ss.

¹¹ Questa impostazione in G. DE VERGOTTINI, *L'autorità di regolazione dei servizi pubblici e il sistema costituzionale dei pubblici poteri*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1995.

D'altra parte, non sembra affatto peregrino affermare che le incertezze che si sollevano in ordine ai connotati giuridici della categoria¹² derivano soprattutto dalla *distonia* riguardo al tradizionale circuito della legittimazione democratica e dalla sua stessa sistemazione rispetto all'altrettanto tradizionale apparato dei poteri statuali¹³, a tal punto che autorevole dottrina, sin dall'inizio, ha parlato di un vero e proprio "rompicapo 'costituzionale'"¹⁴.

Figure organizzatorie, insomma, cui pare non facile attribuire un'unitaria definizione, atteso che all'eccessiva proliferazione di tali organismi¹⁵ il legislatore, attraverso schemi tipici e variabili¹⁶, non ha accompagnato una disciplina omogenea delle c.d. *Authorities*, una loro stabile sistematizzazione attraverso una disciplina minima comune del fenomeno sia a livello costituzionale che a livello di disciplina primaria, dando vita ad organizzazioni diverse le une dalle altre, talune con poteri di regola-

¹² V. CERULLI IRELLI, *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità*, in A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna, 2001, 54 ss.; recentemente, cfr. A. PIROZZOLLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, in *federalismi.it*, n. 23/2017, 3-4.

¹³ Sul punto in particolare, si v., tra gli altri, S. NICCOLAI, *Quando nasce un potere*, in *Giur. cost.*, 1995, 1673; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, 33 ss.; G. ALPA, *I poteri regolamentari delle Autorità amministrative indipendenti e la disciplina dei contratti*, in *Istituzioni, mercati e democrazia*, Torino, 2002, 11; recentemente, A. PATRONI GRIFFI, *Le autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale; profili problematici di ieri e di oggi*, in *Rass. dir. pubbl.*, nn. 1-2, 2015, 5; per un quadro generale del tema, si rinvia, per tutti, G. SILVESTRI, *I poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, 670 ss.

¹⁴ E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, in *www.astrid-online.it*, 2006.

¹⁵ Si v. S. CRISCI, *La proliferazione delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Cons. Stato*, 1995, II, 787, il quale sottolinea che per le Autorità in parola, nonostante i *distinguo* che comunque vanno fatti tra le diverse autorità, è lo stesso ordinamento giuridico complessivamente inteso a conferirle una legalità di natura sostanziale nell'esercitare poteri sanzionatori e regolativi al fine di garantire i diritti fondamentali del singolo avverso i soprusi del potere esecutivo e del mercato globalizzato. Sul fenomeno della proliferazione delle Autorità indipendenti in relazione alla loro mancanza di responsabilità politica, si v. M. DOGLIANI, *Il ruolo della Corte costituzionale nel processo di formalizzazione dell'ordinamento giuridico*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 11, Torino, 2000, 145.

¹⁶ Si cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 31.

zione, di mera esecuzione di leggi, talaltre, di quando in quando, di garanzia o di vigilanza¹⁷.

E lo stesso aggettivo “indipendente”, considerato suscettivo di graduazioni¹⁸, ha, nel caso di specie, un significato ancora solo “stipulativo¹⁹”, se è vero che l’indipendenza di alcuni di questi organismi (si pensi alla Commissione per l’accesso ai documenti amministrativi istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell’art. 27 della l. 7.8.1990, n. 241 e successive modifiche ed integrazioni, che risulta strettamente dipendente dalla Presidenza del Consiglio dal punto di vista organizzativo²⁰) risulta, in ogni modo, alquanto discutibile, sia riguardo alla loro composizione (collegiali e monocratiche), sia riguardo alle modalità di selezione (nomine parlamentari o governative) che vivono in una pluralità di soluzioni fissate nell’ordinamento e al numero e alla durata del mandato dei componenti (cariche rinnovabili e non), sia riguardo ai requisiti soggettivi di professionalità e alle condizioni di incompatibilità con altri incarichi dai componenti ricoperti²¹.

In linea più generale – e senza qui indugiare sui vari motivi che hanno

¹⁷ A. MASSERA, *La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle autorità amministrative indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994, 34.

¹⁸ G. SANTANIELLO, *Brevi note sui profili istituzionali della nuova CONSOB*, in *Foro amm.*, 1986, II, 1213; A. MASSERA, *La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle autorità amministrative indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994, 34; S. CASSESE, *Poteri indipendenti. Stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro it.*, 1996, V, 7.

¹⁹ Sulla questione si v. V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico società civile*, in *Foro amm.*, 1997, 341 ss.; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645 ss.; L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, a cura di S. CASSESE, Bologna, 1996, 55 ss.

²⁰ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, 229.

²¹ Secondo B. CARAVITA, *Le autorità indipendenti attraverso il prisma delle loro relazioni annuali*, in *Federalismi.it*, n. 16/2010, 6, le Autorità in esame non devono rispondere “a requisiti, caratteristiche, procedure totalmente omogenee; al di là di alcuni tratti necessariamente comuni, ogni Autorità si raccorda con proprie caratteristiche ai settori riguardati (proprio quello di una spinta omogeneizzazione e uniformazione è l'errore di fondo compiuto da quasi tutti i recenti progetti di riforma delle Autorità). Tuttavia, occorre riflettere sul fatto che autonomia, indipendenza ed equilibrio sono comunque requisiti necessari delle Autorità, come organo collegiale”.

portato alla nascita e al successivo incremento di questi soggetti – si può evidenziare che trattasi di organismi pubblici cui il legislatore ha attribuito, anche su decisivo impulso dell'ordinamento europeo, la funzione di "presidiare" – specialmente dopo l'ondata di privatizzazioni e di liberalizzazioni avvenuta a partire dai primi anni '90 del secolo scorso – taluni settori o mercati sensibili, affinché valori, quali la libertà di iniziativa economica privata, la concorrenza, la stabilità e il corretto funzionamento del sistema finanziario, la tutela del risparmio, il pluralismo dell'informazione, la *privacy*, e così via, fossero pienamente ed effettivamente tutelati.

Ma pur così argomentando, si è in presenza di soggetti la cui natura giuridica, data anche dall'estrema varietà di accezioni rilevabili in dottrina²², sembra priva di qualsiasi pretesa di definitività; in effetti, anche se è da rilevare che recentemente la giurisprudenza amministrativa è tornata sul problema ribadendo l'orientamento che conferisce a tali autorità matrice pubblicistica e, quindi, da considerarle a tutti gli effetti amministrazioni statali²³, la dottrina più attenta a questi argomenti non ha raggiunto un'unità d'intenti nemmeno nell'elencazione e classificazione di siffatte autorità, rendendo ancora più arduo definire un esaustivo elenco delle stesse²⁴.

Ora, se si pensa che il rito accelerato disciplinato dall'art. 119, terzo comma, c.p.a. (letto in combinato disposto con l'art. 133 c.p.a.) si applica ai provvedimenti delle Autorità se ed in quanto il giudice amministrativo abbia giurisdizione su di essi, sia che si tratti di giurisdizione esclusiva, sia che si tratti di giurisdizione di legittimità²⁵, è evidente che la loro definizione non consiste in un problema meramente ricognitivo²⁶.

²² G. AMATO, *ivi*; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi giallo"*, Bologna, 2000.

²³ TAR Lazio, sez. III, 28 febbraio, 2018, n. 2252; Cons. Stato, sez. III, 21.1.2015, n. 184; Id., sez. VI, 23.6.2017, n. 3080, nella quale sentenza si ritenuto legittimo l'inserimento delle Autorità nell'elenco ISTAT.

²⁴ Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Problematicità dei tratti caratterizzanti e prospettive di classificazione sistematica, delle autorità indipendenti. Una sintesi ricognitiva*, in ID. (a cura di), *Le autorità indipendenti. Una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, Torino, 2002, 272 ss.

²⁵ R. DE NICTOLIS, *Il rito abbreviato comune a determinate materie nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia.amministrativa.it, 23.9.2010.

²⁶ È bene dire, in primis, che l'art. 133 c.p.a. non è capace di colmare le lacune che

Basti pensare, a titolo meramente semplificativo, che mentre l'Agcom viene generalmente descritta quale un'autorità amministrativa indipendente, in quanto opererebbe con autonomia ed indipendenza in ossequio al principio di trasparenza, non pochi contestano che la medesima definizione possa attribuirsi all'Anac, atteso che la nomina dei suoi organi di vertice è frutto di una scelta discrezionale del Governo, ed appare difficile che possano effettivamente mantenersi indipendenti dal potere politico²⁷.

L'incertezza, poi, è maggiore nel caso della Banca d'Italia, per la quale, nonostante il Supremo Giudice degli interessi, in una nota sentenza del 2005 (la n. 4521), l'avesse esplicitamente definita Autorità amministrativa indipendente in ragione sia della sua posizione istituzionale sganciata dalla struttura organizzativa del Governo (indipendenza strutturale), sia dell'esplicito riconoscimento nei Trattati europei (indipendenza funzionale), nel 2010 l'allora Direttore Generale Fabrizio Saccomanni, durante un'audizione sulle Autorità amministrative indipendenti, ha precisato che *“pur svolgendo attività di controllo analoghe a quelle delle Autorità indipendenti, e possedendo caratteristiche che ad esse la accomunano, la Banca d'Italia se ne differenzia, oltre che per la sua ben più remota origine, per la molteplicità e complessità delle sue funzioni, per le particolari garanzie che rafforzano la sua indipendenza e per la sua completa autonomia finanziaria, che le consente di operare senza oneri per il bilancio dello Stato e per i soggetti vigilati”*, il che equivaleva a dire che la Banca d'Italia costituiva un *unicum* rispetto ai tradizionali modelli di soggetti pubblici.

In assenza di una specifica legge che stabilisca quali siano le Autorità indipendenti e le loro relative caratteristiche, si è dell'opinione che è alquanto arduo ricorrere all'art. 133 c.p.a., primo comma, lett. l) quale di-

pone la disposizione contenuta nell'art. 119 c.p.a., poiché individua determinate Autorità ma non le qualifica quali Autorità amministrative indipendenti, mentre l'art. 119 c.p.a., per il rito speciale, si riferisce ai provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti; in secondo luogo, non opera un'elencazione esaustiva di tutte le Autorità amministrative indipendenti e include tra le autorità la Banca d'Italia e la Commissione di vigilanza sui fondi pensione, per le quali è dubbia la loro natura di Autorità indipendenti, sul punto in dottrina si v. S. NAPOLITANO, *La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Gazz. amm.*, n. 1, 2019, 159 ss.

²⁷ Cfr. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il decreto legislativo 1° aprile 2016 n. 50*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro*, vol. I, Torino, 2017, 79 ss.; V. GIANNELLI, *Linee guida Anac e “fuga” dall'Esecutivo*, in *Forum Quaderni cost.*, n. 9, 2018.

sposizione in cui si definisce l'ambito soggettivo di applicazione; tale disposizione, invero, comprende la Banca d'Italia e la Commissione di vigilanza sui fondi pensione – per le quali, come si è già evidenziato, è dubbia la nomina di Autorità Indipendente – mentre prevede altre Autorità che, invece, potrebbero essere qualificate come indipendenti, con la conseguenza che per i loro atti, ove autoritativi, sarebbe competente il giudice ordinario, al di fuori del rito abbreviato.

Affermatesi nel contesto di una società ormai incline ad individuare la legittimazione del potere pubblico non solo nel principio rappresentativo, ma anche nei principi di imparzialità, di buon andamento, di partecipazione del privato al procedimento, di garanzia dei diritti²⁸, le Autorità in parola si pongono, prendendo a prestito le parole del TAR Campania, quali “*organismi collegiali dotati di specifici apparati organizzatori autonomi posti da leggi speciali di settore a sovrintendere a ordinamenti settoriali sensibili o di particolare rilievo sociale in funzione di regolazione e controllo a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti*”²⁹.

In altre parole, le Autorità amministrative indipendenti introdotte nel corso degli anni dal legislatore sembrano il congegno più appropriato volto ad assicurare la regolazione e la vigilanza in specifici campi, quali, tra l'altro, il risparmio, la concorrenza, le telecomunicazioni, l'energia e la protezione dei dati personali.

Non volendo indugiare nel difficile compito di dare una precisa definizione di Autorità indipendente, dalla sentenza del TAR sembra discendere una generale classificazione di tali soggetti, peraltro largamente condivisa dalla dottrina³⁰, nella quale si rileva la distinzione tra autorità di

²⁸ M. D'ALBERTI, *Le autorità indipendenti: quali garanzie?*, in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 158.

²⁹ TAR Campania, Napoli, sez. I, 31 gennaio, 2003, n. 511.

³⁰ Per una contestazione, invece, della tradizionale distinzione si v. S. NICCOLAI, *Le autorità indipendenti come potere di garanzia*, in *Rass. parl.*, 1998, 335 ss. Tale autrice sottolinea che la distinzione tra autorità di garanzia e autorità di regolazione non è assolutamente persuasiva dove non intende l'essenza che il fine delle Autorità è pur sempre un fine di garanzia. Del resto, la stessa definizione di regolazione, nonostante la letteratura in materia sia a dir poco vasta e apprezzabile sia lo sforzo della dottrina per i suoi spunti ricostruttivi, risulta ancora un concetto indistinto, soprattutto in riferimento alla regolarizzazione degli atti che ne rappresentano l'espressione. Solo per un primo orientamento si v. M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, in *Quaderni Cons. Stato*, Torino, 1999; M. D'ALBERTI, *Riforma*

regolazione e autorità di garanzia³¹ (pur considerando, in particolare, la presenza anche di importanti autorità a competenza “trasversale”)³².

della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 171 ss.; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatore*, Bologna, 2000, 15 ss.; L. GIANI., *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679; N. RANGONE, voce *Regolazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. CASSESE, vol. V, Milano, 2006, 5057 ss.; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 121; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 313; G. NAPOLITANO, *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2010, 218; recentemente, P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in *Atti del convegno, A 150 anni dalla unificazione amministrativa italiana. Studi*, a cura di L. FERRARA, D. SORACE, vol. V, *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, 117; L. SALTARI, *La regolazione indipendente nel settore dei rifiuti*, in, G.L.N. CARBONE (a cura di), *La disciplina della gestione dei rifiuti tra ambiente e mercato*, *Annuario di diritto dell'energia*, 2018, Bologna, 2018, 198 ss.; F. LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2019.

³¹ Sembra opportuno comunque sottolineare che al di là del fatto che alcune di esse siano autorità di regolazione ed altre siano, invece, autorità di garanzia, ciò che, però, le accomuna è che esse hanno tutte una funzione di “governo” relativamente al settore per il quale sono state istituite ed in ragione di tale funzione, esercitano i poteri che sono ad esso più funzionali.

³² Questo non significa che si vogliono minimizzare le questioni legate alla distinzione fra autorità di settore e autorità trasversali che hanno dato luogo nel tempo a dubbi di interferenze e sovrapposizioni. In materia di pratiche commerciali scorrette, per esempio, il giudice amministrativo si è dovuto confrontare con problemi legati alla delimitazione di competenza. Si pensi alle modifiche al Codice del consumo ad opera del d.lgs. n. 146/2007 (di attuazione della direttiva 2005/29/CE) che hanno individuato l'Agcm quale autorità competente all'applicazione della nuova disciplina, provocando incertezze nei rapporti fra Codice del Consumo e discipline del settore. Sul punto si cfr. Cons. Stato, sez. I, 3.12.2008, n. 3999; Id, sez. VI, 22.6.2011, n. 3763 e Ad. Plen., 11.5.2012, n. 14. Ma il settore nel quale si rilevano i maggiori problemi interpretativi è quello delle comunicazioni elettroniche dove l'esistenza di una disposizione normativa speciale, qual è il d.lgs. n. 259/2003, che conferisce all'Agcom poteri di natura sanzionatoria, ha suscitato la problematica se siffatte competenze s'impongono su quelle generali assegnate al Codice del consumo all'Agcm. In un primo momento, il Cons. Stato, in Ad. Plen. 11.5.2012, nn. 11, 13, 15, 16, ha attribuito la competenza all'Agcom a emettere provvedimenti sanzionatori a tutela dei consumatori danneggiati da pratiche commerciali scorrette. Ma tale orientamento giurisprudenziale è stato dai fatti sconfessato perché ha provocato una restringimento di tutela degli utenti nel settore delle comunicazioni elettroniche, atteso che l'Agcom non è fornita di tutte le competenze e gli strumenti di cui possiede invece l'Agcm.

Il presente studio dedicherà particolare attenzione alle Autorità c.d. di regolazione, e soprattutto a quei poteri normativi il cui esercizio è finalizzato a garantire valori di rilevanza costituzionale³³. Del resto, se l'interesse per il fenomeno delle Autorità indipendenti³⁴ discende soprattutto dalla loro posizione di rottura con il tradizionale sistema istituzionale, ad un'attenta analisi risulta evidente che questa rottura dovrebbe essere imputata non tanto al profilo organizzativo e al carattere d'indipendenza, bensì ai "diffusi" poteri normativi a queste attribuiti³⁵.

Poteri normativi la cui natura è di non semplice collocazione nel sistema delle fonti del diritto per la semplice circostanza che, in assenza di uniformità di opinioni in dottrina³⁶, la stessa regolazione, proprio per il suo carattere che si presta a diversi significati, non può riferirsi al solo potere regolamentare decifrato quale potere normativo in senso stretto. Da un punto di vista funzionale, infatti, la regolazione è – in linea di massima – una funzione, volta al regolare funzionamento di uno specifico campo di attività private di natura economica e sociale, contraddistinte da un

Ma con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 21/2014, art. 27, primo comma-*bis*, che assegna all'Agcm la competenza esclusiva in tema di pratiche commerciali scorrette, la diatriba è tornata nuovamente all'Ad. Plen. del Consiglio di Stato, il quale con le decisioni del 9.2.2016, nn. 3 e 4, ha modificato parzialmente il precedente orientamento, stabilendo che, nell'ipotesi di violazione del Codice delle comunicazioni elettriche, l'interesse non va indirizzato sulla specificità della disciplina di settore, bensì sulla circostanza che la violazione degli obblighi informativi comminati da quest'ultima abbia prodotto nel caso specifico la rappresentazione di una prassi commerciale scorretta, con questo facendo divenire speciale l'illecito sanzionato dal Codice del consumo e di conseguenza la competenza dell'Agcm.

³³ Si v. l'art. 1 della l. 14.11.1995, n. 481 recante norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. A. MASSERA, *La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle autorità amministrative indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994, 34.

³⁴ Per G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, cit., 645 ss., le autorità, più che un istituto, rappresentano un fenomeno giuridico, istituzioni create sulla spinta di un bisogno di imparzialità.

³⁵ C'è da considerare che, da qualche tempo, il legislatore ha conferito a gran parte delle autorità indipendenti un rilevante potere normativo, la cui compatibilità, tuttavia, rispetto ai principi caratterizzanti il nostro sistema delle fonti legali del diritto (quali quelli di riserva di legge e di legalità), ha suscitato numerosi dubbi in dottrina, quanto nelle giurisprudenze ordinaria, costituzionale e amministrativa.

³⁶ Le varie posizioni affiorate in dottrina sono esposte da N. RANGONE, voce *Regolazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, cit., 5057 ss.

notevole grado di specializzazione. 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*”³⁷.

Queste prime considerazioni spingono a ritenere che la funzione di regolazione delle Autorità indipendenti si caratterizzi per la sua neutralità e terzietà, riguardo agli interessi in gioco, e si concreti attraverso l’adozione di regole non finalistiche ed una peculiare attività di vigilanza sulla corretta applicazione di tali regole³⁸. Inoltre, essa comprende sia il tradizionale intervento pubblico di regolazione, sia quegli interventi in cui il soggetto pubblico “*assume una posizione per così dire esterna al mercato*” al fine di garantirne l’efficienza³⁹.

A *latere* di queste osservazioni di carattere generale si pone, poi, la questione relativa alla qualificazione degli atti di regolazione quali regolamenti o atti amministrativi generali al fine di definirne il conforme regime giuridico (anche se, a dire il vero, una recente giurisprudenza amministrativa ha più volte sottoposto i due tipi di atti al medesimo regime giuridico)⁴⁰. Ai fini dell’attrazione in un modello generale anziché nell’altro, si è ritenuto necessario, nel prosieguo dell’indagine, servirsi di un approccio di tipo sostanzialistico volto ad analizzare concretamente il contenuto dispositivo del singolo atto preso in esame in assenza di criteri generalmente validi in astratto.

Da tale indagine si cercherà di rilevare come la regolazione delle auto-

³⁷ M. D’ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 4, 2013, 607 ss.

³⁸ Il carattere “neutrale” della regolazione indipendente, però, è confutato da autorevole dottrina per l’ampia discrezionalità di cui le Autorità regolatorie usufruiscono nello svolgimento dei poteri “tecnici” a esse attribuite, i quali non di rado nascondono scelte di carattere meramente politico, o in ogni caso sono indirizzati alla cura di un determinato interesse pubblico connesso al settore economico-sociale di riferimento, che, definendo il peculiare incarico istituzionale che tali amministrazioni sono tenute a svolgere, ne pregiudica inevitabilmente la posizione di terzietà. Si cfr. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 137 ss.

³⁹ Cfr. L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, 444.

⁴⁰ Cons. Stato, sez. atti normativi, parere n. 11603/2005.

rità indipendenti si concreti anche in atti atipici e informali (simili a quegli atti di *soft law* di origine internazionale) che, per loro natura, non dovrebbero essere in grado di produrre effetti cogenti sulle posizioni giuridiche dei destinatari cui si indirizzano. Invece, la realtà è ben diversa e spesso ci si confronta con atti che non di rado contengono concrete disposizioni normative, le quali, se da una parte trovano una ragione di fondo in relazione all'autorevolezza istituzionale del soggetto che li adotta, dall'altra suscitano non poche perplessità circa la loro conformità al principio di tipicità delle fonti e, più in generale, all'affievolimento che potrebbero provocare alla protezione delle situazioni giuridiche soggettive incise da una funzione amministrativa caratterizzata, appunto, da una normazione con ampi margini di incertezza e instabilità⁴¹.

La natura finemente tecnica degli atti regolatori e l'alta percentuale di inattuabilità cui essi sono sottoposti per le ricorrenti trasformazioni dei mercati rende estremamente complicata la creazione di un sicuro sistema normativo che regoli la “*governance*” dei mercati. Ciò, come vedremo in seguito, ha indotto il legislatore a riconoscere ai soggetti in argomento funzioni estremamente “vaghe”, spesso identificate solo per mezzo di certi obiettivi da raggiungere, anch'essi, a loro volta, contraddistinti da un'inegabile vaghezza.

Ma, nonostante ciò, la sensazione è che le funzioni di cui stiamo argomentando non potrebbero semplicemente essere attribuite in capo ad altri soggetti dell'ordinamento, dal momento che il livello di competenza tecnica garantita dalle Autorità indipendenti è difficilmente riscontrabile in altri soggetti dell'ordinamento, compreso il Parlamento. Basti pensare alla regolazione di mercati quali quelli finanziari o energetici, per i quali il rischio di un depauperamento del potere normativo delle Autorità a capo di tali settori provocherebbe un *vulnus* talmente serio da influire anche sulla situazione costitutiva dei soggetti regolatori medesimi, i quali si vedrebbero, in effetti, sottrarre una funzione fondamentale per lo svolgimento del compito attribuito loro dall'ordinamento.

Il progressivo sviluppo delle Autorità amministrative indipendenti nel nostro ordinamento è, quindi, inscindibilmente legato al costante potenziamento della loro attività normativa. Ciò spinge a considerare che l'esame di siffatti poteri supportanti la funzione di regolazione di organismi di evi-

⁴¹ M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 19.

dente ispirazione amministrativa non vada svolta limitatamente alla sfera del diritto amministrativo, ma debba comprendere anche il campo del diritto costituzionale, atteso che i poteri suindicati tutelano diritti e libertà contenute nel Testo costituzionale.

Ma, seguendo questa impostazione, la comprensione della natura e della portata del potere normativo non può essere affrontata se, dopo aver dato uno sguardo rapido ad alcuni modelli utilizzati in altri Paesi, non si affrontano gli interrogativi che aleggiavano sulla collocazione istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti⁴².

2. Brevi considerazioni sui modelli sperimentati in altri Paesi

Con la denominazione Autorità amministrative indipendenti⁴³ si indi-

⁴² V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in *www.Astrid.it*, 2009, 1.

⁴³ Superfluo ricordare che la letteratura in materia è vastissima, il che rende estremamente arduo il tentativo di un'opera di selezione. Tuttavia, per un inquadramento generale del tema si cfr., *ex plurimis*, C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 549 ss.; G. VESPERINI, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banc.*, 1990, I, 415 ss.; R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995, 629 ss.; S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 217 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle c.d. autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. dir.*, 1997, 639 ss.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle amministrazioni indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le amministrazioni indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997 vol. I, 145 ss.; G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 739 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Autorità indipendenti: c'è bisogno di una riforma?*, in *ISEA*, Roma, 2001; L. IEVA, *Autorità indipendenti, tecnica e neutralità del potere*, in *Foro amm.*, 2001, n. 30, 71 ss.; G.P. CIRILLO, *Appunti per una ricerca sulla natura giuridica delle autorità amministrative indipendenti*, in *Cons. Stato*, 2002, II, 71 ss.; M. DE BENEDETTO, voce "Autorità indipendenti", in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, I, Milano, 2006, 588 ss.; D. BORSELLINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, Padova, 2006; A. CLARIZIA, *Autorità indipendenti e ordinamento comunitario. Il sistema antitrust dopo il regolamento 1/2003*, in *www.giustamm.it*, n. 9/2006; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della repubblica – Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; F. MERUSI-M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2006; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istitu-*

ca una serie di soggetti istituzionali caratterizzati, generalmente, da un particolare livello di indipendenza dal potere politico e dallo svolgimento di funzioni “arbitrali” in diversi comparti dell’ordinamento, nonché da un notevole grado di competenze tecniche, al fine di garantire il rispetto delle regole di concorrenza e dei diritti di libertà⁴⁴.

Originatesi nella seconda metà del XIX secolo negli Stati Uniti d’America con l’istituzione delle *independent regulatory agencies*⁴⁵, queste autorità avevano il compito di regolazione di molteplici settori di strategica importanza sia economica che sociale, sganciate dall’interferenza dell’esecutivo⁴⁶. In altri termini, esse affermavano una prima forma di intervento pubblico su di un mercato assolutamente libero, e tutto ciò nonostante la dottrina anglo-americana avesse da sempre affermato che “*regulation*” è un “*notoriously contested concept*”⁴⁷.

zionale, Torino, 2009; M. PIERRI, *Autorità indipendenti e dinamiche democratiche*, Padova, 2009; CARAVITA DI TORITTO, *Le autorità indipendenti attraverso il prisma delle loro relazioni annuali*, cit.; G.P. CIRILLO-R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010; G. DELLA CANANEA, *Complementarietà e competizione tra le autorità indipendenti*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2010 e in P. BARUCCI-C. RABITTI BE-DOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L’evoluzione dell’Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010; M. POTO, *Autorità amministrative indipendenti*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2008, *Aggiorn.*, I, 54 ss.; ID., voce *Autorità Amministrative Indipendenti (Dir. amm.)*, in *Treccani.it*, 2015; M. LUCIANI (a cura di), *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, 2011; R. MANFRELOTTO, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato. Programmazione della concorrenza e modelli di tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012; G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 230 ss.

⁴⁴ Cfr. E. SPAGNA MUSSO, *Profili costituzionali ed organizzazioni di una riforma della Pubblica Amministrazione per agenzie*, in *Studi Einaudi*, 1971, 14.

⁴⁵ Autorevole dottrina fa risalire le origini delle Autorità oggetto di studio invece alla Star Chamber, vale a dire un tribunale istituito in Inghilterra nel 1487 e provvisto di molteplici funzioni e di indipendenza (seppur limitata) dalla Corona. Si v. D.G. TOLE, *The Star Chamber and The Origins of the Modern Administrative Agency*, in *Stetson Law Review*, 13, 1983, 59 ss.

⁴⁶ Sull’esperienza degli Stati Uniti, *ex plurimis*, cfr. F.G. GOODNOW, *Principles of the administrative law of the United States*, New York-London, 1905; R.E. CUSHMAN, *The independent regulatory commissions*, New York-London, 1941; R.L. RABIN, *Federal regulation in historical prospective*, in *Stanford Law Review*, 1986, 1190-1191; A. SCALIA, *Le independent Regulatory Agencies nell’ordinamento statunitense*, in *Rass. giur. ENEL*, 1996, 316 ss.; L. BARRA CARACCILO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell’ordinamento U.S.A. Profili comparativi con l’esperienza italiana*, Torino, 1997, *passim*.

⁴⁷ L. HANCER- M. MORAN, *Introduction: Regulation and Deregulation*, in *European Journal of Political Research*, 1989, 129.

Per chiarire la natura dei concetti appena richiamati, tali modelli di Autorità nacquero come “*fourth branch of government*”, cui la legge attribuiva l'amministrazione di uno specifico settore della vita economica e sociale, allo scopo di sottrarlo al controllo del sistema partitico, che da sempre ha costituito un'effettiva limitazione a una regolazione efficiente dei mercati⁴⁸.

In Europa questi organismi hanno trovato diffusione solo nel secolo successivo e determinati da ragioni diametralmente opposte rispetto a quelle che erano a fondamento delle *Agencies* nell'esperienza americana. A tal proposito, basti ricordare che le Autorità amministrative indipendenti nei paesi del vecchio continente sono state istituite, in genere, sulla scia delle privatizzazioni e, dunque, dell'arretramento del tradizionale intervento pubblico di tipo discrezionale ed intrusivo nei nevralgici settori dell'economia⁴⁹.

Non è questa la sede per ricostruire in chiave storico-comparativa dettagliatamente il ruolo delle Autorità negli ordinamenti europei in quanto esula dai confini del presente studio; tuttavia, accennare ai caratteri propri e distintivi dei diversi modelli di Autorità sviluppatisi in Europa appare utile per meglio comprendere il fenomeno e le ragioni della loro diffusione.

Partendo dal presupposto che gli aspetti organizzativi e funzionali di tali autorità presentano natura e caratteristiche differenti a seconda di ciascun Paese, sicché risulta sempre più arduo, se non utopistico, inquadrare la disciplina in maniera unitaria e organica⁵⁰, in Inghilterra, dopo l'istituzione delle prime amministrazioni indipendenti rientranti nella categoria degli *administrative tribunals* con poteri decisorii e investigativi⁵¹, sono

⁴⁸ Cfr. G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Torino, 2000, 265 ss.

⁴⁹ Non è un caso che la creazione in Italia di Autorità indipendenti si ricollega all'introduzione dell'art. 1-bis, l. n. 474/1994, il quale condiziona l'effettiva dismissione delle partecipazioni azionarie all'istituzione di organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe ed il controllo dei servizi di rilevante interesse pubblico. In dottrina si v., U. CERASOLI, *Autorità amministrative indipendenti nel diritto europeo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2008, 62 ss.

⁵⁰ A. MASSERA, “*Autonomia*” e “*Indipendenza*” nell'amministrazione dello Stato italiano, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, 449 ss.; più recentemente, A. LEONARDI e F. SPERANZA, *Sull'indipendenza delle autorità amministrative*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2011, 39, 40, 41.

⁵¹ Per un approfondimento sul tema si v. E. BALBONI, *Amministrazione giustiziale*, Padova, 1986.

state istituite la *Monopolies and emergers commission* (1965) con funzioni antitrust e la *Independent broadcasting authority* (1972) per la regolazione del settore radiotelevisivo, designate a svolgere vitali funzioni nei processi di formazione delle politiche pubbliche dei corrispondenti settori, mediante la titolarità di potestà amministrative e normative⁵².

Da questo punto di vista, le Autorità appena citate si attivano nella gestione pubblica di particolari settori, compiuta *at arm's length*, ossia il riconoscimento di una certa distanza dall'indirizzo politico del governo.

Successivamente, sull'onda dei processi di privatizzazione dei pubblici servizi nell'era thatcheriana, sono state istituite le *next steps agencies*. Queste, pur di nomina dell'esecutivo e soggette alla vigilanza del Parlamento, hanno il compito di assicurare, attraverso una regolazione tecnica, per l'appunto non governativa⁵³, l'equilibrio (troppo spesso messo in discussione) tra libertà economiche e diritti sociali⁵⁴.

In Francia, nonostante viga una forte tradizione amministrativa⁵⁵ informata ai principi di gerarchia e di centralizzazione⁵⁶, la necessità di salvaguardare i diritti fondamentali dal potere pubblico e da un mercato sempre più aggressivo, ha indotto il legislatore a creare modelli organizzativi e procedurali, le c.d. *Autorités administratives indépendantes*, dotate di poteri autonomi capaci di garantire la correttezza dell'attività ammini-

⁵² R. CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. sc. sup. econ. e fin.*, 2005, 3; B.W. HOGWOOD, *Sviluppi delle agenzie di regolazione in Gran Bretagna*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, 1991, 693 ss.

⁵³ C. HARLOW, *Next steps agencies and problems of accountability*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 1085.

⁵⁴ Si v. C. VELJANOVSKY, *Privatisation and competition*, London, 1989, 39 ss.; specificamente, R. PEREZ, *Le next steps agencies e il riordino del sistema amministrativo inglese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 1344 ss.

⁵⁵ Cfr. M. GENTONT, *Les autorités administrative indépendantes*, Montchrestien, 1994; G. GIRAUDI-M.S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma, 2001, 4; J.L. AUTIN, *Le Autorità Amministrative Indipendenti in Francia*, in V. PEPE-L. COLELLA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica. Esperienze europee ed extraeuropee*, Napoli, 2011, 68 ss.

⁵⁶ Si cfr. G. TIMSIT, *Administration et politique; le modèle française d'administration*, in *Théorie de l'administration*, Paris, 1986, 284 ss.

strativa⁵⁷, nonché di approntare tutele differenziate e più idonee, soprattutto in quei *secteurs sensibles* quali quelli legati alla disabilità, alla concorrenza o alla protezione dei dati personali, in cui più alto è il rischio di interferenze della politica nazionale.

Senonché, appare utile ricordare che la creazione di autorità indipendenti subordinate solo alla legge e svincolate dalla “morsa” del governo ha suscitato in dottrina un acceso dibattito in quanto per taluni autori l'indipendenza riconosciuta a tali organismi sarebbe inconciliabile con il dettato costituzionale che sancisce la subordinazione gerarchica dell'amministrazione al governo⁵⁸. Per questi, l'art. 20 della Costituzione francese, mediante la formula “*le government dispose de l'administration*” escluderebbe in origine l'esigenza di una qualche forma di separazione dell'amministrazione dal governo⁵⁹.

In Germania, paese in cui, come è noto, la Pubblica Amministrazione ha sempre operato in base ai principi di neutralità, di terzietà e di imparzialità, le autorità in parola godono di una piena indipendenza e autonomia organizzativa rispetto al potere politico, disponendo, si pensi al *Bundeskartellamt* (autorità *antitrust*), di una rilevante attività di regolazione e sanzionatoria⁶⁰.

Nondimeno interessante è la scelta fatta dal legislatore tedesco che, in ottemperanza alle direttive europee (1989/655/CEE, 1993/13/CEE, 2007/66/CE), ha istituito una autorità degli appalti, la *Vergabekammer*, la quale gode di un'ampia autonomia organizzativa, pur nel rispetto della legge federale, e a cui è attribuita la competenza a giudicare in prima istanza sulle controversie relative ai contratti cc.dd. “sopra-soglia”, nel rispetto delle indicazioni provenienti dall'UE⁶¹.

⁵⁷ C.A. COLLIARD-G. TMSIT (a cura di), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, 1988.

⁵⁸ Cfr. G. BRAIBANT, *Le droit administratif française*, Paris, 1993, *passim*.

⁵⁹ Per un'analisi comparata, si v. F. JENNY, *Le autorità indipendenti: gli esempi francese e tedesco*, in ASSOCIAZIONE DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, 1997, 49 ss.; G. MARCOU, *Agences: les équivoques de la réforme de la gestion publique à la lumière des expérience française et étrangères*, in *Revue Française de Finances Publiques*, n. 105/2009, 149 ss.

⁶⁰ G. GIRAUDI, *L'antitrust in prospettiva comparata*, in *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma, 2001, 175 ss.

⁶¹ Si v. C. BENETAZZO, *I nuovi poteri “regolatori” e di precontenzioso dell'Anac nel*

Di chiara ispirazione anglosassone è, invece, la scelta fatta dal legislatore spagnolo nell'istituire le Autorità amministrative indipendenti, le quali godono peraltro di una propria personalità giuridica.

In particolare, mediante la l. n. 40/2015, si riconosce a questi enti un'autonomia organizzativa e funzionale che si concreta nel divieto imposto al Governo di dare direttive che possano incidere sulle loro funzioni di regolazione e di vigilanza nei diversi settori di competenza (preferibilmente economici).

Come può facilmente intuirsi, l'intento del legislatore spagnolo è stato quindi quello di estromettere tali figure dal sistema organizzativo dell'Amministrazione generale, dotandole di una certa autonomia rispetto all'amministrazione generale dello Stato⁶².

Infine, degno di nota è il modello adottato in Portogallo. In linea di tendenza con altri Stati, anche il Portogallo ha istituito le prime Autorità indipendenti per previsione legislativa, ponendo a base di queste scelte ragioni di natura per lo più politiche⁶³. Tuttavia, la Costituzione della Repubblica portoghese, ai sensi dell'art. 267, par. 3, afferma la possibilità che la legge possa istituire enti amministrativi indipendenti, disponendo, inoltre, per alcuni organismi (si pensi all'Ente regolatore per la Comunicazione sociale con il compito di garantire il diritto all'informazione e alla libertà di stampa, art. 39, par. 1) un'espressa previsione costituzionale.

sistema europeo delle Autorità indipendenti, in *Federalismi.it*, n. 5/2018, 17; per ulteriori approfondimenti sull'argomento si v. U. STELKENS, *Administrative Appeals in Germany*, in D.C. BRAGOS-B. NEAMTU (eds.), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Berlin-Heidelberg, 2014, 268 ss.; F. APERIO BELLA, *Gli "organi di ricorso" in materia di affidamento di contratti pubblici nell'ordinamento italiano e tedesco: poteri decisori differenziati tra parere di precontenzioso Anac e pronunce delle Vergabekammern*, in *www.diritto-amministrativo.org*, 2017, 10.

⁶² Cfr. A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las administraciones independientes*, Madrid, 1994; G. FERNÁNDEZ ROJAS, *Las administraciones independientes de regulación y supervisión en España*, in *Universitas*, n. 109/2005, 419-460.

⁶³ A.C. DE OLIVEIRA, *Le Autorità amministrative Indipendenti in Portogallo*, in V. PEPE-L. COLELLA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica – Esperienze europee ed extraeuropee*, Napoli, 2011, 95 ss.

3. Sulla collocazione istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti: nuovi profili?

La rilevanza di plurali interessi creatasi a seguito dei profondi mutamenti che hanno investito la società contemporanea, la necessità di alcuni settori economici di autogestirsi, l'influenza determinante esercitata dal diritto europeo che ha imposto di garantire la concorrenza e la liberalizzazione di determinate attività economiche hanno indotto, come anticipato, anche il legislatore italiano a creare nuove realtà organizzative dotate di funzioni imparziali in un'area istituzionale precedentemente oggetto dell'organizzazione burocratico-amministrativa, dipendente dall'autorità governativa⁶⁴.

Ma siffatti organismi, che svolgono funzioni amministrative in ambiti definiti sensibili o di alto contenuto tecnico allo scopo di assicurare una massima imparzialità riguardo agli interessi coinvolti⁶⁵, hanno suscitato un vespaio di dibattiti in riferimento alla loro legittimazione poiché, non essendo previsti in Costituzione⁶⁶, è stato ritenuto, con ragioni diverse, che essi costituirebbero un'"anomalia" rispetto al modello di Pubblica Amministrazione delineato dal nostro ordinamento⁶⁷.

Partiamo dal presupposto che il ragionamento sulla legittimazione in-

⁶⁴ In tal senso, S. NICODEMI, *Gli atti normative delle autorità indipendenti*, Padova, 2002, 49.

⁶⁵ Sulla natura di questi interessi quali interessi pubblici e non interessi diffusi si v. M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007, 410 ss., il quale osserva che "nel momento in cui si costituisce un organo pubblico per la tutela di un determinato interesse, infatti, questo interesse è assunto come meritevole di tutela da parte dell'organizzazione pubblica, dissolvendosi nell'interesse 'pubblico' da questa perseguito"; si cfr. anche, L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa de servizi di pubblica utilità*, cit., 123.

⁶⁶ R. CHIEPPA, *Poteri esercitati, Procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in G.P. CIRILLO-R. CHIEPPA (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 2011, 1.

⁶⁷ Tali autorità costituirebbero una vera e propria antinomia riguardo al tradizionale modo di intendere l'amministrazione dello Stato, e lo dimostrerebbe il fatto che ad esse sono attribuite funzioni amministrative nonostante rimangano estranei al potere esecutivo. In dottrina, si v. C. IANNIELLO, *L'indipendenza delle autorità di regolazione tra diritto interno e comunitario*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il processo di integrazione europea tra crisi di identità e prospettive di ripresa*, Torino, 2009, 216.

duce ad esaminare la sistemazione complessiva dei soggetti in esame rispetto sia all'attuale forma di governo, sia all'impianto dei diritti fondamentali, nel rapporto dialettico libertà-autorità (forma di Stato)⁶⁸.

Senza volersi spingere troppo oltre nella ricostruzione delle opinioni della dottrina, in tale contesto vi è chi ha sostenuto⁶⁹ che l'istituzione di dette autorità fosse incompatibile con il principio di separazione dei poteri secondo la tradizionale ripartizione di Montesquieu⁷⁰. Tale incompatibilità si rileverebbe dal fatto che le Autorità indipendenti, collocandosi al di fuori della tradizionale ripartizione che assegna al Parlamento detentore della sovranità popolare (potere legislativo) la creazione delle leggi, al Governo e alla sua amministrazione (potere esecutivo) l'esecuzione delle stesse, alla Magistratura (potere giudiziario) l'applicazione in senso stretto delle norme generali e astratte alle fattispecie concrete, rimarrebbero escluse dal perimetro di responsabilità tracciato dall'art. 95 della Costituzione, che dichiara la responsabilità politica⁷¹ dei ministri per l'attività dei propri ministeri e del Presidente del Consiglio dei Ministri per la politica generale del Governo.

Da ciò si è giunti a ritenere che le Autorità amministrative indipendenti, non amministrando nell'accezione tradizionale, ma svolgendo attività di controllo, di regolazione, nonché sanzionatoria, senza esercizio del potere discrezionale amministrativo e senza alcuna comparazione e selezione degli interessi in gioco⁷², svolgerebbero una funzione non riconducibile a quella amministrativa tradizionalmente intesa, poiché non finalizzata alla concretizzazione di un interesse pubblico⁷³. In altri termini, l'at-

⁶⁸ G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, cit., 5.

⁶⁹ Si cfr. G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, *passim*.

⁷⁰ Cfr. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, trad. a cura di S. Cotta, Torino 1973, spec. Libro II, cap. I, 66 ss.

⁷¹ G.U. RESCIGNO, *Responsabilità (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1343 ss.

⁷² F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 667.

⁷³ Trattasi della nota e affascinante tesi sostenuta da S. CASSESE secondo cui le autorità indipendenti, in quanto rappresentanti del c.d. potere degli esperti o tecnici, si avviano a costituire il "quarto potere"; si v. anche G. FALCON, *Il primo, il secondo e il terzo garante nei settori dell'editoria e della radiodiffusione*, in F. MERUSI-F. BASSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 96.

tività svolta da queste assumerebbe una forma “ibrida”, rendendo arduo il compito di ascriverla ad uno dei tradizionali ambiti di poteri.

Per altri autori, anche se tale tema ultimamente è risultato meno dibattuto, il problema dell'incertezza relativa al loro inquadramento starebbe essenzialmente nella mancanza di un espresso riferimento in Costituzione⁷⁴ (non per nulla continui sono stati gli sforzi, peraltro vani, di introdurre, negli anni, la previsione di tali Autorità nei vari progetti di riforma costituzionale), anche se poi il riconoscimento di una copertura costituzionale potrebbe contribuire non solo ad eliminare la distanza fra modelli tradizionali e nuove moduli di pluralizzazione dei poteri pubblici⁷⁵, ma, altresì, a legittimare la presenza di organismi capaci di derogare al principio della responsabilità ministeriale⁷⁶.

Ulteriori analisi avanzate in dottrina, viceversa, hanno ritenuto che l'assenza di un riconoscimento costituzionale non precluderebbe affatto la legittimazione dell'esistenza delle Autorità indipendenti, giacché il fondamento di tali soggetti risiederebbe nel procedimento partecipativo, interpretato quale congegno “della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative”⁷⁷. E anzi, sempre per tale dottrina, la costituzionalizzazione delle autorità indipendenti rischiereb-

⁷⁴ M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Pol. dir.*, 1997, 675; E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 11*, Torino, 2000, 130.

⁷⁵ Si cfr. F. ANGELINI, *Autorità di garanzia e il difensore civico*, in V. ATRIPALDI-R. BIFULCO (a cura di), *La Commissione parlamentare per le riforme costituzionali della XII legislatura*, Torino, 1998, 639.

⁷⁶ Tuttavia, non manca chi, pur auspicandosi la costituzionalizzazione di tali soggetti, ha colto i possibili pericoli che tale riconoscimento potrebbe comportare, soprattutto se la novella costituzionale, non precisando né i settori in cui si possono istituire autorità indipendenti, né i loro rapporti nei confronti della legge e del potere esecutivo, si limitasse alla mera previsione generale della categoria dell'istituto, anziché alla c.d. costituzionalizzazione enumerata delle singole autorità, conosciuta sul modello francese.

In dottrina, si cfr. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, 216; ID., *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Politica del diritto*, n. 4/1997, 659; S. NICCOLAI, *Quando nasce un potere*, in *Giur. cost.*, 1995, 1673.

⁷⁷ Conforme, R. CHIEPPA, *Poteri esercitati, Procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, cit., 4; si v. inoltre, G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, cit., 145 ss.; M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm., TAR*, 2002, n. 11, 3858 ss.

be di accelerare il “declino” del ruolo delle istituzioni politiche nell’economia, con conseguenze che inciderebbero sulla stessa forma di Stato⁷⁸.

Non manca, poi, chi ha sostenuto, alla luce anche dell’istituzione, nel 1990, dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e delle sue relative funzioni *antitrust*, che la legittimazione delle autorità indipendenti si rinviene nella partecipazione del nostro Paese all’Unione europea e nell’assolvimento degli obblighi comunitari. La tesi muove da un rilievo evidente: la struttura di molte Autorità, sia riguardo al profilo dell’indipendenza, sia riguardo ai poteri che sono loro conferiti, non costituirebbe una scelta “sovrana” del legislatore nazionale, ma sarebbe stato l’adempimento di direttive provenienti dall’Unione europea. Inoltre, proprio attraverso il livello sovranazionale, il sistema delle autorità di regolazione si sarebbe potenziato con la creazione di regolatori europei e di consorzi o reti di regolatori nazionali⁷⁹. Del resto, sembra utile ricordare che, congiuntamente agli altri Stati appartenenti all’Unione, le Autorità amministrative indipendenti del nostro Paese sono innestate in reti sovranazionali, come accade nel comparto finanziario.

Come evidenziato da autorevole dottrina “è l’incidenza comunitaria la chiave per entrare nella problematica attuale delle Autorità amministrative indipendenti⁸⁰”.

In ultimo, una parte della dottrina, spostando radicalmente la prospettiva di riflessione, ha spiegato il motivo della legittimazione di tali soggetti e della loro indipendenza dal governo, a Costituzione invariata, attribuendo alle loro funzioni un carattere quasi giurisdizionale⁸¹, svuo-

⁷⁸ G. GUARINO, *Verso l’Europa ovvero la fine della politica*, Milano, 1997, 71 ss.

⁷⁹ E. CHITI, *European agencies Rule Making, Powers, Procedures and Assessment*, in *European Law Journal*, 2013, 93 ss.

⁸⁰ Conforme, F. MERUSI, *Le Autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in F.A. GRASSINI (a cura di), *L’indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001, 21. Nello stesso ordine di pensiero E. CARDI, *La Consob come istituzione comunitaria*, in F. BASSI-F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti. Il mercato dei valori mobiliari*, Milano, 1993, 99 ss. Su un piano più generale si v. S. BATTINI-G. VESPERINI, *L’indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale*, in M. D’ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, 2010, 62 ss.; D. IELO, *La nozione comunitaria di autorità indipendente*, in *Amministrare*, 2004, 287 ss.

⁸¹ C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, cit., 72; A. PAJNO, *L’esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a

tandole in sostanza della loro natura amministrativa⁸².

Ciò però ha innescato un acceso dibattito dottrinale che ha generato forti critiche in riferimento all'attribuzione a tali soggetti di funzioni volte ad operare un primo tentativo di riconciliazione tra le parti, ovvero di risoluzione della controversia, perché esse contrasterebbero con l'art. 102 della Costituzione che, come è noto, vieta pedissequamente l'istituzione di nuovi giudici speciali⁸³.

Le giustificazioni teoriche (e ideologiche), attraverso analisi profondamente diverse, tendono, quindi, ad interrogarsi sull'effettivo inquadramento delle Autorità amministrative indipendenti nel nostro ordinamento, considerato che l'attribuzione di funzioni normative o di risoluzione di controversie ad organi amministrativi è un fenomeno già previsto nel nostro sistema⁸⁴.

Ecco che, dunque, il dibattito sui poteri e sulle attività delle suddette Autorità conduce a considerare la loro collocazione complessiva rispetto all'organizzazione dei pubblici poteri nella forma di governo vigente, fondata su un sistema costituzionale⁸⁵ nel quale vigono il principio della riserva di legge e un sistema delle fonti a livello primario chiuso.

4. La natura giuridica delle Autorità amministrative indipendenti nella logica della separazione fra politica e amministrazione

Il giudizio, peraltro alquanto diffuso, secondo cui la nostra Costituzio-

cura di), cit., 109; V. DENTI, *La tutela della riservatezza: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999 748; R. GALBIATI, *Autorità garanti – Profili processuali*, in *Foro it.*, 1998, V, 43 ss.; S. MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di mezzi di tutela e di riparto della giurisdizione nelle attività di trattamento di dati personali*, in *Foro it.*, 1998, V, 51; F. MANGANARO, *La giustizia innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. econ.*, 2010, 23 ss.

⁸² Cfr. S. STAIANO, *Essere giudice 'a limitato fine'. Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 14/2018.

⁸³ Si v. R. TITOMANLIO, *Autonomia e indipendenza delle authorities: profili organizzativi*, Milano, 2000, 19.

⁸⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 81 ss.

⁸⁵ G. ABBAMONTE, *Profili costituzionali sul ruolo dell'amministrazione*, in D. MARRONGIU-G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Milano, 1992, 35.

ne dedica all'amministrazione scarse e confuse norme⁸⁶ (artt. 95, 97 e 98 Cost.), costituisce certamente un dato incontrovertibile se, tuttavia, la complessità dei problemi dell'amministrazione è risolta attraverso solo una rigida regolamentazione di apparati organizzativi. Infatti, da una lettura pedissequa delle suddette norme si evince che, a differenza dell'ordine giudiziario cui espressamente è riconosciuta l'indipendenza da ogni altro potere, agli apparati amministrativi è riconosciuta una garanzia indiretta, derivante dal fatto che la Costituzione stessa rapporta, da un punto di vista formale, l'amministrazione nel circuito del governo che, come è noto, è il potere politico per eccellenza⁸⁷.

Così l'art. 95, primo comma, della Costituzione che, attribuendo al Presidente del Consiglio la funzione di detenere "la unità di indirizzo politico e amministrativo" e prevedendo la responsabilità dei ministri per gli atti dei "loro" dicasteri, accorda l'indirizzo politico e quello amministrativo "con evidente strumentalità del secondo al primo"⁸⁸.

A ciò va aggiunto che la Corte Costituzionale, in una nota sentenza del 1996, la n. 7, ha dichiarato che nella forma di governo parlamentare quale è quella italiana, gli organi costituzionali Parlamento e Governo collaborano a definire l'unitario indirizzo politico dello Stato, nell'ambito di un rapporto che si basa sul congegno fiduciario di cui all'art. 94 Cost.

Nello scenario delineato, il Governo si presenta, di norma, quale un potere "costituzionalmente accentrato e unitario"⁸⁹, nel quale le funzioni amministrative proprie dei singoli ministri non godono di rilievo costituzionale.

Ciò ha permesso di affermare in dottrina che il compito dell'amministrazione è quello sostanzialmente di dare esecuzione alle direttive generali del potere politico⁹⁰.

Tuttavia, pensare di delineare tutta l'amministrazione correlandola inevitabilmente all'art. 95 Cost., nella parte in cui recita che il Presidente del Consiglio dei ministri "mantiene l'unità dell'indirizzo politico ed ammi-

⁸⁶ È il pensiero più volte ribadito da S. CASSESE, si v. *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, 121; ID., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, 312.

⁸⁷ U. ALLEGRETTI, *La Costituzione interpretata dalla Pubblica Amministrazione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2, 2018, 37.

⁸⁸ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 33.

⁸⁹ Corte Cos., sent. n. 150/1981.

⁹⁰ Sul punto, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2017, 367 ss.

nistrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri", significa, a parere di chi scrive, ignorare che il termine "amministrazione" oggi apre una prospettiva amplissima⁹¹, la quale conduce a una "*realtà amministrativa avente una propria forza di autolegittimazione e un proprio statuto giuridico indipendente*"⁹², capace di svolgere una funzione (amministrativa) che, se dapprima era intesa essenzialmente quale mezzo attraverso cui lo Stato agiva⁹³, adesso è, invece, finalizzata al benessere sociale attraverso l'erogazione di pubblici servizi⁹⁴.

Insomma, una nozione che prevede una rete articolata di organi in cui operano soggetti che, non più subordinati gerarchicamente al governo, assumono decisioni derivanti da scelte libere e incondizionate, attivando quel processo che ha l'attitudine ad avvicinare l'amministrazione agli interessi dei cittadini, in modo che "*l'interesse pubblico non è più da pensare come interesse personale dell'Ente, ma come interesse impersonale della collettività da esso amministrata*"⁹⁵.

Seguendo questa impostazione, emergono così, su un piano costituzionale, più modelli di amministrazione⁹⁶, a cui non è possibile attribuire una valutazione meramente formale (nel senso di mero apparato servente dell'organo governo⁹⁷), in quanto alcuni di questi, nel loro rapportarsi con l'impianto costituzionale, operano valutazioni e scelte in modo discrezionale, sebbene nel rispetto del dettato costituzionale, dal quale si desumono le regole che presiedono all'esercizio del potere stesso⁹⁸.

⁹¹ Come già preconizzato da A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 737 ss., il quale prospettava il ricorso a una pluralità di modelli organizzativi.

⁹² Sul tema, G. BERTI, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Bologna, 1986, 21 ss.

⁹³ Cfr. G. ZANOBINI, *Amministrazione pubblica, nozione e caratteri generali*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, 235.

⁹⁴ E. FORTSTHOFF, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Stuttgart, 1959, 9 ss.

⁹⁵ Così le suggestive riflessioni di F. BENVENUTI, *Pubblica Amministrazione e legalità*, in *La cultura della legalità*, Roma, 1992, 131.

⁹⁶ Secondo la nota teoria di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966.

⁹⁷ M.S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *L'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1961, 5.

⁹⁸ Si rinvia a F. BENVENUTI, *ibidem*.

Ci riferiamo chiaramente al modello di amministrazione quale struttura a sé, regolata direttamente dalla legge (art. 97 e 98 Cost.) e al modello delineato dall'art. 5 e dall'intero Titolo V della Costituzione, in senso autonomistico.

Tipi di amministrazione tra i quali non è possibile stabilire una gerarchia, giacché, come insegna Nigro, ciascuno dei modelli predetti si presenta “*come sviluppo di esigenze parimenti essenziali della nostra Costituzione: il principio personalista, il garantismo giuridico, l’eguaglianza sostanziale, ecc.*”⁹⁹.

Ecco che, quindi, nonostante resti impresa non facile la ricerca di un compiuto disegno di organizzazione dell'amministrazione nella Costituzione repubblicana¹⁰⁰, l'elasticità che comunque connota il sistema amministrativo è sintomo dell'esistenza di uno spazio costituzionale entro il quale la discrezionalità del legislatore può spingersi alla creazione di modelli organizzativi che godono di un livello di relativa indipendenza dall'indirizzo politico del governo, o quantomeno la loro subordinazione al governo si definisce con contorni più sfumati¹⁰¹.

Questo spazio costituzionale si condensa attraverso una lettura “unitaria” (nel senso che ciascuno di essi presuppone ed implica l'esistenza dell'altro) degli artt. 97 e 98, dai quali si evincono i principi fondamentali dell'amministrazione¹⁰², l'imparzialità e il buon andamento, nonché una riserva di legge, seppur relativa, in ordine ai profili organizzativi¹⁰³.

E se per imparzialità¹⁰⁴ si intende, grazie anche al contributo dato dal-

⁹⁹ M. NIGRO, *La Pubblica Amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, 163.

¹⁰⁰ Questi temi, in V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle amministrazioni indipendenti*, in F. BASSI-G. MERUSI, (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, 1993, I ss.

¹⁰¹ S. LABRIOLA, *Le autorità indipendenti. (Note preliminari)*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da Fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, 1999, 58.

¹⁰² L'imparzialità e il buon andamento, principi che pervadono l'intera azione dell'amministrazione pubblica, affermano il pluralismo delle funzioni amministrative, per garantire, da ultimo, l'attuazione concreta di nuovi interessi. Cfr. G. SERGES, *Principi in tema di amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, a cura di F. MODUGNO, Torino, 2015, 459 ss.

¹⁰³ Si cfr. A. CERRI, *Principio di legalità, imparzialità, efficienza*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 171.

¹⁰⁴ In tema la letteratura è a dir poco sterminata, *ex plurimis*, P. BARILE, *Il dovere di*

le giurisprudenze¹⁰⁵ costituzionale e amministrativa, la soddisfazione dell'interesse pubblico in maniera corretta¹⁰⁶ e ragionevole, quale vincolo proprio all'attività amministrativa¹⁰⁷, e la necessità di far valutare tutti i cittadini sullo stesso piano dinnanzi all'amministrazione¹⁰⁸, mentre per buon andamento, nella sua declinazione più dinamica, quale principio che tende alla effettiva realizzazione delle esigenze che la collettività esprime¹⁰⁹, l'art. 98 della Costituzione, in quanto norma di chiusura, stabilisce che “*i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione*”; ciò significa che i pubblici impiegati, nell'esercizio delle loro attività, dovranno curare con diligenza e nel miglior modo l'interesse dell'amministrazione per il pubblico bene¹¹⁰.

Da tali affermazioni si desume che, una volta precisate dal Governo le

imparzialità della Pubblica Amministrazione, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1958, 25; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 131; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1968, 63; F. SATTA, *L'imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989; P. CARETTI, *Art. 97 1° comma, Parte I Cost.*, in *Comm. cost.*, a cura di G. BRANCA, continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, 1 ss.; C. PINELLI, *Art. 97, 1°, 2° e 3° comma*, in *Comm. cost.*, a cura di G. BRANCA, continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, 252 ss.; U. POTOTSCHINIG, *Art. 97, 3° comma, sezione II Cost.*, in *Comm. cost.*, a cura di G. BRANCA, continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, 361.

¹⁰⁵ *Ex plurimis*, Corte Cost., nn. 103 e 104/2007 che hanno giudicato incostituzionali varie disposizioni normative statali e regionali in materia di *spoil system*; cfr. Cons. Stato, sez. V, 1.4.2009, n. 2070.

¹⁰⁶ Sul punto si v. E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (Diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972; inoltre, A. TRAVI, *Nuovi fermenti del diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V, 168 ss.

¹⁰⁷ E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 315.

¹⁰⁸ Per V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in *Costituzione e Amministrazione*, Torino, 2002, 387, “*L'azione amministrativa, da qualunque organizzazione di governo o pubblico potere, sia posta in essere non può esercitarsi in modo arbitrario; è sempre finalizzata al raggiungimento di determinati scopi secondo un procedimento decisionale ragionevole e trasparente, in misura più o meno articolata predeterminato dalla normativa*”.

¹⁰⁹ A. CONTIERI, *Principio di buon andamento e vizi dell'atto amministrativo*, in A. CONTIERI-F. FRANCARIO-M. IMMORDINO-A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, vol. II, Napoli, 2010, 95 ss.

¹¹⁰ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, 586; si cfr. anche S. BATTINI, voce *Dirigenza pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 1864.

linee politico-amministrative, generalmente collegate alle direttive di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza, all'amministrazione spetta il compito della gestione finanziaria, amministrativa e tecnica, inclusa l'adozione di tutti gli atti che obbligano l'amministrazione verso l'esterno, mediante quella autonomia organizzativa che si concreta nei poteri di spesa e nella gestione delle risorse umane, strumentali e di controllo¹¹¹.

In altri termini, rimessa alla politica la determinazione degli interessi meritevoli di tutela, nondimeno all'amministrazione è affidato il compito di svolgere la funzione amministrativa¹¹² che, secondo i canoni dell'imparzialità e del buon andamento, è vincolata ad operare senza differenziazioni di parti politiche¹¹³.

Ecco che il problema della separazione dell'amministrazione dall'ingerenza dell'esecutivo¹¹⁴ che, come è noto, affonda le proprie origini già nei primi anni dell'unificazione, quando si ritenne necessaria l'individuazione di rimedi al fine di scongiurare i pericoli di interferenze della politica nell'amministrazione¹¹⁵, si presenta in tutta la sua complessità.

Può risultare utile sottoporre a verifica l'affermazione corrente secondo cui, soprattutto negli ultimi anni, i rapporti fra politica e amministrazione hanno risentito di un clima politico certamente non favorevole, do-

¹¹¹ Cfr. Corte Cost., sentt. nn. 390/1989 e 104/2007; in dottrina, R. FERRARA, *Principio di buon andamento tra forma e sostanza*, in A. CONTIERI-F. FRANCIOSI-M. IMMORDINO-A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., ; si v. anche A.M. CECERE, *Commento agli artt. 97 e 98*, in G. AMOROSO-V. CERBO-A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro*, 2009, vol. I, 481 ss.

¹¹² Cfr. V. CAIANIELLO, *I compiti della dirigenza amministrativa nel quadro costituzionale*, in *Giur. cost. it.*, 1993, IV, 266 ss.; più recentemente, le lucide osservazioni di A. SANDULLI, *I dirigenti pubblici e l'isola che c'è*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, n. 12, 1281-1282.

¹¹³ Si cfr. A. PATRONI GRIFFI, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione nel dettato della Costituzione e nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Federalismi.it*, n. 3/2009, p 3 ss.

¹¹⁴ Chiaramente discorso ben diverso va fatto in quei ordinamenti in cui vige l'elezione diretta del capo dell'esecutivo (si pensi al sistema statunitense). In effetti, l'investitura dal basso rende il capo dell'esecutivo politicamente responsabile solo nei confronti dell'elettorato, anche dell'operato di tutto l'apparato amministrativo, e quindi i rischi di un'influenza della politica governativa sull'amministrazione si azzerano del tutto.

¹¹⁵ Si rinvia alle lucidissime considerazioni di S. SPAVENTA, *La giustizia dell'amministrazione*, a cura di P. ALATRI, Torino, 1949, *passim*.

minato dal ruolo “ingombrante” dei partiti (ora personalizzati¹¹⁶) i quali, “appropriandosi” non solo della funzione legislativa (con il conseguente spostamento del baricentro della funzione legislativa dal Parlamento al Governo¹¹⁷), ma anche di quella amministrativa, hanno rimodellato la stessa forma di governo parlamentare, imperniata sul binomio Parlamento-Governo.

Ne è scaturito un modello in cui la confusione della politica con l'amministrazione ha provocato una crisi dello Stato e della sua legittimità, a cui nemmeno la c.d. delega Amato (d.lgs. n. 29/1993) è riuscito ad arginare, orientato a definire i rapporti tra politica e amministrazione unicamente (o quasi) sotto il “riflettore” dell'art. 95 della Costituzione, con l'unico obiettivo di avere “un'amministrazione dei partiti”¹¹⁸, laddove la potenzialità innovativa dell'articolato normativo di cui agli artt. 97 e 98 rileva la tendenza di separare l'amministrazione dalla politica¹¹⁹ attraverso la scelta di attribuire le funzioni di indirizzo e di controllo ai vertici politici di governo, mentre quelle relative alla gestione ai funzionari amministrativi professionali, nella logica di una separazione che non investe, quindi, solo le competenze, ma va ad istituire organizzazioni parallele al governo, le quali sono soggette solo alla legge¹²⁰.

¹¹⁶ S. STAIANO, *Trasformazioni dei partiti e forme di governo*, in *federalismi.it*, n. 19/2015, 3.

¹¹⁷ E. CHELI, *Parlamento e autorità indipendenti*, in *Atti del XV Convegno dei Costituzionalisti*, Firenze 14.10.2000, Padova, 2001, 321 ss.; M. MANETTI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, in *www.associazioneitalianacostituzionalisti.it*, ottobre 2010.

¹¹⁸ Si v. in *Assemblea Costituente, Atti, sottocomm. II*, sez. I, in particolare gli interventi sul tema di C. MORTATI, in particolare la seduta del 14.1.1947.

¹¹⁹ Su questi problemi, *ex multis*, si v. A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, cit., 77; ID., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di A. Segni*, Milano, 1967, 243 ss.; M.S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, in *L'amministrazione pubblica in Italia*, a cura di S. CASSESE, Bologna, 1961, 5; ID., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, 57 ss.; F. LONGO, *Ragioni e modalità delle istituzioni delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 13; P. CARROZZA, *Governo e amministrazione*, in P. CARROZZA-A. DI GIOVINE-G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, II, Roma-Bari, 2014, 1052.

¹²⁰ Corte Cost., sent. n. 229/1989. In dottrina, si v. G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, 1996, 501 ss., il quale evidenzia come negli ultimi anni della c.d. prima Repubblica si percepisse forte la necessità di rompere il legame tra politica e amministrazione, e specificamente la competenza tecnico-gestionale era vista quale una

In questa prospettiva, invero, sembra cogliersi il significato autentico del principio di separazione tra politica e amministrazione¹²¹, quale declinazione dell'imparzialità e del buon andamento, che non è solo funzionale¹²², ma riguarda anche la separazione strutturale (si pensi alla necessaria separazione tra la componente organizzativa che è investita ad affiancare il ministro e l'apparato, cui è attribuito il compito della gestione amministrativa), nonché la responsabilità, atteso che l'amministrazione, come struttura separata e autonoma dalla politica¹²³, e munita di propri poteri, non è responsabile solo per la violazione di regole, ma anche per i risultati conseguiti¹²⁴.

Del resto, che il principio di separazione tra politica e amministrazione si elevi a principio costituzionale implicito è confermato recentemente anche dalla Corte Costituzionale, la quale ha dichiarato che “*L'individuazione della esatta linea di demarcazione degli atti da ricondurre alle funzioni dell'organo politico e quelli di competenza della dirigenza amministrativa (...) spetta al legislatore*” il quale “*non può compiere scelte che, contrastando in modo irragionevole con il principio di separazione tra politica e amministrazione, ledano l'imparzialità della Pubblica Amministrazione*”¹²⁵.

ipotetica soluzione al problema; recentemente, si cfr. anche, T. FROSINI, *Il coordinamento tra Parlamenti nazionali e Autorità Indipendenti: il caso delle Autorità garanti per la Protezione dei dati personali*, in *Nomos*, n. 1/2016; E.N. FRAGALE, *La distinzione tra politica e amministrazione: un modello da perfezionare?*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 827 ss.

¹²¹ Secondo F. MERUSI, *I rapporti tra governo e amministrazione*, in S. CASSESE-G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione*, Bologna, 1993, 25 ss. “*se si vuole che l'amministrazione sia imparziale, questa non può essere diretta da forze esterne, perché la direzione esterna dell'amministrazione è di per sé sinonimo di parzialità e un'amministrazione parziale è un'amministrazione inefficiente. Se l'esecutivo deve ritornare un potere dello Stato occorre separare il governo e, più in generale, la direzione politica dell'amministrazione*”. Cfr. anche, G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni cost.*, 1992, *passim*.

¹²² Si cfr. M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro.it*, 1979, 297 ss.

¹²³ Si rinvia a A. SANDULLI, voce *Amministrazione autonoma*, in *Dizionario enciclopedico del diritto*, vol. I, Padova, 1996, 65 ss.

¹²⁴ In dottrina, si v. P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005; S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 41 ss.; M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una storia difficile*, in *Diritti fondamentali.it*, fasc. 1, 2018, 8 ss.

¹²⁵ Corte Cost., sent. n. 81/2013, punto 3.2 del *Considerato in diritto*.

Questo differente modello di amministrazione (e di azione amministrativa) separato dal governo appare, inoltre, coerente con lo stesso concetto di legalità sostanziale che sottende ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, concetto che assume una pluralità di significati e contenuti proprio perché l'amministrazione “*non è più mera esecutrice delle leggi, ma è attività istituzionale nell'ambito delle leggi*”¹²⁶, caratterizzata dal dovere giuridico di raggiungere risultati concreti con economicità e con trasparenza¹²⁷, rispondenti agli interessi individuati dalla legge e agli obiettivi specificati dalla stessa amministrazione mediante l'indirizzo politico-amministrativo¹²⁸.

La riassunta costruzione teorica induce a ritenere che il principio di separazione tra politica e amministrazione, in quanto diretta esplicazione dei principi di imparzialità e buon andamento, assuma valore costituzionale, come, d'altro canto, ha dichiarato la stessa Consulta¹²⁹, individuando nel principio predetto il perno su cui si basa il rapporto Governo-amministrazione¹³⁰.

Rapporto, quello tra politica e amministrazione, che non deve delinearli secondo il classico schema che individua nel Governo il protagonista della trama delle relazioni tecnico-politiche al fondamento delle scelte riguardanti le decisioni di politica nazionale¹³¹, ma come puntualmente è stato

¹²⁶ F. BENVENUTI, *Ibidem*.

¹²⁷ M. IMMORDINO-P. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, *passim*; cfr. anche, M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, *passim*.

¹²⁸ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, 29 ss.; F. SEVERO SEVERI, *Amministrazioni indipendenti, Agenzie, Autorità: nuove (o vecchie) formule organizzative per la Pubblica Amministrazione*, in F.S. SEVERI (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti. Aspetti problematici*, Milano, 1998, 129.

¹²⁹ La prima volta che la Corte Costituzionale affermò che il principio costituzionale della distinzione tra politica e amministrazione era strettamente collegato all'imparzialità amministrativa, fu con la sent. n. 453/1990; sono seguite poi le sentt. nn. 233 e 266/2006; 103 e 104/2007; 351/2008; 34 e 304/2010; 124 e 246/2011; 81/2013.

¹³⁰ In dottrina, si cfr. G. BERTI, *L'amministrazione come libertà (dalla politica)*, in ACCADEMIA NAZIONALE DEI LINCEI, *Lo stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Milano, 1994, 383 ss.; A. MASSERA, «Autonomia» e «indipendenza» nell'amministrazione dello Stato, cit., 478 ss.

¹³¹ Sul punto si v. P. RAMETTA, *Primazia della tecnica sulla politica? I diritti tra vincoli di bilancio e politica*, in *Amministrazione in cammino*, 2018, 5.

osservato “*Quello tra politica e tecnica (e amministrazione) si potrebbe in effetti descrivere come un rapporto circolare, in forza del quale per indicare un fine e per farlo diventare un fine programmatico occorre un’attività di progettazione politica e amministrativa piuttosto complessa e molto articolata, che richiede sia analisi tecniche (amministrative, finanziarie e gestionali) sia analisi politiche*”¹³².

Ora, se si prova a tirare le fila dell’analisi sin qui compiuta, l’equazione che ad una maggiore affermazione a livello costituzionale del principio di separazione dell’amministrazione dalla politica corrisponda una maggiore legittimazione delle autorità amministrative indipendenti nel nostro ordinamento appare, in fondo, corretta, in quanto espressione della necessità di assicurare, in un sistema democratico in cui si avvicendano diversi modelli di amministrazione della cosa pubblica, un’amministrazione “obiettivizzata”¹³³.

Da quanto detto, la nozione di separazione ben sembra utilizzabile per le Autorità amministrative indipendenti, potendo solo queste ultime, grazie alla propria indipendenza, porsi in posizione di distacco da qualsiasi forma di responsabilità e influenza politica (mentre è importante rilevare che, per quanto riguarda le tradizionali amministrazioni, sembra più congruo ragionare in termini di un generale regime di distinzione tra compiti di indirizzo politico e compiti di gestione amministrativa)¹³⁴.

In questa prospettiva, l’orientamento, peraltro comune negli ordinamenti attuali, di separare un potere governativo in senso stretto da quella funzione puramente amministrativa (che sembra evincersi anche attraverso una nuova lettura dell’art. 95 Cost., dalla quale si esclude la dipendenza da un Ministro di tutti gli organi amministrativi, secondo una rigida applicazione del rapporto gerarchico), induce a sostenere la tesi della compatibilità delle Autorità indipendenti con la Costituzione, in virtù anche delle funzioni di garanzia da queste svolte in *domaines sensibles*, ad alto tasso di tecnicità.

¹³² Così, P. CARROZZA, *Tecnica e politica: la necessaria complementarietà*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, 88.

¹³³ Si rinvia F. BENVENUTI, *Disegno dell’amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996.

¹³⁴ In tal senso, F. MERLONI, *Amministrazione “neutrale” e amministrazione imparziale (a proposito dei rapporti tra “politica” e “amministrazione”)*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 360.

Funzioni, le quali, piuttosto che essere rapportabili all'attuazione dell'indirizzo politico del Governo, sono dirette all'attuazione (saremo propensi a dire "integrazione") di quelle leggi istitutive¹³⁵ che si caratterizzano per una certa indeterminatezza, laddove non indicano nei dettagli le condizioni e i limiti di esercizio dell'attività regolatoria.

La suindicata compatibilità trova, inoltre, ulteriore conferma in ulteriori disposizioni costituzionali, dalle quali emergono valori che promuovano l'istituzione di nuovi centri di regolazione in specifici settori di rilevanza tecnico-economica¹³⁶.

Al già citato combinato disposto di cui agli artt. 97 e 98 Cost. che predispone "*uno spazio per amministrazioni in posizione di relativa indipendenza rispetto all'autorità politica, sottratte in particolare all'indirizzo governativo*"¹³⁷, garantendo, quindi, alle Autorità amministrative indipendenti un regime derogatorio rispetto a quello applicabile alla Pubblica Amministrazione, non sembra costituire uno sforzo interpretativo notevole cogliere, seppur implicitamente, nella Costituzione ulteriori istanze portatrici di valori costituzionali da tutelare, quali libertà, pluralismo, eguaglianza e diritti del cittadino dagli abusi derivanti sia dal potere esecutivo, sia dal mercato, che confermano l'esigenza di predisporre nell'ordinamento strutture che si pongono tra politica e amministrazione, tra politica e mercato:

– nell'art. 2 Cost., quando si assicura al singolo la sua posizione di persona anche nell'ambito delle formazioni sociali ove svolge la propria attività¹³⁸;

¹³⁵ A tal proposito, basti osservare che le Autorità amministrative indipendenti non sono incaricate al raggiungimento dell'interesse pubblico primario, individuato dalle disposizioni del Governo, bensì si occupano della regolamentazione degli interessi costituzionalmente rilevanti e quindi soggette ad un penetrante controllo di legalità; si v. in dottrina, R. ROLLI-A. TAGLIALATELA, *La "legittimazione" costituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giustamm.it*, n. 2, 2010, 6.

¹³⁶ Si v. M. NIGRO, *La Pubblica Amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, 162 ss., le cui intuitive riflessioni anticipano di molto l'acceso dibattito nella dottrina giuspubblicista del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti. Contra, M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Roma, 2007, 116-117.

¹³⁷ Conforme, N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2004, 103.

¹³⁸ G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, cit., 663.

– nel valore costituzionale della partecipazione procedimentale dei privati all’esercizio delle funzioni amministrative di cui all’art. 3, secondo comma, Cost¹³⁹, nel quale si rileva in maniera ancora più netta il fatto che la nostra Costituzione predilige le organizzazioni intermedie quali strumenti che integrano l’attuazione di quei fini statali per implementare la garanzia delle situazioni soggettive individuali¹⁴⁰;

– nel processo di decentramento amministrativo di cui all’art. 5 Cost. che, come regola generale, ha previsto il trasferimento di funzioni dal centro alla periferia, ma, allo scopo di rendere effettiva l’attuazione dei valori fondamentali, ha riservato, altresì, che certe funzioni strategiche restassero ad organi centrali¹⁴¹;

– nell’art. 21 quando si garantisce il pluralismo dei mezzi d’informazione;

– nell’art. 24 dove si afferma un’evoluzione degli interessi da tutelare consequenziale alla complessità della società tecnologica;

– nell’art. 47 in tema di tutela del risparmio;

– nel pur “tormentato” art. 117, commi secondo e terzo, che attribuisce alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza.

Da queste brevi premesse si può tentare di trarre il ragionevole convincimento che la questione della legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti nel quadro istituzionale possa risolversi nella considerazione che esse, pur svolgendo una funzione di regolazione e di garanzia che è attività di esecuzione delle decisioni degli organi politicamente rappresentativi e, al contempo, valutazione di garanzia delle posizioni giuridiche soggettive dei cittadini¹⁴², restino comunque incardinate nell’organizzazione amministrativa statale¹⁴³ quali apparati amministrativi di “nuova genesi”, nonostante si distinguano, in gran parte, dal classico modello di esercizio delle funzioni amministrative, contraddistinto dalla ponderazione imparziale dell’interesse pubblico di riferimento.

¹³⁹ Si cfr. A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e Pubblica Amministrazione*, Torino, 1998, 74 ss.

¹⁴⁰ A. PREDIERI, *Ibidem*, cit., 14.

¹⁴¹ In tal senso, A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 52 ss.

¹⁴² A. PAINO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, cit., 128.

¹⁴³ Cons. Stato, 29.5.1988, n. 988.

È, pertanto, lecito concludere che, da una parte, alle Autorità non pare possa attribuirsi la qualifica di potere dello Stato¹⁴⁴, inteso quale soggetto distinto dalla Pubblica Amministrazione, capace di adottare una particolare forma di attuazione della legge non riconducibile alla mera funzione amministrativa (del resto, la sottoposizione della loro attività al sindacato giurisdizionale conferma che il nostro ordinamento non ammette un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione)¹⁴⁵; dall'altra, non sembra necessario, a fini della loro legittimazione, l'attribuzione di un'esplicita ma fredda previsione nel Testo costituzionale, posto che le funzioni che le Autorità amministrative indipendenti svolgono per garantire la tutela dei diritti costituzionali sono comunque subordinate alla discrezionalità sovrana del legislatore¹⁴⁶.

5. Le Autorità amministrative indipendenti tra indipendenza strutturale e indipendenza funzionale

Uno dei principali problemi presente nell'apparato organizzativo della Pubblica Amministrazione, che si rifletterebbe, peraltro, sulla questione della legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti, sarebbe costituito, quindi, dall'esigenza di conciliare due necessità: quella espressa dall'art. 95 Cost., che si concreta nell'assicurare una continuità tra determinazione delle valutazioni politiche e attuazione delle stesse da parte delle strutture amministrative, e quella che si desume dal disposto di cui agli artt.

¹⁴⁴ La Corte Costituzionale ha sempre negato nel tempo agli organismi in esame la legittimazione a essere parte nei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, si v. Corte Cost., ord. 12.5.2000, n. 137, nonché ord. 2.6.1995, n. 226; ugualmente, la Consulta è ferma nel non attribuire alle autorità la legittimazione in via incidentale a sollevare una questione di legittimità costituzionale, si cfr. recentemente sent. 31.1.2019, n. 137, ma anche ord. 2.6.1995, n. 226. Cfr., in dottrina, M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in *Federalismi.it*, n. 12/2012; ID., *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in *www.astrid-online.it*, 2013.

¹⁴⁵ Cons. Stato, 10.10.2007, n. 4888; Corte Cass., 20.5.2002, n. 7341.

¹⁴⁶ Si cfr. CGUE, sent. 9.3.2010, causa C-518/07, la quale ha dichiarato la necessità che tra le suddette Autorità e le istituzioni parlamentari ci sia uno saldo legame, ai fini della legittimazione delle prime in un ordinamento democratico.

97 e 98 Cost., di salvaguardare i principi che garantiscono l'indipendenza della Pubblica Amministrazione rispetto agli altri poteri dello Stato¹⁴⁷.

Tali necessità, a parere di chi scrive, sono solo apparentemente antitetiche, in quanto la presenza di un apparato dell'amministrazione pubblica, che è un sistema pluralizzato, proprio di una società articolata ed eterogenea, in cui sono previste strutture organizzative statali munite di particolari rapporti con il governo, tali da svincolarle da qualunque "intromissione" di quest'ultimo¹⁴⁸, induce a considerare che nel nostro sistema costituzionale il modello di amministrazione indipendente non si ponga in termini di incompatibilità con l'amministrazione servente del Governo di cui all'art. 95 Cost., bensì in termini di alternatività.

Da questa descrizione si può anche intuire come il conferimento di un determinato peso alla funzione istituzionale delle Autorità in esame consenta di sostenere che i principi costituzionali in tema di separazione tra politica e amministrazione vadano improntati in modo diverso¹⁴⁹. Questo perché l'applicazione della separazione che interessa le Autorità amministrative indipendenti non è quella che si consegue semplicemente attraverso l'assegnazione, in base al principio gerarchico, delle competenze tra i vertici di uffici politici e uffici burocratici appartenenti alla medesima struttura organizzativa; in questo caso, agli uffici burocratici resterebbero solo meri compiti di amministrazione puntuale¹⁵⁰.

Il modello di riferimento è quello in cui le Autorità amministrative indipendenti, oltre a vedersi riconosciuta un'indipendenza di tipo strutturale rispetto all'apparato di Governo¹⁵¹, godono, altresì, di un'indipendenza di tipo funzionale/sostanziale, che si concreta nella facoltà di svolgere in

¹⁴⁷ Come argomentò diffusamente sul tema, V. BACHELET, *Evoluzione del ruolo e della strutture della Pubblica Amministrazione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, *passim*.

¹⁴⁸ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Approfondimenti di diritto amministrativo*, cit., 229.

¹⁴⁹ Sul punto si rinvia a, A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1970.

¹⁵⁰ V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle «Amministrazioni indipendenti»*, cit., 18 ss.

¹⁵¹ Nonostante il potere di nomina dei componenti delle autorità indipendenti sia riconosciuto sia al Parlamento sia al Governo, si è dell'opinione che la nomina politica nel nostro ordinamento sia in fondo necessaria (e forse inevitabile), al fine di trovare un momento iniziale di legittimazione da parte dei titolari di poteri rappresentativi.

modo imparziale le proprie funzioni senza ingerenze derivanti dal controllo politico¹⁵². Del resto, quanto appena sostenuto trova conferma in importanti sentenze della Corte di Giustizia europea e della Corte europea dei diritti umani, che sono arrivate a censurare iniziative statali pregiudizievoli dell'indipendenza di alcune autorità ritenute come essenziali dal diritto europeo¹⁵³, richiamando l'art. 3 della direttiva 2002/21/CE sul quadro normativo comune in tema di comunicazioni elettroniche il quale mira a garantire piena indipendenza di giudizio e autonomia funzionale delle Autorità Nazionali di Regolazione istituite nei singoli Stati membri per i settori disciplinati.

Nella scia di tali considerazioni, lo stesso riconoscimento, da parte del diritto positivo, dell'eterogeneità degli organismi inclusi sotto la definizione di autorità amministrative indipendenti¹⁵⁴, sembra non rappresentare una fragilità del modello amministrativo, in quanto esso si pone in armonia con la trasformazione del concetto delle funzioni amministrative e delle modalità del loro esercizio¹⁵⁵.

Ora, però, riconoscere in astratto un livello di indipendenza funzionale nello svolgimento di funzioni caratterizzate da discrezionalità tecnica, comporta, come effetti necessari, il conferimento di prerogative tali per cui di quella condizione possa il soggetto concretamente usufruire¹⁵⁶.

E ciò vale soprattutto se l'“indipendenza” venga percepita anche come il prodotto delle norme che conferiscono a un soggetto l'autonomia nelle sue diverse forme.

La categoria dell'autonomia, a differenza dell'autarchia che rivela la capacità attribuita agli enti pubblici di deliberare atti amministrativi che abbiano la stessa natura e gli stessi effetti di quelli emanati dallo Stato, ha

¹⁵² Cons. Stato, comm. spec., 29.5.1998, in *Foro amm.*, 1999, 414 ss.

¹⁵³ Si cfr. CGUE, sent. 9.3.2010, causa C-518/07; Corte EDU 4.3.2014, ric. n. 18640/2010, Grande Steens e altri c. Italia.

¹⁵⁴ Evidentemente, tale realtà deve considerarsi in linea proprio con la eterogeneità che caratterizza le Autorità amministrative indipendenti, a cominciare dalla loro istituzione, per proseguire con la nomina dei soggetti che in esse operano, per finire con le funzioni, che, ovviamente, sono assolutamente tutte diverse tra loro.

¹⁵⁵ N. LONGOBARDI, *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata*, Torino, 1999, 100.

¹⁵⁶ Si rinvia per tutti a G. BERTI, *Principi fondamentali*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, sub Art. 5, Bologna-Roma, 1975, 290.

acquisito una pluralità di nozioni¹⁵⁷ a fronte del pluralismo dei centri di poteri previsti nel nostro sistema ordinamentale¹⁵⁸. Lo dimostra il fatto che la Costituzione repubblicana adopera il concetto nelle più svariate accezioni – normativa, organizzativa, amministrativa, statutaria, politica – per determinare sistemi organizzativi diversi (si pensi, per esempio, al Consiglio Superiore della Magistratura di cui all’art. 104 Cost, ovvero alle Regioni, di cui all’art. 114, secondo comma, Cost.).

Quando essa, però, si collega al concetto di indipendenza strutturale e funzionale sembra assumere una propria formula definitiva, perché consiste nella capacità di un soggetto di autoregolarsi, nel senso che il soggetto “*trova in sé e non in altri la fonte delle proprie norme*”¹⁵⁹.

In tal guisa, il concetto di autonomia normativa si riconosce nella più ampia formula di autonomia organizzatoria, seppure tale espressione di autonomia, come è noto, non sempre si traduce in atti i cui effetti normativi regolano fattispecie esterne alla sfera di azione dell’organismo¹⁶⁰.

Ebbene, alla luce di queste brevi considerazioni di ordine generale, e in via di prima approssimazione, sembra destare nessun problema affermare che per numerose Autorità amministrative indipendenti ad un’autonomia organizzativa garantita dalle leggi istitutive, fonte di legittimazione della loro esistenza, si associa, in misura più o meno accentuata nelle diverse ipotesi, il riconoscimento di una potestà normativa, nel diritto dell’economia (Banca d’Italia, Consob) o nella sfera dei diritti fondamentali (Garante per la protezione dei dati personali, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), dove si percepisce maggiormente la necessità che la funzione di regolazione delle attività di soggetti privati e pubblici siano attribuite a organismi non collegati al potere politico¹⁶¹.

Del resto, la tesi appena esposta sembra trovare conferma nel fatto che la potestà normativa suindicata trova nella stessa Costituzione la

¹⁵⁷ A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, vol. II, 1990, 212 ss.

¹⁵⁸ G. BERTI, *La Pubblica Amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, *passim*.

¹⁵⁹ M.S. GIANNINI, *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 851 ss.

¹⁶⁰ Cons. Stato, Ad. Gen., sent. n. 109/1990.

¹⁶¹ Si rinvia a AA.VV., *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti*, a cura di F. FRANCIOSI, Atti del Convegno di Siena, 31.5.-1.6.2002, Milano, 2003.

sua legittimazione, laddove l'attribuzione di potestà regolamentare a Stato e Regioni, di cui all'art. 117 Cost., sesto comma, non sembra affatto esaustiva¹⁶².

Invero, la disposizione costituzionale suindicata, come autorevole dottrina ha acutamente rilevato, va interpretata quale norma sulle materie di esercizio della funzione ma regolamentare nella direzione Stato – Regioni, ma non tale da esaurire il novero dei soggetti che dispongano, sulla base di un fondamento legislativo, dell'esercizio del potere regolamentare, poiché “*nell'ambito della normazione secondaria vige nel nostro sistema positivo il principio della atipicità degli atti normativi, categoria aperta ad una serie di specie e di modelli stabiliti dalla legge*”¹⁶³.

Problemi notevolmente più complessi, invece, si riscontrano quando si affronta la questione relativa alla natura degli atti normativi emanati dalle autorità definite “regolatori”, soprattutto per quelle che operano in quei settori economici rispetto ai quali lo Stato ha un comportamento recessivo. Si pensi, all'Autorità Garante della Concorrenza a cui, pur non attribuendosi un'espressa titolarità di poteri normativi, si deve constatare che essa non raramente svolge un'attività normativa integrativa di concetti giuridici generici (quali, per esempio, “abuso di posizione dominante”) contenuti nelle norme che è chiamata ad attuare¹⁶⁴.

A ciò deve aggiungersi che, negli ultimi anni, si è assistito ad una “latente” volontà del legislatore statale di attribuire alle Autorità in questione una potestà di emanare norme generali di dubbia natura, che si concreta non solo in meri regolamenti di organizzazione e di esecuzione delle leggi in vigore, bensì, in norme che disciplinano, alle modalità di svolgimento dei compiti ad esse attribuiti, le attività dei privati sottoposte a re-

¹⁶² È importante sottolineare che il potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti è imputabile allo Stato che è titolare di numerose competenze quali (lett. *a*) rapporti internazionali dello Stato e con l'Unione europea (lett. *e*), moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; perequazione delle risorse finanziarie (lett. *l*); ordinamento civile (lett. *m*); livelli essenziali delle prestazioni riguardanti i diritti civili e sociali.

¹⁶³ Conforme, V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 10.

¹⁶⁴ G. DE MINICO, *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, Padova, 1997, 18 ss., che definisce come normativa “l'attività di riempimento del parametro”; sul punto si v. anche TAR Lazio, Roma, sent. n. 3367/2005.

golazione e/o controllo¹⁶⁵. Anzi, si danno casi in cui il legislatore, forte del principio di “trasversalità” di molte materie di cui all’art. 117 Cost., si è spinto perfino a riconoscere ad alcuni di questi organismi la potestà di emanare regolamenti la cui entrata in vigore è coincisa con l’abrogazione di precedenti disposizioni legislative. Basti pensare all’art. 1, sesto comma, lett. c), n. 5, l. n. 249/1997, nel quale si dispone che l’entrata in vigore del regolamento per l’organizzazione e la tutela del registro degli operatori di comunicazione da parte dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, comporta l’abrogazione di tutte le norme riguardanti la tenuta del registro nazionale della stampa e del registro nazionale delle imprese televisive.

È evidente che in dottrina questi regolamenti hanno suscitato numerose perplessità, che non attengono soltanto al rispetto del principio costituzionale della riserva di legge¹⁶⁶, alla medesima stregua dei regolamenti indipendenti e delegati, ma, come è stato lucidamente osservato, “*riguardano anche il profilo più generale dell’attribuzione di così rilevanti poteri (normativi e amministrativi) ad autorità sottratte al circuito democratico-rappresentativo*”¹⁶⁷.

D’altro canto, se è vero che, in generale, il potere di derogare a norme legislative da parte del potere regolamentare in specifiche materie ha quale obiettivo quello di garantire a determinati soggetti specifici ambiti di autonomia normativa, è altrettanto vero che il riconoscimento di un tale potere, nonostante non appaia incompatibile con le norme costituzionali sulle fonti, va, nel caso di specie, “scrupolosamente” monitorato, in quanto trattasi sempre di un potere attribuito “*singulatim*”. A tal riguardo, e soprattutto per quelle autorità definite di “seconda generazione”¹⁶⁸, è stato sostenuto che il fondamento diretto di una potestà regolamentare fosse rinvenibile in un conferimento che perverrebbe dalle fonti comunitarie, in

¹⁶⁵ G. GUARINO, *Le autorità garanti nel sistema giuridico*, 35, in AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Atti di Convegno di Sorrento del 30.5.1997, a cura dell’ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, Padova, 1999.

¹⁶⁶ Cfr. B. DE MARIA, *I poteri normativi delle autorità indipendenti: aspetti costituzionali*, Napoli, 2003.

¹⁶⁷ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 332.

¹⁶⁸ In tal modo, F. MERUSI, *Le autorità indipendenti tra riformismo istituzionale ed autarchia comunitaria*, in F. GRASSINI (a cura di), *L’indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001, 25.

forza dell'imposizione che il diritto sovranazionale esercita nei confronti dei soggetti amministrativi nazionali per l'adozione di provvedimenti di regolazione di settori.

Tale ordine di pensiero si basa sulla considerazione che le decisioni adottate dai soggetti amministrativi posti ai vertici di settori sensibili, essendo prevalentemente tecniche, troverebbero in sede regolamentare la propria disciplina alla medesima stregua delle decisioni amministrative europee.

L'assunto appena descritto è condivisibile soprattutto se si dà il giusto risalto alla teoria dei poteri impliciti nata per la risoluzione di un problema specifico qual è il riparto delle competenze legislative nell'ambito dell'ordinamento federale statunitense, in cui le fonti normative sono molteplici e non di rado in contrasto¹⁶⁹. I fattori in forza dei quali si può definire legittima l'adozione dei poteri impliciti sono stati nel tempo chiaramente delineati dalla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti¹⁷⁰ e sono la mancanza in Costituzione di un esplicito divieto al loro impiego e la concordanza di essi con i principi costituzionali.

Ma la teoria dei poteri impliciti, come è noto, successivamente si è diffusa anche in altre esperienze istituzionali, anch'esse basate sul principio di attribuzione delle competenze e sulla derivante esigenza di determinare i limiti entro cui esse possono liberamente esplicitarsi, al fine di evitare indebite interferenze.

Ne è la prova proprio l'Unione europea in cui ben presto si è sviluppato, e poi sedimentato, un orientamento giurisprudenziale il quale, utilizzando

¹⁶⁹ Si cfr. A. GIARDINA, *Principio di legalità e poteri impliciti nelle Comunità europee*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 475, il quale, afferma che "l'applicazione della teoria dei poteri impliciti ha un senso proprio nel contesto del complessivo sistema di equilibri e di controlli caratteristico delle strutture federali. In altri termini, cioè, gli organi che si vedono eventualmente riconosciuti dei poteri impliciti rimangono pur sempre sottoposti al controllo politico e giuridico di altri organi, di modo che l'equilibrio generale rimane adeguatamente garantito".

¹⁷⁰ Si cfr., tra le altre, *Mc Culloch v. Maryland*, 17 U.S., 1819; *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 9 Wheat. 1, 6 L. Ed. 23, 1824; *United States v. Darby*, 312 U.S., 1941; *Wickard v. Filburn*, 317 U.S., 1942; *Sabri v. United States*, 541 U.S., 2004; *Gonzalez v. Raich*, 545 U.S., 2005; *United States et al. v. Comstock*, 560 U.S., 2010.

la teoria dell'*implied power*, ha sancito la legittimità di una numerosa serie di interventi da parte delle istituzioni europee, sebbene questi non fossero “coperti” da una espressa norma giuridica¹⁷¹. La teoria dei poteri impliciti ha rappresentato, in fondo, anche in un’organizzazione eterogenea qual è l’Unione europea uno strumento interpretativo adeguato e duttile indirizzato a moderare, in una prospettiva funzionalistica, le rigidità dei modelli di attribuzione delle competenze di natura prevalentemente normativa.

Alla luce di tali considerazioni, non deve assolutamente stupire il fatto che nel nostro sistema ordinamentale il tema dei poteri impliciti assuma un’importanza centrale proprio in quegli ambiti di intervento delle Autorità regolatorie, nelle quali è più semplice cogliere quell’intreccio tra regolazione e poteri in questione. Anzi, i poteri impliciti non solo si nascondono negli interstizi dei larghi poteri regolatori affidati ad alcune *authorities*, ma essi stessi talvolta radicano la potestà regolatoria in capo ad esse. Ne consegue, che la questione relativa alla ricerca di una norma attributiva di potere regolamentare in capo alle Autorità amministrative indipendenti può definirsi avvalendosi anche della teoria dei c.d. poteri impliciti¹⁷², dai quali, partendo dalle finalità di interesse pubblico, si desu-

¹⁷¹ *Ex multis*, Corte Giust. CE, 29.11.1956, C-8/55, Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta Autorità della Comunità Europea del Carbone e dell’Acciaio; Corte Giust. CE, 9.7.1987, C-281, C-283, 285 e 287/85, Germania e al. c. Commissione; Corte Giust. CE, 5.10.2000, C-376/98, Germania c. Parlamento europeo e Consiglio; Corte Giust. UE, 27.11.2012, C-370/12, Pringle e Corte Giust. (UE), 16.6.2015, C-62/14, Gauweiler.

¹⁷² Appare opportuno sottolineare che la teoria dei poteri impliciti nel diritto amministrativo italiano è materia dibattuta da oltre due secoli, durante i quali essi sono stati sottoposti a un costante processo di tipizzazione. Soprattutto con particolare riferimento al significato e ai limiti dei poteri impliciti nelle attività amministrative, la dottrina non ha raggiunto una uniformità di giudizi, laddove una parte di essa sostiene che “*implicito può essere definito quel potere autoritativo amministrativo che, pur non previsto dalla legge, corre però ‘parallelamente’ ad un potere autoritativo tipico viceversa espressamente conferito da una norma ad un organo amministrativo, e che è legato da un nesso di ‘strumentalità’ con l’oggetto materiale e con l’interesse pubblico cui si riferisce il potere esplicito*” (N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 102); altra dottrina, invece, parte dalla considerazione che i poteri impliciti vadano considerati non in termini assoluti, bensì in riferimento al carattere – normativo o provvedimentale – della funzione amministrativa implicita concretamente considerata; in definitiva, “con riguardo ai poteri regolamentari, il ricorso (a tale criterio) serve ad individuare i

me il principio secondo cui “*pur in assenza di una specifica norma di legge che attribuisca ad una autorità indipendente il potere regolamentare, quest'ultimo possa essere legittimamente esercitato, in quanto tacitamente iscritto nella legge istitutiva dell'autorità medesima*”¹⁷³.

Del resto, l'opportunità di indicare competenze normative delle Autorità indipendenti sulla base della teoria dei poteri impliciti ha assunto nuovo vigore recentemente, quando l'Agcom, in tema di tutela del diritto d'autore, ha avallato l'ipotesi di far discendere il conferimento del potere regolamentare dall'attribuzione, espressamente indicata dalla normativa, di una funzione di vigilanza nel settore in capo ad essa. In particolare, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha adottato il “*Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*”¹⁷⁴, attraverso una estensiva interpretazione del disposto dell'art. 182-*bis* della legge sul diritto d'autore, nel senso dell'estensione della funzione di vigilanza cui lo stesso fa riferimento “*fino al punto da ricomprendervi attività di natura umana*”¹⁷⁵.

La premessa dalla quale bisogna quindi muovere per esaminare il tema del crescente aumento dei poteri regolatori-normativi delle Autorità amministrative indipendenti è la constatazione della propensione del legislatore a rafforzare la potestà normativa delle Autorità indipendenti nella disciplina di interi settori coincidenti con diritti e interessi dei cittadini, sia come singolo, sia nelle diverse formazioni sociali¹⁷⁶ dove si svolge la sua personalità.

confini esterni della ‘competenza’ o in altre parole l'estensione di un potere (appunto regolamentare) sicuramente attribuito dalla legge”, mentre “con riguardo (...) ai poteri provvedimenti si tratta non di esaminare i limiti esterni della competenza, ma la stessa esistenza della competenza ad esercitare quello specifico potere”, G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 704.

¹⁷³ Così, M. RENNA, *Le questioni di legittimità costituzionale del regolamento dell'AGCOM sulla tutela del diritto d'autore on line*, in *Annuali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, n. 1/2014, 111.

¹⁷⁴ Agcom-deliberazione CONS n. 680/13 del 12.12.2013.

¹⁷⁵ Si v., F. GAMBARDELLA, *La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti: il caso paradigmatico del regolamento Agcom per la tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettrica*, in *Federalismi.it*, n. 2/2017, 15.

¹⁷⁶ G. GIACOBBE, *Competenze delle Authorities e tutela dei diritti della persona*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Authorities e tutela della persona umana*, Napoli, 1999, 27 ss.

Solo partendo da queste considerazioni sembra possibile affrontare la tematica della conciliabilità del potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti con il sistema legale delle fonti del diritto oggettivo e di conseguenza, domandarci se, poi, la scelta di attribuire a soggetti privi di legittimazione democratica la funzione di regolare interi settori in modo “informale” e “occasionale” non costituisca una inosservanza del valore della rappresentatività istituzionale¹⁷⁷.

¹⁷⁷Cfr. C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in *Giustamm.it*, 2016, 17.

Capitolo Secondo

Il fondamento dei poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti

SOMMARIO: 1. Prime considerazioni generali sul fondamento della potestà normativa attribuita alle Autorità indipendenti. – 2. La ricostruzione della teoria dell'atto normativo quale preludio all'attività normativa delle *Authorities*. – 3. Cenni sui profili dell'impugnabilità degli atti normativi. – 4. La proliferazione dei processi c.d. "artificiali" di produzione normativa. – 5. Il potere normativo delle Autorità indipendenti quale espressione del sistema pluralistico dell'ordinamento. – 6. La regolazione normativa delle Autorità indipendenti tra tecnicità e procedimentalizzazione. – 7. La partecipazione ai procedimenti normativi delle Autorità amministrative indipendenti. – 8. Il potere di regolazione normativa al vaglio della legalità procedurale.

1. Prime considerazioni generali sul fondamento della potestà normativa attribuita alle Autorità indipendenti

Lo studio del potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti implica la necessità di prendere in esame diverse problematiche, fra cui innanzitutto quella del suo fondamento. Proprio a tal proposito, occorre rimarcare come la ricerca di un tale fondamento assuma una notevole importanza per il fatto che la sua indagine coinvolge, in un più ampio ambito di ragionamento, la problematica relativa alle relazioni fra i diversi tipi di ordinamenti.

È fin troppo noto che lo studio dei rapporti fra i diversi ordinamenti si basa sul rilievo che un ordinamento possa assumere nei riguardi di un altro¹.

¹ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, I ed., Firenze, 1918, II ed., rist. 1946, rist. 1962, 100 ss.

Questa affermazione svela la dinamica degli ordinamenti particolari nella circostanza in cui questi si coordinino (e si contattino) con l'ordinamento statale complessivamente inteso². Da tale coordinamento, che è innanzitutto momento dinamico, si manifestano non solo le singole unità strutturalmente intese, ma anche le singole attività che connotano queste istituzioni e che hanno costituito anche lo sviluppo della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici che studiava la relazione di "superiorità" e di "dipendenza" tra ordinamenti³.

Questo criterio di indagine intorno al modo di manifestarsi delle diverse strutture organizzative è risultato, poi, fondamentale per determinare che il rapporto di stretta uniformità tra l'ordinamento statale e le sue organizzazioni coinvolgeva anche l'attività giuridica⁴.

In tale nuovo scenario, anche sulla base di estensive interpretazioni delle disposizioni costituzionali (*in primis* artt. 97 e 98 Cost.), lo sviluppo della funzione amministrativa è risultato un dato innegabile dell'attuale sistema ordinamentale, essendo sempre più tangibile che l'attività dello Stato si è manifestata sempre di più per la cura di concreti interessi pubblici.

Per far fronte a questi nuovi compiti, in un primo momento lo Stato portò alla nascita realtà organizzative definite ordinamenti sezionali⁵, a cui erano attribuite funzioni inerenti al rapporto di direzione e di controllo intercorrente fra poteri pubblici e imprese private. Non si era in presenza, tuttavia, di forme di autogoverno, in quanto l'organo nominato a rappresentare il settore era un organo governativo, il cui compito era quello di farsi portavoce dell'indirizzo politico-economico del Governo⁶.

Trattavasi, in sostanza, di soggetti che, per il loro stretto collegamento

² G. BERTI, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, cit., 107.

³ SANTI ROMANO, *Ibidem*, 146 ss.

⁴ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 88.

⁵ Sul tema si rinvia M.S. GIANNINI, *Gli ordinamenti sezionali rivisitati (traendo spunto dall'ordinamento creditizio)*, in S. AMOROSINO (a cura di), *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, Milano, 1991, 9 ss.

⁶ Evidenzia F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 17 "L'ordinamento sezionale, prodotto originale della legislazione degli anni '30, affida un determinato settore economico alla normazione del potere amministrativo di un organo dello Stato separandolo dalla disciplina dell'ordinamento generale, il che può, in astratto servire sia per 'programmare' il settore, sia per garantire l'esistenza di un mercato concorrenziale, sia per correggere un mercato 'troppo concorrenziale'".

con il Governo, adottavano atti che avevano valore normativo soltanto nell'ambito dell'ordinamento sezionale, mentre, all'interno dell'ordinamento complessivamente inteso, essi esprimevano un'efficacia meramente amministrativa⁷.

Di segno completamente diverso, invece, è la fenomenologia istituzionale che ha ispirato le Autorità amministrative indipendenti. Queste ultime rispondono ad una diversa logica istituzionale⁸ e si configurano quali strutture caratterizzate da un alto grado di elasticità, idonee a fissare situazioni di dialogo fra diversi soggetti dell'ordinamento, al fine di far scaturire i relativi provvedimenti da una biunivoca interazione fra gli interessi pubblici e privati⁹.

Inoltre, la garanzia di cui generalmente esse si fanno promotrici non opera unicamente lungo un asse "verticale" (vale a dire attinente al rapporto Stato-imprenditori), ma è anche integrata da una tutela avente una dimensione eminentemente "orizzontale" (rivolta, cioè, a disciplinare il rapporto delle imprese in concorrenza tra di loro e di queste con i consumatori).

Proprio in rapporto alla complessa funzione a cui si è appena accennato, e grazie anche all'alto tasso di tecnica-giuridica di carattere neutrale che caratterizza tali organismi, che li svincola da vincoli di dipendenza nei confronti del Governo, è stato riconosciuto ad essi un importante potere normativo che attenta dottrina ha interpretato innanzitutto quale segnale di un più generale mutamento di rotta dell'ordinamento verso una più rilevante considerazione degli interessi di settore¹⁰.

D'altro canto, già prima della nascita delle Autorità amministrative indipendenti nel nostro sistema ordinamentale era stato più volte sottolineato da autorevole dottrina¹¹ l'aumento sempre maggiore dei poteri normativi in capo alla Pubblica Amministrazione. Ciò ha comportato per questa la perdita della propria monoliticità, dovendosi parlare, oramai, di "pub-

⁷ S. FOÀ, *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002, 38.

⁸ R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007, 74.

⁹ F. POLITI, *La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, Torino, 2004, 211.

¹⁰ P. BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle Autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, fasc. 2, 1999, 251.

¹¹ A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della Pubblica Amministrazione*, cit., 12.

bliche amministrazioni”, in ossequio al pluralismo istituzionale impresso nel tessuto costituzionale.

Non sono mancate, tuttavia, perplessità in riferimento all’attribuzione di funzioni normative in capo a soggetti a connotazione tecnica, giacché si ritiene, in via generale, che il suo riconoscimento violi la difesa dei principi dichiarati dallo “Stato di diritto”; le Autorità indipendenti per ruolo e funzioni si porrebbero in una posizione di rottura rispetto ai tradizionali modelli che, al contrario, vengono attribuiti, di funzioni normative in quanto legittimati democraticamente.

In altri termini, la facoltà del legislatore di assegnare un potere normativo ad un soggetto i cui componenti sono nominati contrasterebbe con il principio della divisione dei poteri che impone che la funzione di disporre atti a portata generale e astratta venga attribuita ad organismi che godono di legittimazione popolare.

Ma la teoria testé esposta considera lo Stato ancora quale unico e originario portatore della potestà normativa nei confronti di tutti i soggetti dell’ordinamento generale¹² e trascura che il passaggio da uno Stato liberale di diritto ad uno Stato costituzionale ha significato principalmente il costante depauperamento del ruolo del legislatore dinanzi alla nascita di Costituzioni rigide e democratiche, le quali, poste al vertice dell’ordinamento statale, hanno il compito di garantire e tutelare le libertà fondamentali proprio dall’intervento dello Stato.

In quest’ottica, il principio della separazione dei poteri si presenta quale principio di organizzazione politica, che ammette che i tre poteri “*possano venir determinati quali tre distinte funzioni dello Stato coordinate tra loro e che sia possibile tracciare una linea di confine che separi ciascuna di queste funzioni dalle altre*”¹³.

Tale tripartizione dei poteri, in cui si rileva una non ben definita divisione dei ruoli¹⁴, appare in fondo il modello accolto dalla Costituzione

¹² Conforme, E. CARIDI, *La Consob come istituzione. Note sulla soggettività giuridica della Commissione Nazionale per la società e la borsa*, in *Scritti in onore di M.S. Gianini*, vol., III, Milano, 1988, 265.

¹³ In tal senso H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, V ed., II, rist., Milano, 1978, 274; Per una ricognizione dei concetti di divisione e separazione dei poteri, si v. E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, Padova, 1992.

¹⁴ A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, 62 ss.

repubblicana, la quale, a dire il vero, neanche accenna apertamente alla teoria della divisione dei poteri¹⁵. Ciò ha contribuito a quel crescente intreccio tra istituzioni e cittadini nel nostro ordinamento che, mediante anche nuove forme di partecipazione, ha prodotto una costante “atomizzazione” di funzioni¹⁶.

Del resto, l’affermazione nel nostro Testo costituzionale dello Stato di democrazia pluralista che valorizza principi quali quello di legalità e di uguaglianza, ha, in sostanza, reso inattuabile il percorso che porta a collegare con “precisione” a ciascun soggetto o organo dello Stato una delle tre tradizionali funzioni. Anzi, capita che lo Stato, nel rispetto del modello costituzionale, non di rado preveda che diverse funzioni vengano separatamente concesse ad uno stesso organo, a patto che non si definisca una concentrazione di funzioni in capo ad un unico soggetto.

Il caso quando in settori ad alto tasso di tecnicità, le Autorità amministrative indipendenti, preposte alla cura imparziale degli interessi pubblici, si adoperino per garantire le posizioni soggettive dei privati al di fuori del circuito politico. A tal proposito, c’è da dire che proprio negli ambiti di peculiare rilevanza economica è apparsa subito evidente la necessità di riconoscere una maggiore autonomia alle autorità amministrative di settore che si concretasse in una produzione di una normazione che producesse effetti anche per l’ordinamento generale¹⁷.

L’effettiva attuazione di alcuni principi costituzionali comporta non tanto la mediazione non specializzata del legislatore, quanto preferibilmente una continua attività di regolazione e aggiudicazione che, nella prospettiva dei velocissimi cambiamenti causati dal progresso tecnologico, sia capace di tenere le diverse libertà costituzionali in un equilibrio non statico, fondato sull’attitudine di assimilare le innovazioni, senza sovrapporre i valori indisponibili¹⁸.

¹⁵ Si cfr. M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 34; A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 2000; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, V ed., Padova, 1985, 2.

¹⁶ Si v. G. SILVESTRI, *I Poteri dello Stato, (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, 670.

¹⁷ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 26.

¹⁸ A. D’ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997, 3081 ss.; F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti dello Stato di diritto: il caso dell’autorità nazionale Anticorruzione*, in *Federalismi.it*, n. 25/2016, 10.

In tale quadro di riferimento, si sono poste le basi per la ridefinizione di veri e propri sistemi di legalità di settore, nell'ambito dei quali il legislatore, pur disponendo ancora di una certa discrezionalità nella determinazione del sistema organizzativo, si limita a svolgere un'attività ricognitiva di precetti costituzionali o esecutiva di obiettivi eurounitari¹⁹.

Sulla base di tali premesse, si è giunti ad affermare che l'autonomia normativa delle Autorità amministrative indipendenti, pur trovando implicito riconoscimento negli artt. 5 e 97 Cost., sia in grado di produrre atti che possono essere riconosciuti pari ordinati alla legge formale e con questa armonizzati in virtù del principio di competenza²⁰.

Ora, pur non volendo aderire alla tesi suesposta, si è dell'idea che il riconoscimento di una potestà normativa alle Autorità non debba essere interpretato come la presa d'atto "*della incapacità del legislatore di dominare, da solo, il complesso sempre meno decifrabile degli interessi sociali*"²¹. Infatti, la rinuncia di interi settori suscettibili di regolazione politica all'autorità di poteri tecnici non può essere interpretata quale il preludio ad una definitiva torsione del modello classico parlamentare vigente nel nostro ordinamento²².

Il Parlamento, secondo il disegno costituzionale, è l'organo che assicura il collegamento tra l'indirizzo politico del Governo e la sovranità popolare (art. 1 Cost.), secondo il principio della rappresentanza democratica. Il fatto che il legislatore faccia un passo indietro nella disciplina di settori di propria attinenza non significa affatto, a nostro parere, che venga scavato un solco insormontabile nel rapporto tra responsabilità politica e potere sociale delle autorità con competenze tecniche²³. La tecnicità dei problemi correlati alle materie disciplinate, per esempio, può essere giu-

¹⁹ F. MERUSI, *Eguaglianza e legalità nelle autorità amministrative indipendenti*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, 11.

²⁰ F. MERUSI, *ivi*, 12.

²¹ Così, C. PINELLI, *Cittadini, responsabilità politica e mercati globali*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 49.

²² In senso diverso, E. CHELI, *La sovranità, la funzione di Governo, l'indirizzo politico*, in G. AMATO-A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1991, 13.

²³ Cfr., P. SCHLESINGER, *Natura e limiti delle responsabilità delle Autorità*, in AA.VV., *Relazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, 73.

stificata attraverso una delega di competenze normative dallo Stato ad autorità pubbliche (nonché private), le quali, con il loro sapere tecnico, sono capaci di produrre regole che guidano i comportamenti di determinati destinatari.

Ne discende, a questo punto, che è più coerente discorrere di ambiti in cui la legislazione statale si ritrae per lasciare spazio alle autorità in esame a forme di produzione normativa, volte a regolamentare settori particolarmente sensibili.

Fenomeni, quali la globalizzazione che ha destrutturato le tradizionali categorie della politica e dell'economia e la progressiva diffusione della tecnologia (si pensi alle innovazioni apportate dalla velocità delle telecomunicazioni e dall'azzeramento delle distanze mediante la rete), possono solo essere regolati con pronta rapidità e tecnicismo, fattori questi difficilmente rintracciabili nei classici strumenti di partecipazione basati sulla rappresentanza politica.

Ecco che si fa strada la convinzione che la celerità dei processi decisionali risponda principalmente alla necessità di monitorare i fenomeni appena accennati che hanno reso sempre più complessa la composizione degli interessi chiamati ad essere regolati.

Questa linea di pensiero sembra, peraltro, in coerenza con il modello prefigurato dalla Costituzione repubblicana la quale, traducendo in principi organizzativi la regolarizzazione proveniente dalla oggettività della cognizione tecnico-scientifica, libera la burocrazia professionale dalla "politicità indotta"²⁴ del Governo che, legittimato democraticamente, è titolare della funzione d'indirizzo politico.

2. La ricostruzione della teoria dell'atto normativo quale preludio all'attività normativa delle *Authorities*

Il riconoscimento di poteri normativi alle Autorità amministrative indipendenti (e le successive conseguenze sulla tenuta del modello classico-liberale della separazione dei poteri) va quindi inquadrato in quel più am-

²⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, I, 90.

pio fenomeno affermatosi nel nostro sistema ordinamentale che è il pluralismo di centri di poteri, da cui la diffusione su vasta scala della facoltà di produrre diritto obiettivo da parte delle diverse autorità amministrative²⁵.

Senonché, prima di passare specificamente all'esame del potere normativo attribuito alle Autorità amministrative indipendenti, si ritiene opportuno affrontare, in estrema sintesi, preliminarmente alcuni aspetti connessi allo statuto giuridico degli atti normativi secondari in generale, quali l'identificazione di essi (e in particolare dei regolamenti), i limiti di efficacia normativa, il regime dei controlli cui essi sono sottoposti. Questo perché il problema non ancora sostanzialmente risolto riguarda non tanto la ricerca di un fondamento dei poteri normativi delle Autorità indipendenti, peraltro pacificamente desunto nell'ambito dell'ordinamento interno o europeo, quanto la difficoltà di scorgere, da parte della dottrina, precisi limiti all'esercizio di tale potestà²⁶.

È fin troppo noto, che la nozione di "atto normativo" può essere valutata sia da un punto di vista di teoria generale, sia da un punto di vista di diritto positivo²⁷.

Sotto il primo angolo visuale, la natura normativa di un atto è stata strettamente connessa al valore di creatività dell'atto medesimo. Ciò ha provocato seri problemi interpretativi agli operatori del diritto, in quanto il criterio del grado di creatività si è subito mostrato inadeguato per operare una distinzione netta, tra gli atti giuridici, degli atti legislativi da quelli amministrativi, giurisdizionali e negoziali.

Ne è conseguito, per ragioni eminentemente pratiche, che il concetto di atto normativo fosse ricondotto sotto l'ala protettiva del diritto positivizzato, dal quale è scaturito il convincimento secondo cui l'atto giuridico è quell'atto che promana da una fonte del diritto riconosciuta tale da uno specifico ordinamento. Così definito, l'atto normativo si fonda unicamente su elementi formali, il che vuol dire che esso risulta normativo per il solo motivo di provenire da quei poteri e da quei procedimenti designati dalla Costituzione,

²⁵ A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della Pubblica Amministrazione*, cit., 26.

²⁶ G. PORTALURI, *Il principio di imparzialità e i modelli organizzativi. Le Autorità amministrative indipendenti*, in R. CAVALLO PERIN-A. POLICE-F. SAITTA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, I, Firenze, 2016, 301.

²⁷ Si rinvia a V. CRISAFULLI, *Atto normativo, ad vocem*, vol. IV, Milano, 1959, 239 ss.

quali poteri e procedimenti atti a definire la produzione del diritto oggettivo.

Tale nozione di atto normativo, però, mal si concilia con l'attuale struttura dei pubblici poteri, nella quale non si rileva più una netta separazione tra una funzione normativa che è essenzialmente attività "del disporre" e una funzione esecutiva che è prevalentemente attività del "provvedere"²⁸.

In tale specifica prospettiva risalta, infatti, la complessità di differenziare, mediante criteri formalistici, gli atti normativi dagli atti a contenuto generale, puntuali, ma non normativi²⁹.

Tale problematica assume un'importanza notevole poiché solo gli atti normativi (e specificamente i regolamenti), in quanto appartenenti alla categoria delle fonti legali, beneficiano di un particolare *status* giuridico, come l'applicazione del brocardo *iuria novit curia* (art. 10 disp. prel. c.c.), dei principi sull'interpretazione (art. 12 disp. prel. c.c.), dell'azione di ricorrere in Cassazione (art. 360 c.p.c. e art. 111 Cost.) per non o falsa esecuzione delle relative norme.

Ugualmente, gli atti normativi non hanno carattere recettizio³⁰, posto che essi sono efficaci e vincolanti dal momento della loro pubblicazione³¹, laddove gli atti amministrativi, essendo generalmente recettizi³², devono essere portati a conoscenza direttamente dei destinatari, affinché nei riguardi di questi si producano gli effetti del provvedimento³³.

²⁸ V. CRISAFULLI, *ivi*; si cfr. altresì, C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, III, Padova, 1973, 158; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996, 29 ss.

²⁹ C. MORTATI, *Contenuto e forma nella qualificazione e nel trattamento degli atti normativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 3; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 306 ss.; G.U. RESCIGNO, *Forma e contenuto del regolamento*, in *Giur. cost.*, 1992, 1432 ss.; L. PALADIN, *Saggio sulle fonti del diritto italiano*, in *Quaderni cost.*, 1993, 252 ss., e ID., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 39-46, ove afferma che, nella vigenza della l. n. 100/1926, occorre "identificare i regolamenti del potere esecutivo in vista della loro intrinseca attitudine a creare diritto, vale a dire in ragione del loro contenuto normativo: il quale, a sua volta, soleva venire collegato alla generalità e all'astrattezza delle disposizioni regolamentari".

³⁰ V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1969, 925.

³¹ Si cfr. tuttavia, Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 2032/2002.

³² V. OTTAVIANO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milano, 1953.

³³ Sui criteri di individuazione degli atti amministrativi, cfr., *ex plurimis*, le trattazioni generali, M.S. GIANNINI, *Sui regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, LXXIII, 1950; ID., *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, III, 1953,

E ciò vale anche per gli atti amministrativi generali, i quali sono diretti ad una pluralità di persone non determinate (ma determinabili)³⁴; questi atti, non potendo essere notificati a tutti gli individui nei confronti dei quali si dovranno produrre gli effetti giuridici, vengono portati a conoscenza attraverso affissione in apposito bollettino o raccolte che, tuttavia, avrà una funzione analoga alla notificazione.

In questo modo, allora, alle differenti modalità di pubblicità si determina il brocardo *ignorantia legis non excusat*³⁵, che non sembra giustificarsi per gli atti non normativi, per i quali, al contrario, la prova della concreta conoscenza è tassativa.

Negli anni, poi, la distinzione suindicata ha impegnato anche le giurisprudenze nella loro suprema espressione, le quali hanno indicato soluzioni non sempre adeguate quanto a proposte di classificazione.

Ed ecco che la Corte di Cassazione sancisce che gli atti amministrativi generali “*costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono diretti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili, i regolamenti, invece, sono espressione di una potestà normativa attribuita all’Amministrazione*³⁶, *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*

20; ID., *Voce atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 157 ss.; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967; D. SORACE, *Promemoria per una voce “atto amministrativo”*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, 747 ss.; G.U. RESCIGNO, *Atti normativi e atti non normativi*, in *Giur. cost.*, I, 1988, 2749; F. MODUGNO, *Atti normativi*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1989, 15 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 568.

³⁴ Si rinvia a A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, vol. 77, n. 10/1954, 217 ss.; si cfr. anche, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; M. RAMAJOLI-B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 53 ss.

³⁵ Autorevole dottrina sottolinea giustamente che “*il costituzionalismo moderno, ereditando il brocardo, ha ad esso attribuito nuove giustificazioni, e conseguentemente nuovi connotati*”, e, specificamente, “*i giuristi di tradizione europea continentale hanno individuato la giustificazione di esso nella pubblicazione necessaria degli atti normativi*”, A. D’ATENA, voce *Ignoranza della legge*, in *Enc. dir.*, vol. XX, 1970, 13 ss.

³⁶ Sulla valorizzazione della fonte regolamentare si rinvia a A. LUCARELLI, *Il fondamento del potere regolamentare dei Comuni*, in *Quaderni cost.*, n. 2/2003, 357.

esistente, con precetti che presentano, appunto, i caratteri della generalità e dell'astrattezza, intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell'applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono"³⁷.

Il giudice delle leggi, dal canto suo, ha escluso che l'estromissione di un atto dalla categoria degli atti a contenuto normativo dipendesse esclusivamente dal *nomen iuris* e dalla discordanza procedimentale nei confronti dei modelli di atti normativi secondari assunti in via generale dall'ordinamento, mentre è necessario, invece, esaminare se l'atto produce "norme generali ed astratte, con cui si disciplinano i rapporti giuridici, conformi alla previsione normativa, che possano sorgere nel corso del tempo"³⁸.

Infine, il Supremo Giudice degli interessi ha dichiarato non accettabile la conclusione secondo cui un atto può essere qualificato come normativo soltanto se si indirizzi, ugualmente, a tutti i consociati. È atto normativo, infatti, quello i cui destinatari "sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), allorché l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita, la quale vengono meno anche i suoi effetti"³⁹.

Dalle massime appena citate, quindi, si evincono opinioni variabili tra i giudici che non aiutano a chiarire quelle zone di incertezze e di dubbio nelle quali si rilevano atti che alcuni definiscono normativi ed altri no. Del resto, su tale punto anche la stessa Costituzione è lacunosa, anche se, implicitamente, sembra considerare normativi solo quegli atti che si formano in uno dei modi di produzione previsti dall'ordinamento⁴⁰.

Alla luce di tali canoni formalistici, sono atti normativi le leggi costituzionali, le leggi ordinarie dello Stato, gli atti aventi forza di legge (decreto legislativo, decreto-legge e i decreti di attuazione degli statuti delle regioni ad autonomia differenziata), le leggi regionali e gli statuti delle

³⁷ Cass. civ., sez. un., 28.11.1994, n. 10124.

³⁸ Corte Cost., sent. n. 278/2010.

³⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., sent. n. 9/2012.

⁴⁰ Su tali questioni, si cfr. G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2012, 807.

regioni di diritto comune, i regolamenti del Governo, che l'art. 17 della l. n. 400/1988 definisce quali atti secondari che operano prevalentemente a livello amministrativo dell'attività statale, i regolamenti statali e i regolamenti delle regioni e degli enti locali minori (comuni, province e città metropolitane).

Giunti a questo punto, e focalizzando la nostra attenzione sulle fonti secondarie, quello che potrebbe emergere, secondo le stringenti regole formalistiche, è che tali fonti sarebbero costituite da atti normativi che solo per la loro forma prendono il nome di regolamenti. Da ciò si rileverebbe l'impossibilità che atti, cui non è attribuito il nome di regolamenti, possano considerarsi normativi e godere, di conseguenza, del particolare trattamento previsto per quest'ultimi dall'ordinamento giuridico.

A parere di chi scrive tali conclusioni sono contraddette dalla stessa Costituzione (e le disposizioni normative che la attuano sul punto), che dispone che Stato, Regioni ed enti locali possano approvare atti normativi subordinati alle leggi, non solo attribuisce al termine "regolamento" un alto tasso di "genericità", ma non esclude che possano riscontrarsi atti normativi non direttamente riconducibili al *nomen iuris* regolamento⁴¹.

D'altro canto, già in tempi meno recenti autorevolissima dottrina sottolineava come i regolamenti non costituissero più l'unica forma di manifestazione del potere normativo attribuito dall'ordinamento alle pubbliche amministrazioni, al cospetto soprattutto anche del fatto che queste ormai regolavano, oltre all'apparato organizzativo e ai rapporti tra singole amministrazioni, sempre più rapporti tra privati⁴².

Ne consegue un assetto delle fonti a livello secondario caratterizzato sempre più da un'evidente atipicità nelle forme⁴³, laddove, per un verso, atti quali i provvedimenti generali a contenuto normativo, (si pensi alle ordinanze contingibili e urgenti) sono da considerarsi a tutti gli effetti normativi e trattati come tali per il loro contenuto⁴⁴, mentre, per l'altro, di

⁴¹ M.S. GIANNINI, *Regolamento (in generale)*, in *Enc. dir.*, vol., XXXIX, Milano, 1988, 605 ss.

⁴² A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della Pubblica Amministrazione*, cit., 52.

⁴³ M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto Amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 683.

⁴⁴ Si pensi alle ordinanze adottate dai sindaci e dai governatori regionali per fronteggiare la grave crisi sanitaria che il Paese purtroppo, al momento di scrivere, sta vivendo.

determinati decreti o regolamenti si dubita della loro natura normativa (si pensi a quei decreti ministeriali di natura non regolamentare in attuazione di alcuni aspetti del d.l. “*norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l’efficienza del sistema universitario*” converso nella l. n. 240 del 30.12.2010, ovvero, nel regolamento di organizzazione del Mibact, ai sensi dell’art. 16, quarto comma, del d.p.c.m. n. 171/2014), e che anzi qualsiasi pretesa di essere trattati come tali, ne provocherebbe l’illegittimità⁴⁵.

Vi è da dire, inoltre, che la Corte Costituzionale, dopo aver utilizzato in particolare criteri formalistici per riconoscere la natura normativa di un atto⁴⁶, ha preferito svolgere un controllo effettivo per esaminare l’esistenza delle caratteristiche della generalità, dell’astrattezza e dell’innovatività peculiari dell’atto normativo⁴⁷, contribuendo a quella fase di destrutturazione delle fonti legali del nostro ordinamento già iniziata con le pressanti sollecitazioni dell’economia dei mercati globalizzati.

La valutazione del carattere normativo degli atti autoritativi di natura amministrativa mediante il criterio sostanzialistico si riscontra, altresì, nella giurisprudenza amministrativa⁴⁸, quando è stato ritenuto necessario,

⁴⁵ Ancora G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, cit., 8.

⁴⁶ Corte Cost., sentt. nn. 103/1957, 47/1959, 24/1960.

⁴⁷ Recentemente si cfr. le ordinanze nn. 3 e 104/2002, n. 145/2003 e n. 156/2013.

⁴⁸ Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 732/2001; Cons. Stato, sez. atti normativi, 14.2.2005, n. 11603/2004; Cons. Stato, sez. VI, 18.2.2015, sent. n. 823, nella quale decisione si afferma che “*i caratteri che, sul piano del contenuto sostanziale, valgono a differenziare i regolamenti dagli atti e provvedimenti amministrativi generali, vanno individuati in ciò, che quest’ultimi costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono diretti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili. I regolamenti, invece, 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 che presentano appunto i caratteri della generalità e dell’astrattezza, intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell’applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono. Inoltre, ai sensi dell’art. 17, l. 23.8.1988, n. 400, l’esercizio della potestà normativa attribuita all’esecutivo, quando sia necessario e consentito, deve svolgersi con l’osservanza di un particolare modello procedimentale, secondo cui per i regolamenti di competenza ministeriale sono richiesti il parere del Consiglio di Stato, la preventiva comu-*

per determinare ciò, la potenzialità innovativa dell'ordinamento, nonché la generalità e l'astrattezza delle disposizioni che lo compongono⁴⁹. Nello stesso filone interpretativo, inoltre, si è espressa la Corte di Cassazione⁵⁰.

A fronte di questo quadro complesso, in cui i tratti distintivi tra atti normativi e atti a contenuto (prevalentemente) amministrativo appaiono sempre più attenuati, non sembra affatto peregrino affermare la parziale incapacità del dato formale a fondare la suindicata distinzione, in un ordinamento che, peraltro, non definisce generalità e astrattezza caratteri imprescindibili al fine della qualificazione degli atti normativi⁵¹.

Concludere per la natura amministrativa o normativa di un atto è dunque l'esito di una operazione empirica⁵², svolta sulla base di criteri prevalentemente sostanziali, completati con riferimento al contenuto della norma. Ma, al fine di determinare l'esatta qualificazione degli atti, talvolta non è sufficiente il combinato dei criteri formali e sostanziali; la natura di essi dovrà essere conforme ai compiti propri dell'Autorità che li emana, in ragione alla motivazione che ne ha orientato l'esistenza⁵³.

Di qui l'esigenza di una indagine accurata che, pur tenendo conto di fattori certamente decisivi (contenuto generale e astratto, pubblicazione legale, ecc.) per la qualificazione di un atto quale normativo, affronti la questione sotto anche un diverso profilo, non necessariamente "giuridico", bensì "logico-istituzionale"⁵⁴, in cui si affermano regole le quali, per esempio, per l'alto grado di tecnicità che le caratterizza o per il fatto che disciplinano direttamente la pacifica convivenza, sono da considerare a tutti gli effetti normative⁵⁵.

nicazione al Presidente del Consiglio dei ministri, il visto e la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale".

⁴⁹ Recentemente su questi temi, E. FURNO, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, numero speciale, n. 2/2017, 16 ss.

⁵⁰ Corte Cass., sez. un., sent. n. 10124/1994.

⁵¹ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003, *passim*.

⁵² V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano, II, L'ordinamento costituzionale. Le fonti normative*, Padova, 1993, 26.

⁵³ S. NICODEMI, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, cit., 105.

⁵⁴ L'espressione è di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Approfondimenti di diritto amministrativo*, cit., 62.

⁵⁵ Anche se tale fenomeno accrescerebbe l'inflazione normativa, si v. sul punto, A.

3. Cenni sui profili dell'impugnabilità degli atti normativi

Per quanto concerne, invece, i profili di impugnabilità dei regolamenti e in generale degli atti normativi secondari, in estrema sintesi, per il fatto che l'individuazione concreta dell'interesse all'impugnativa, spesso, non è affatto agevole, essi sono sottoposti al regime giuridico degli atti amministrativi provvedimentali⁵⁶.

Invero, come si è accennato precedentemente, il nostro sistema primario delle fonti è caratterizzato da fonti tipiche e a numero chiuso. Tale assunto induce a ritenere che gli atti normativi secondari, compresi i regolamenti governativi, non potranno assumere la forza della legge, neanche in quei casi in cui il legislatore espressamente decida di rinviare al contenuto del regolamento per regolare la materia⁵⁷.

Di qui la considerazione che la Corte Costituzionale potrà giudicare gli atti normativi secondari non in via diretta, ma solo nell'eventualità che questi valgano come condizione per determinare il valore normativo dell'atto legislativo impugnato⁵⁸.

Infatti, nonostante la Consulta⁵⁹, peraltro in una isolata sentenza, abbia lasciato intravedere spiragli di un futuro controllo di costituzionalità degli atti normativi secondari, consolidata giurisprudenza sancisce che la mancanza nella nostra Costituzione di una riserva di potestà regolamentare, rende impossibile per la Corte, “*abbandonare, ai fini della determinazione delle fonti oggetto del sindacato di costituzionalità, la concezione formale della primarietà*”⁶⁰. Ne consegue, alla luce di questa breve pre-

SANDULLI, *La razionalizzazione normativa*, in G. VESPERINI (a cura di), *Il rendimento dei governi del maggioritario*, Roma, 1998, 31 ss.

⁵⁶ A. ROMANO, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 879 ss. Si v. anche Cons. Stato, sez. V, sent. n. 154/1992.

⁵⁷ Si rinvia a L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XXXIX, Milano, 1988, 605 ss.

⁵⁸ Corte Cost., sentt. nn. 30/1957, 7/1966 e 1124/1988.

⁵⁹ Corte Cost., sent. n. 23/1989.

⁶⁰ Così G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 177; sollecita invece un controllo di costituzionalità più penetrante della Corte Costituzionale, G. SILVESTRI, “*Questa o quella per me pari sono ...*”. *Disinvoltura e inquietezza nella*

messa, che gli atti normativi secondari, nonostante abbiano un contenuto astratto e generale⁶¹, sono sindacabili dalla giustizia amministrativa e ordinaria nel rispetto dei criteri di riparto di giurisdizione⁶².

Nel momento in cui l'amministrazione statale emana un atto, infatti, si rileva l'esigenza di determinare a quale giurisdizione ne spetti la cognizione, prendendo atto della natura dell'attività svolta, se disciplinata dal diritto pubblico o dal diritto privato e della valutazione delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte.

La presenza di una lesione di interesse effettivo e concreto fa sì che l'atto normativo secondario in contrasto con le fonti primarie sia direttamente impugnabile dinanzi al giudice amministrativo entro i termini decadenziali ai fini della pronuncia del suo annullamento, con effetti *erga omnes*⁶³. Tale disciplina non trova applicazione quando, tuttavia, l'atto normativo secondario non sia immediatamente lesivo della posizione giuridica soggettiva, ma lo sia, invece, l'atto amministrativo applicativo della norma di diritto oggettivo. In queste ipotesi, l'atto normativo non immediatamente lesivo può essere impugnato dinanzi al giudice degli interessi solo unitamente al provvedimento che ne faccia applicazione, attraverso lo strumento c.d. della doppia impugnativa⁶⁴.

legislazione italiana sulle fonti del diritto, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006, 187.

⁶¹ Su tali problematiche si cfr. G. COCOZZA, *Riflessioni sul controllo giurisdizionale nei confronti dei regolamenti e degli atti amministrativi generali*, in *Federalismi.it*, numero speciale, n. 2/2017.

⁶² Sui criteri di riparto di giurisdizione, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, III, Bologna, 1993, 233 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, 113 ss.; Cfr. inoltre Corte Cost., sentt. nn. 384/1994 e 482/1995.

⁶³ Cons. Stato, sez. IV, sentt. nn. 224 e 2734 del 1998; recentemente, sentt. nn. 4642/2015 e 3825/2016.

⁶⁴ Per C. TUBERTINI, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1080, la c.d. "doppia impugnazione" è quello strumento mediante il quale "l'atto normativo e quello amministrativo generale sono impugnabili solo a partire dall'atto che ne faccia concreta applicazione, in quanto solo da quest'ultimo decorre il momento dell'effettiva lesione e, quindi, il termine per l'impugnazione. Tuttavia, anche in seguito al verificarsi di tale evento l'atto generale (o normativo) non è impugnabile individualmente, bensì solo congiuntamente all'atto applicativo, in quanto esso – determinando il ricordato effetto di 'concretizzazione' della fattispecie – costituisce condizione di 'attualità' della lesione".

Il fatto che la natura normativa di questi atti renda difficilissima la determinazione a priori dei propri destinatari in occasione dell'esercizio della potestà normativa, può succedere, come è stato osservato, “*che l'interesse ad agire, ed ancor prima la stessa posizione dell'interesse legittimo, sorga solo successivamente, a valle dell'adozione del regolamento ed all'atto dell'adozione del provvedimento applicativo*”⁶⁵.

Con specifico riguardo al tema dell'impugnazione di questi atti, e in particolare dei regolamenti amministrativi, è pacifico distinguere tra due tipologie di atti regolamentari: da un lato, i regolamenti *volizione-preliminare* che contengono prescrizioni generali e astratte e, quindi, incapaci di ingenerare un diretto effetto lesivo nella sfera giuridica del destinatario; dall'altro, i regolamenti *volizione-azione*, che contengono un contenuto prescrittivo immediatamente lesivo⁶⁶.

Mentre per i primi il giudice amministrativo annulla il provvedimento attuativo insieme al regolamento, per i secondi il giudice degli interessi annulla direttamente il regolamento⁶⁷.

Più delicato è, invece, l'aspetto inerente al potere di disapplicazione degli atti normativi secondari quale panacea ulteriore rispetto all'annullamento demolitorio⁶⁸.

⁶⁵ Conforme, E. FURNO, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, cit., 11.

⁶⁶ A. AMORTH, *Impugnabilità e disapplicazione dei regolamenti e degli atti generali*, in *Cons. Stato*, 1964, II, 373 ss.; F. BENVENUTI, *L'impugnazione dei regolamenti*, in *Foro amm.*, 1982, I, 536 ss.

⁶⁷ Tra gli altri, E. FOLLIERI, *Giustizia amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, V ed., Torino, 2013, 287 ss.; R. GAROFOLI-G. FERRARA, *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., Roma, 2016, 50 ss.

⁶⁸ *Ex plurimis*, F. BENVENUTI, *L'impugnazione dei regolamenti*, cit., 537 ss.; V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e disapplicazione dell'atto amministrativo invalido*, in *Jus*, 1983, 163 ss.; C. FERRARI-M. AIROLDI, *La disapplicazione del regolamento da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 27 ss.; G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in “*Impugnazione*” e “*disapplicazione*” dei regolamenti, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 661 ss.; F. CINTIOLI, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 43 ss.; R. ROLLI, *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo. Tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Roma, 2005; V. LOPILATO, *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti nel processo amministrativo*, in R. CHIEPPA-V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 87 ss.; M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Napoli, 2011; R. DI PACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino, 2011.

Non essendo questa la sede adatta per affrontare la complessa tematica della disapplicazione dei regolamenti illegittimi, è opportuno limitarsi a sottolineare che dottrina e giurisprudenza traggono, dai pur incerti riferimenti normativi quali l'art. 5 dell'All. E della legge del 20.3.1865, n. 2248 e l'art. 14, secondo comma, del d.p.r. 24.11.1971, n. 1199, il principio secondo cui qualsiasi giudice (anche amministrativo) possa disapplicare gli atti amministrativi illegittimi di cui venga a conoscenza nel corso di un giudizio⁶⁹.

La tesi suindicata, che pur è stata oggetto di numerose critiche da quanti ritengono che la disapplicazione regolamentare comporti, tra l'altro, il rischio di una eliminazione del breve termine decadenziale di impugnazione dei provvedimenti amministrativi⁷⁰, minando, a questo punto, la certezza del diritto, appare fondata, in quanto la disapplicazione da parte di un giudice dei provvedimenti illegittimi rappresenta un principio generale del nostro ordinamento⁷¹.

In effetti, la disapplicazione di atti amministrativi e di regolamenti generali e locali illegittimi è un istituto di garanzia per i diritti dei singoli; ne discende che qualsiasi giudice può disporla nel momento in cui venga a conoscere, nel corso di un giudizio, di atti viziati la cui legittimità condizioni la soluzione della questione principale.

4. La proliferazione dei processi c.d. “artificiali” di produzione normativa

L'ordine dogmatico delle fonti legali del diritto in leggi, regolamenti e consuetudini – che, per molti decenni, è stato il tradizionale modello di

⁶⁹ A. LUCARELLI, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione pubblicistica*, Padova, 1995, *passim*.

⁷⁰ Cons. Stato, sent., sez. VI, n. 3328/2002. In dottrina, *ex plurimis*, A. ROMANO, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 899 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione di regolamenti da parte del Consiglio di Stato*, in *Giur. cost.*, 1959, 518 ss.; recentemente, F. CINTIOLI, *La disapplicazione*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, III ed., Milano, 2015, 1428 ss.

⁷¹ Si rinvia a F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato di diritto amministrativo*, 1901, 217 ss.

classificazione delle fonti di produzione delle norme giuridiche – è entrato in crisi, come autorevole dottrina⁷² ha avuto più volte modo di rilevare, per una serie di fattori di natura profondamente diversi tra loro, i cui effetti hanno comunque provocato una vera e propria scomposizione dell'assetto delle fonti, fino a quel momento caratterizzato da una certa linearità e solidità (si pensi ai due criteri di gerarchia e competenza che sono ormai coinvolti in un rapporto dinamico di sostituzione e sovrapposizione reciproca). In tale sistema, inoltre, non è più rinvenibile con sicurezza nemmeno la “*fonte unitaria di imputazione dell'effetto*”⁷³, giacché esso si riparte in una molteplicità di forme tra una pluralità di atti costitutivi⁷⁴.

I fattori che hanno minato le consolidate concettualizzazioni sul tema delle fonti di produzione normativa sono noti: alcuni rinvenibili nella stessa Costituzione repubblicana, quali la rigidità, il policentrismo istituzionale, gli istituti di democrazia diretta, le limitazioni di sovranità previste per la partecipazione all'Unione europea; altri attengono a fenomeni non riconducibili all'orbita giuridica, bensì a fenomeni di natura politica (si pensi alle spinte disgregatrici provenienti dalla comunità internazionale alla luce delle miopi politiche di gestione dei flussi migratori) ed economica.

Ma se i fenomeni a connotazione politica sono stati alquanto monitorati dai confini assegnati dalla Carta costituzionale, lo stesso non si può dire per quelli di natura economica le cui forzature nell'assetto delle fonti sono risultate ben presto ingovernabili. In effetti, le pressanti sollecitazioni provenienti dalla c.d. *lex mercatoria* imposta dalla mondializzazione dell'economia e dei mercati, ha progressivamente introdotto una regola-

⁷² *Ex plurimis*, V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., 927; L. PALADIN, *Saggio sulle fonti del diritto italiano*, in *Quaderni cost.*, cit., 252 ss.; F. MODUGNO-S. NICCOLAI, *Atti normativi*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1997; G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, 15 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 9 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto, artt. 1-9 disp. prel.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 2011; G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, II, Torino, 2012, 224 ss.; G. SERGES, *Crisi della rappresentanza e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, 12 ss.

⁷³ Così, F. CINTIOLI, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in *www.Giustizia amministrativa.it*, 2003, 2.

⁷⁴ Corte Cost., sentt. nn. 83 e 93/2003.

zione di *soft law* cedevole e informale, che ha minato gli schemi normativi tipici e formali del nostro sistema normativo⁷⁵.

Ciò ha riguardato soprattutto la normazione secondaria che, a dire il vero, già da anni non garantisce più un “ordine” nei processi di produzione giuridica, dal momento che lo sforzo della l. n. 400/1988 di mettere fine al disorganico pluralismo della produzione normativa secondaria mediante il vincolo di uno schema procedurale tipico previsto dall’art. 17 è risultato alquanto vano⁷⁶.

Del resto, non sembra affatto incongruo affermare che le tendenze dei mercati a preferire una regolazione più agile e flessibile al fine di accogliere le istanze dinamiche del settore produttivo hanno trovato terreno fertile proprio in un sistema, quale è quello delle fonti secondarie⁷⁷, che non sembra affatto chiuso né costituzionalmente⁷⁸, né legislativamente, potendo una legge ordinaria derogare alla legge di cui *supra*⁷⁹.

La normazione di grado secondario è stata man mano sempre meno decretata secondo lo schema procedurale previsto dall’art. 17 della l. n. 400/1988, dando vita a quel fenomeno ormai noto ai giuristi della c.d. fuga dal regolamento⁸⁰, o come forse più precisamente è stato autorevol-

⁷⁵ C’è tuttavia da aggiungere che anche gli atti normativi in senso stretto possono dar vita a regole di *soft law* quando optano per emanare nei riguardi del destinatario obblighi derogabili sul piano giuridico (c.d. *soft obligation*).

⁷⁶ G. TARLI BARBIERI, *Regolamenti governativi e ministeriali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Diritto costituzionale*, Milano, 2008, 332; ID., *La potestà regolamentare: un bilancio delle scelte statutarie e della loro successiva attuazione*, in P. CARETTI-E. ROSSI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, 2009, Torino, 2010, 9 ss.

⁷⁷ È opportuno sottolineare che è con il recepimento delle direttive (c.d. di quarta generazione) dell’Unione europea, che riformavano il sistema degli appalti e delle concessioni, che si è manifestato chiaramente nel nostro sistema ordinamentale la nuova metodologia delle fonti secondarie. Ci riferiamo alla direttiva 2014/23/UE sugli appalti pubblici nei c.d. “settori ordinari”, la direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei c.d. “settori speciali” (acqua, energia, trasporti, servizi postali) e la direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione.

⁷⁸ Cfr. Corte Cost., sent. n. 79/1970.

⁷⁹ A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle autorità garanti?*, in *Quaderni riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 2/1997, 89.

⁸⁰ B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2-3/2015, 389 ss.; per A. LUCARELLI, *Contributo alla teoria del sistema delle fonti. Ancora intorno al regolamento indipendente*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018, 14, “l’impressione è che a tutt’oggi ci sia una sorta di ‘fuga dal regolamento’

mente definito⁸¹, della fuga dell'esecutivo dal regolamento di tipo formale, in modo da precisare che la fuga non riguardasse l'intera produzione della normazione secondaria.

I regolamenti governativi e ministeriali vengono avvertiti sempre più come congegni normativi desueti e inadatti a esaudire le frenetiche domande dei mercati globalizzati. Le loro procedure di formazione sono percepite come eccessivamente rigide e complesse e ciò ha indotto il legislatore negli anni a definire forme procedimentali e caratteri contenutistici degli atti di normazione secondaria sconosciuti alla disciplina generale di cui all'art. 17 della l. n. 400/1988, sentita a questo punto, in mancanza anche di una copertura costituzionale, sempre più quale norma di natura meramente descrittiva⁸².

La natura non precettiva che connoterebbe la legge in esame ha indotto, così, parte della dottrina a considerare che tale disposizione non vincoli il legislatore successivo ad avvalersi del solo "prototipo" di regolamento ivi disciplinato⁸³. Ed in effetti, i casi in cui il legislatore, reputando opportuna una successiva azione di produzione secondaria, ha espressamente esortato l'esecutivo all'utilizzo di decreti ministeriali aventi natura non regolamentare, sono effettivamente numerosi.

Tali deviazioni dal modello procedimentale classico dei regolamenti, di cui ai sensi dell'art. 17, si sono riscontrate, poi, con maggiore frequenza con l'attuazione della riforma del Titolo V della Costituzione, la quale, come è noto, conferisce alla potestà regolamentare dello Stato la disciplina delle sole materie attribuite alla sua competenza legislativa esclusiva.

ovvero la preferenza da parte del governo di ricorrere ad atti amministrativi generali, piuttosto che a fonti secondarie del diritto, costringendo l'interprete a verificare che nell'atto amministrativo generale sovente vi sono i caratteri della generalità, astrattezza e novità. Questo ha fatto sì che proprio il Consiglio di Stato, con Ad. Plen. del 2012 accedendo ad una lettura estensiva degli atti amministrativi generali, li abbia attratti nell'orbita del regolamento".

⁸¹ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 356.

⁸² In tal senso, V. MARCENÒ, *La potestà regolamentare: un bilancio delle scelte statutarie e della loro successiva attuazione*, in P. CARETTI-E. ROSSI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, 2009, Torino, 2010, 9 ss.

⁸³ U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. I, *Stato e amministrazione*, Milano, 1991, 277 ss.; A. LUCARELLI, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione pubblicistica*, cit., 129 ss.

In questo specifico caso, più volte il legislatore ha affidato la disciplina attuativa a decreti qualificati a contenuto non normativo, con il celato obiettivo di sottrarre tali atti alle garanzie procedurali che si concretano nel parere del Consiglio di Stato, nella registrazione della Corte dei Conti e nella pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

Ma se la presenza di una tale categoria di atti privi di un contenuto normativo, come espressamente dichiara la legge, per il solo fatto di risultare in contrasto con la stessa definizione formale di regolamento, non rileva alcuna violazione del principio di legalità, i dubbi, invece, che il suddetto principio sia violato affiorano enormemente quando la portata del contenuto di tali atti presentata come non normativa è, in sostanza, normativa⁸⁴. E invero, non è un caso che l'uso in modo "continuativo e distorto" di adottare decreti di natura non normativa venga censurato dalla migliore dottrina, in quanto si ritiene che siffatta prassi violi sia l'art. 17 della l. n. 400/1988, (nella parte in cui si prevede per l'atto il regime giuridico previsto per le fonti regolamentari), sia l'art. 117, sesto comma, Cost. (deroga al riparto di competenza del potere regolamentare)⁸⁵.

La prassi di cui sopra, che ha indubbiamente incoraggiato le deroghe al regime formale dei regolamenti governativi, non è, tuttavia, come è stato anticipato, il solo fenomeno che volge lo sguardo verso nuove esperienze di produzione di atti normativi secondari.

Non riconducibile alla pressione delle esigenze della politica, bensì all'invasivo *liberal contractualism*, modello collaborativo dell'*agreement*, è il fenomeno della "mercattizzazione" dello Stato e del diritto, che si esprime mediante atti definiti (impropriamente) di *soft law* insofferenti a principi e regole⁸⁶ e nella cui categoria rientrano codici di autodisciplina, codici di associazioni, linee guida e standard operativi⁸⁷.

⁸⁴ V. MARCENÒ, *La potestà regolamentare: un bilancio delle scelte statutarie e della loro successiva attuazione*, cit., 9.

⁸⁵ F. MODUGNO, A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Quaderni cost.*, 2003, 356; A. MOSCARINI *Sui decreti del Governo di natura non regolamentare che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, n. 6, 5075.

⁸⁶ F. SNYDER, *Soft law and Institutional Practice in The European Community*, in *The Construction of Europe*, London, 1994, 197 ss.; G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, trad. it., Milano, 1996, *passim*.

⁸⁷ *Ex plurimis*, F. TERPAN, *Soft Law in the European Union. The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 2015, 68 ss.; v. inoltre A. POGGI, "Soft law" nell'or-

Tali atti, che ormai sembrerebbero assurgere a fonte di produzione sulla base del principio secondo cui non sarebbe sempre obbligatoria l'interposizione della legge per delimitare *ex ante* il contenuto dell'atto normativo⁸⁸, suscitano particolari perplessità in attenta dottrina⁸⁹ circa la violazione delle riserve di legge, allorquando si rendano idonee appunto le medesime fonti a disporre di diritti.

In questo ordine di idee si approva il convincimento secondo cui la legge non debba in molte circostanze che uniformarsi a parametri tecnici che si sottraggono alla valutazione del potere di scelta degli organi rappresentativi⁹⁰.

In effetti, nonostante il *soft law* debba considerarsi innanzitutto quale risposta all'inidoneità dei processi politici a governare la realtà nel suo sviluppo e nel suo tessuto eterogeneo⁹¹, esso ha assunto un'influenza sempre maggiore nell'ambito dei sistemi delle fonti del diritto, potendo prospettarsi, in un primo momento, quale concreta opzione alle codificate e tradizionali fonti legali, per poi, quando la sua indiscutibile matrice economica ha inglobato anche grandi momenti di giuridicità, realizzare una normazione di grado e forze diverse. A tal proposito, non sembra affatto incongruo sottolineare che non di rado gli effetti prodotti dagli atti in parola introducano, in sostanza, regole di *hard law*, laddove la natura del loro statuto è definita *soft* al solo fine di “*sottrarsi ai più impegnativi requisiti che l'ordinamento impone agli atti fonte, pur aspirando alla medesima efficacia del diritto da quelli prodotto*”⁹².

Ne consegue, alla luce anche del fatto che il *soft law* non racchiude ri-

dinamento comunitario, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, *Annuario AIC 2005*, Cedam, Padova, 2007, 369 ss.

⁸⁸ Sotto un profilo generale, R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, 170 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 265 ss.

⁸⁹ F. SORRENTINO, *Le Fonti del diritto italiano*, cit., 11 ss.

⁹⁰ In tal senso, M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in *Dir. cost.*, n. 1/2019, 58.

⁹¹ L. DE BERNARDIN, *Soft law*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. 4, Milano, 2006, 5605; in chiave comparatistica, B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Riv. regolaz. mercati*, n. 2, 2016.

⁹² Così, M. MANETTI, *ivi*, 66.

duttivamente tutti i fenomeni normativi avulsi dalle fonti di produzione del diritto, ma individua una “zona grigia di giuridicità”, che si pone a cavallo tra gli estremi dei fenomeni normativi pienamente giuridici (c.d. “*hard law*”) e i fenomeni normativi che non hanno caratteristiche tipiche della giuridicità⁹³, che il tema del potere normativo riconosciuto alle Autorità amministrative indipendenti vada affrontato anche al cospetto di una proliferazione dei processi c.d. “artificiali” di produzione normativa, in cui i fenomeni sinteticamente accennati costituiscono solo alcuni dei numerosi esempi di sottosistemi normativi (la cui legittimazione costituzionale non equivale a una loro riconduzione a un sistema delle fonti ragionevolmente congruente⁹⁴), presenti nel sistema attuale delle fonti del diritto.

5. Il potere normativo delle Autorità indipendenti quale espressione del sistema pluralistico dell’ordinamento

Qualunque approccio allo studio del potere normativo delle autorità amministrative indipendenti non può non affrontare la questione relativa all’individuazione o non della normatività degli atti di regolazione adottati da tali autorità.

Come si è avuto modo di sottolineare in precedenza, non basta che un

⁹³ Si cfr. R. BIN, *Soft law no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 31, il quale afferma che “*deviare dalle forme tipiche della produzione di norme generali significa smarrire uno dei capisaldi dello Stato di diritto, la netta separazione dei documenti che sono abilitati (e legittimati) a produrre regole obbligatorie per la generalità dei consociati e i documenti che sono privi di tale obbligatorietà*”, aggiungendo che “*il soft law, per definizione, non c’entra con le ‘fonti del diritto’, ovvero con l’hard law*”.

⁹⁴ Si v. C. PINELLI, *La crescente pluralità delle fonti nel prisma dell’interpretazione costituzionale*, 12 il quale sottolinea che “*La tendenza a scorgere nell’odierna crescente articolazione dei processi di normazione una sorta di rivincita sull’assolutismo giuridico che avrebbe caratterizzato l’esperienza degli Stati nazionali dall’Illuminismo in avanti non tiene conto dei profondi mutamenti introdotti nell’organizzazione delle fonti con lo Stato costituzionale, e in particolare del suo impianto pluralistico. In tali condizioni, immaginare una rivincita dell’effettività del diritto sulla legalità significa puntare su un bersaglio da tempo scomparso*”.

atto sia denominato regolamento perché possa disporre di un contenuto normativo⁹⁵. Il termine regolamento implica, infatti, un ordine di figure diverse tra loro, e non tutte producono effetti normativi⁹⁶.

Sta di fatto che il riconoscimento a queste Autorità di poteri normativi ha sollevato dubbi di compatibilità con i principi della democrazia rappresentativa, in quanto esse si situano al di fuori del circuito della legittimazione democratica⁹⁷. Su come conciliare, infatti, la potestà di creare diritto oggettivo con il principio di legalità, o ancora, come affrontare la problematica concernente il rapporto fra principio rappresentativo ed esigenze di efficienza, sono questioni che hanno impegnato a fondo la dottrina e la giurisprudenza, e nonostante ciò i nodi, teorici e pratici, da sciogliere sono ancora alquanto complessi e numerosi⁹⁸.

Né certamente può sostenersi che la graduale integrazione tra tecnica e diritto, imposta da una più diffusa tecnicità della società, che indubbiamente ha interessato molteplici settori nei quali sono reclamate valutazioni tecniche, da determinarsi al di fuori della politica di maggioranza, sia fattore che da solo giustifichi il superamento delle problematiche suindicate.

Ora, se è opinione comune che il principio di legalità richiede ad ogni attività normativa di grado secondario di trovare il proprio fondamento in una disposizione di legge⁹⁹, sembra opportuno rilevare, altresì, che siffat-

⁹⁵ C'è da dire che proprio in riferimento alle autorità amministrative indipendenti l'attività normativa si sviluppa attraverso atti aventi diverse qualificazioni (Provvedimento, delibera, regolamento, ecc.) cui poi la dottrina e la giurisprudenza hanno attribuito in alcuni casi rilievo normativo.

⁹⁶ C. MORTATI, *Atti con forza di legge e controllo di costituzionalità*, Milano, 1964, 34 ss.

⁹⁷ E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti e le prospettive di una loro riforma*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 13*, Torino, 2003, 78.

⁹⁸ P. VOCI, *Le prospettive delle Amministrazioni indipendenti*, in *Arch. giur.*, 1991, 335 ss.

⁹⁹ *Ex plurimis*, G. ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 145 ss.; A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della Pubblica Amministrazione*, cit., 81; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973; S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1355 ss.; R. GUASTINI, voce *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, IX, 1994, 85 ss.

to principio assuma un diverso significato a seconda del soggetto produttore delle fonti di livello secondario¹⁰⁰. Il che sta a significare che il tradizionale rapporto tra legge e regolamento (e norme secondarie in generale), monitorato alla luce del complesso legame esistente tra il principio democratico e le necessità dell'efficienza, non può essere applicato automaticamente a tutti i soggetti¹⁰¹.

Ne consegue, al cospetto di tali problematiche, che il fondamento del potere normativo delle menzionate autorità non possa non essere principalmente connesso all'assegnazione di uno specifico peso al loro ruolo istituzionale. L'identificazione, da una parte, di una determinata sistemazione istituzionale degli organismi in esame, dall'altra, della specificità del contenuto della funzione di regolazione, ci permette di individuare tale fondamento nel quadro organizzativo complessivamente delineato dalla Costituzione, propenso a riconoscere una pluralità di centri di normazione¹⁰² sulla base del principio del pluralismo istituzionale.

Emerge, da questo sistema composito, il riconoscimento di ambiti di autonomia normativa i cui atti di diritto oggettivo si rivelano espressione "*di varia ... autonomia, destinata ad esplicarsi nel quadro e nell'ambito delineato e delimitato dell'ordine legislativo*"¹⁰³ e costituzionale.

Le considerazioni che sono state avanzate consentono, quindi, di asserire che il potere normativo attribuito alle autorità in esame è manifestazione non solo dell'autonomia, bensì della peculiare funzione di regolazione conferita a siffatti organismi, come "*attività volta a garantire il corretto funzionamento di un determinato settore secondo un principio (ad esempio il principio concorrenziale) proprio dello stesso*"¹⁰⁴.

Del resto, che il potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti si incroci chiaramente con l'interpretazione che si intende dare a tali figure, è un fattore che fu acutamente rilevato da Sandulli nello studio sull'attività normativa della Pubblica Amministrazione del 1970. Nel sag-

¹⁰⁰ F. POLITI, *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, vol. III, 1988, 3.

¹⁰¹ Per tutti, si vedano le pagine illuminanti di M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione della)*, in *Enc. giur.*, vol. III, 1988, 66.

¹⁰² A.M. SANDULLI, *ivi*, 51.

¹⁰³ A.M. SANDULLI, *ivi*.

¹⁰⁴ L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit., 263.

gio il Maestro, alla luce di una minuziosa analisi delle caratteristiche peculiari della normazione della Pubblica Amministrazione, rilevò esplicitamente il fenomeno delle “*potestà normative delle regulatory commission americane*” come dimostrazione del cambiamento del ruolo della potestà normativa delle pubbliche amministrazioni rispetto alla normazione secondaria del governo (specificamente i regolamenti)¹⁰⁵.

L’assenza di un espresso riferimento costituzionale è, dunque, un dato sempre meno convincente per negare alle Autorità oggetto di studio una funzione normativa, dal momento che esse sono entrate pienamente nel c.d. dialogo istituzionale e interpretano valori comunemente condivisi nella società contemporanea aperta e pluralista, quali, ad esempio, la libera iniziativa economica privata e la tutela dei diritti della persona¹⁰⁶. Va da sé che il dibattito riguardo alla potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti non possa non tener conto, nell’ambito di un più ampio ragionamento, che gli organismi in esame rappresentano un tipico modello di organizzazione, a cui è attribuita una funzione regolatoria che si concreta in specifici atti normativi in settori caratterizzati da un alto grado di competenza tecnica.

Si deve, allora, considerare che è nella garanzia e nel disbrigo delle funzioni di regolazione amministrativa, svincolate dalle decisioni della maggioranza politica, che si coglie la funzione delle Autorità indipendenti, le quali si allineano perfettamente con una concezione innovativa dell’amministrazione in grado di attuare effettivamente i principi costituzionali¹⁰⁷ e di segnare il passaggio da un modello di amministrazione “autoritativa” ad uno di amministrazione c.d. di “erogazione”.

¹⁰⁵ A.M. SANDULLI, *ivi*, 52.

¹⁰⁶ R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 133.

¹⁰⁷ G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell’economia*, Torino, 2001, 165 ss., il quale autore sottolinea che le autorità amministrative indipendenti rappresentano una nozione “residuale” di amministrazione, in quanto le loro attività non sono ascrivibili a funzioni costituzionalmente tipizzate.

6. La regolazione normativa delle Autorità indipendenti tra tecnicità e procedimentalizzazione

L'intervento in ambiti tecnici contribuisce a motivare, quindi, l'esistenza di un potere normativo delle autorità indipendenti, perché capita non di rado che nell'applicazione di un criterio scientifico di valutazione degli eventi si possa estrarre la regola da applicare¹⁰⁸.

Del resto, se la definizione di norma tecnica è foriera di diverse fattispecie, ossia regole giuridiche a contenuto prevalentemente tecnico, regole adottate da enti pubblici particolarmente specializzati, regole formulate da soggetti privati, essa comunemente si forma mediante individuazione di accertamenti e giudizi, espressi in conseguenza di competenze scientifiche specialistiche¹⁰⁹.

Ora, quando esse acquistano giuridicità? Quando esse, evidentemente, regolano comportamenti da osservare allo scopo del rispetto delle norme tecniche.

Si delinea, così, una materia caratterizzata da un alto tasso di tecnicità con forza autoritativa rispetto all'andamento economico e scientifico, nella quale un compito fondamentale viene svolto da tutti quei soggetti specializzati, da raccordare, appunto, con la potestà normativa¹¹⁰.

Le riflessioni testé accennate, seppur inducono, ad una prima analisi, a considerare che in questi specifici casi la norma giuridica, in quanto regola comportamentale, non individui più il suo fine nella risoluzione di conflitti tra interessi, bensì nell'utilizzazione di metodi scientifici, non possono, tuttavia, sottovalutare la questione relativa alla composizione degli interessi, che la mera attuazione delle regole tecniche non può da sola risolvere¹¹¹.

Già la stessa Corte Costituzionale¹¹² ebbe modo di dichiarare, in tem-

¹⁰⁸ Per tutti, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 1993, cit., 7.

¹⁰⁹ V. E. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Dir. pubbl. econ.*, 1996, 256 ss.

¹¹⁰ S. NICODEMI, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, cit., 258.

¹¹¹ A. DE VALLES, *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. II, Milano, 1963; recentemente, *ex plurimis*; E. FRENI, *Le sanzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Padova, 2011, 851 ss.

¹¹² Corte Cost., sentt. nn. 122/1957, 48/1961.

più meno recenti, che solo quando la discrezionalità tecnica convive con quella generale amministrativa il soggetto titolare del potere è, al contempo, organo tecnico e organo produttore di regole normative. Questo perché una volta considerata l'attività di amministrazione una specifica forma di tecnica, diventa, poi, non facile rapportarla unitariamente a regole certe e conoscibili¹¹³.

Abbiamo accennato come nel linguaggio corrente la denominazione "norma tecnica" sia una locuzione che ancora si presta ad una varietà di significati¹¹⁴. E non manca chi evidenzia perfino che il concetto stesso suscita non poche difficoltà di inquadramento teorico, in quanto il sostantivo "norma" che precede l'aggettivo "tecnico" costituirebbe una contraddizione in termini¹¹⁵.

Ma le esigenze di una società complessa e articolata, quale è quella contemporanea, richiedono sempre maggiormente l'utilizzazione di norme tecniche, al fine di garantire un immediato assestamento dell'ordinamento giuridico alle nuove esigenze in ambiti in cui rapida è l'evoluzione tecnologica¹¹⁶.

Adeguare con continuità regole volte a disciplinare ambiti poco stabili e contraddistinti da complessità di natura tecnica appare sempre più necessario per giustificare l'intervento tecnico nella regolazione della vita economica e sociale. Certo, in riferimento all'attività normativa, bisogna vigilare sul fatto che forte è il rischio che si considerino tecniche le norme nelle quali la "tecnica", compresa quale complesso di conoscenze estranee all'orbita giuridica, definisca il contenuto della norma assumendo rilevanza nel sistema delle fonti¹¹⁷. La conseguenza di questo stato di cose inciderebbe note-

¹¹³ Per comprendere l'impostazione "tradizionale" del problema, *ex multis*, V. BACHELET, *L'attività tecnica della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1967; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; ID., *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 71 ss.; F. SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2002, 603 ss.

¹¹⁴ Per tutti, A. PREDIERI, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, vol. IV, 1413 ss.

¹¹⁵ S. FOÀ, *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 119.

¹¹⁶ Si v. F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, 31 ss.

¹¹⁷ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 89 ss., il quale evidenzia anche quando i poteri regolativi siano indirizzati a dettare norme tecniche, essi benefi-

volmente non solo sulla legittimazione delle fonti formali, ma trasformerebbe i rappresentanti nel momento di legificare a *periti peritorum*¹¹⁸.

In passato, anche se in rapporto alla mera attività amministrativa, autorevole dottrina suppose tre probabili forme di funzione tecnica in ragione della circostanza in cui l'elemento tecnico avrebbe agito nell'esercizio dell'attività amministrativa¹¹⁹.

Nella prima ipotesi, l'attività tecnica si limita ad integrare la definizione contenuta nella disposizione normativa; nella seconda, il momento tecnico è strumento di assolvimento dell'attività normativa e amministrativa che si realizza proprio in quella tecnica; nella terza ipotesi, tecnica è la funzione mediante cui l'azione amministrativa perviene al fine previsto dalla disposizione normativa.

Volendo trarre le fila del discorso, si potrebbe arrivare a sostenere che tale teorizzazione può riguardare la potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti, a patto, però, che il potere normativo ad esse attribuito non si giustifichi esclusivamente in ragione della particolare tecnicità della materia da regolare e delle maggiori capacità tecniche dei soggetti in parola rispetto ai poteri dello Stato¹²⁰.

Invero, la tesi che individua nella sola disciplina tecnica il fondamento dell'attività normativa delle Autorità nasconde tutta una serie di rischi che portano a qualificare tali organismi quali "tecnostrutture", sorte essenzialmente per dare una risposta alla crisi dei sistemi rappresentativi¹²¹, laddove esse, invece, si profilano, in ragione della loro legittimazione costituzionale, quale uno dei mezzi di equilibrio del potere politico, a protezione dei diritti e degli interessi costituzionalmente protetti.

Ecco che, allora, appare necessario valorizzare, al fine di un superamento delle riserve relative alla legittimità del fondamento normativo delle Autorità

ciano tanto del carattere imperativo quanto della forza normativa che distinguono, nell'ambito delle disposizioni denominate norme tecniche, quelle componenti autentiche fonti del diritto dalle regole tecniche, predisposte, piuttosto, "ai fini della determinazione delle caratteristiche (...) che certi prodotti devono rivestire per essere considerati eseguiti a 'regola d'arte' e cioè rispondenti alla buona 'tecnica della materia'".

¹¹⁸ M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, cit., 62.

¹¹⁹ O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 350 ss.

¹²⁰ A. PREDIERI, *L'eromperre delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 31.

¹²¹ M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., 7.

amministrative indipendenti, anche il momento procedimentale, sotto, principalmente, due forme: quella della partecipazione degli interessati¹²² e quella della motivazione della manifestazione di volontà (atto) finale, che rappresenta, in fondo, le ragioni di fatto e di diritto che hanno indotto l’Autorità a sostenere alcuni interessi¹²³. A tal ultimo riguardo si è affermato che gli organismi in argomento sono sempre obbligati a motivare i propri atti di regolazione, rilevando le ragioni giustificative dei medesimi, “*pur non dovendo dare una puntuale replica a ogni osservazione emersa in sede di consultazione*”¹²⁴.

D’altra parte, solo garantendo l’obbligo di motivazione può essere effettivamente garantita l’effettività della partecipazione e del contraddittorio. La necessaria motivazione, da una parte, consente agli interessati di poter incidere concretamente sulle decisioni dell’Autorità; dall’altra, assicura un controllo giurisdizionale che non si manifesta più attraverso un sindacato di tipo debole, in quanto consente al giudice la circostanza di rilevare l’*iter* coerente seguito dalle Autorità indipendenti e le ragioni giustificative dell’atto e, inoltre, di vagliare l’oggettiva rilevanza attribuita ai rilievi dei privati intervenuti nel procedimento¹²⁵.

Tali considerazioni di carattere generale, del resto, non sembrano nemmeno comportare un effetto di discriminazione tra attività provvedimentale e regolamentare, in quanto l’esclusione dell’obbligo di motivazione e di partecipazione – previsti dagli artt. 3, secondo comma, e 13, primo comma, l. n. 241/1990 – deve essere interpretata restrittivamente e, quindi, imputata solo a regolamenti del Governo¹²⁶.

¹²² Il coinvolgimento preventivo dei soggetti interessati mediante le consultazioni pubbliche acquista una importanza fondamentale in quanto permette all’autorità di recepire elementi conoscitivi e di valutazione, e ai regolati il proprio punto di vista. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15.12.2014, 6153.

¹²³ Sul tema, R. MANFRELOTTO, *Un altro mattone tolto dal muro: ancora a proposito della legittimazione dei regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. amm.*, 2007, 585.

¹²⁴ Cons. Stato, sez. VI, 24.5.2016, n. 2182; si cfr. anche Id., sez. VI, 20.11.2015, n. 5284 e TAR Lombardia, sez. III, 29.12.2014, n. 3215.

¹²⁵ Cfr. N. POSTERARO, *Autorità amministrative indipendenti, attività di regolazione e neocorporativismo: forme e limiti della partecipazione degli interessati al procedimento*, in *Dike kai nomos*, anno 4, n. 10 (marzo 2016-settembre 2016), 146.

¹²⁶ Si v. la decisione del TAR Lombardia, sez. III, 3.1.2011, n. 1, nella quale si stabilisce che l’applicabilità delle regole previste dalla legge sul procedimento ormai è da ritenersi pacifica, poiché è espressione dei principi generali dell’ordinamento.

Ma nonostante la partecipazione di istanze dal basso costituisca un elemento fondamentale per il consolidamento della legittimazione delle Autorità, la tesi della legittimazione procedimentale non ha riscosso in dottrina unità di intesa. Si è obiettato, per esempio, che la proceduralizzazione dei compiti ad esse assegnati alla stregua dei principi del contraddittorio e della motivazione possa avere un effetto legittimante, in quanto essi sono fissati anche in relazione ad altri modelli della Pubblica Amministrazione¹²⁷. Come, inoltre, si è confutato che la partecipazione di carattere funzionale avrebbe la potenzialità di riassumere gli ideali collettivi degli individui in un insieme di valori capaci di indirizzare la produzione normativa¹²⁸.

Tali obiezioni non possono essere accolte perché esse si fondano su analisi speculative. Nel primo caso, si ritiene che la partecipazione di istanze dal basso determini una limitazione dell'autorità pubblica, anziché, come si ritiene, una sua legittimazione¹²⁹; nel secondo, si ipotizza, in una visione prettamente illuminista, che anche lo Stato pluriclasse debba garantire un interesse pubblico generale.

Si ritiene, invece, che, di fronte alla crescente valorizzazione delle finalità pubbliche da raggiungere in specifici settori affidati alle *Authorities*, s'intima il consolidamento del principio di legalità procedimentale, il quale si concreta nella definizione di forme rafforzate di partecipazione degli interessati nei procedimenti di formazione degli atti regolamentari¹³⁰.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, la partecipazione degli amministrati assume un valore importante su cui basare la legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti; partecipazione procedimentale che, a questo punto, comprende anche il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio.

¹²⁷ M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e Costituzione*, cit., 431; G. DE MINICO, *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Osservatorio delle fonti*, n. 1/2012, 6.

¹²⁸ G. DE MINICO, *Regole, comando e consenso*, Torino, 2004, 63.

¹²⁹ G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti*, cit., 93 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale*, cit., 11.

¹³⁰ TAR Lombardia, sez. II, 6.9.2016, n. 1629; Id., 13.8.2015, n. 1895.

7. La partecipazione ai procedimenti normativi delle Autorità amministrative indipendenti

Il peso sempre più importante che hanno assunto le Autorità amministrative indipendenti nella formulazione di atti a carattere normativo, pone in evidenza una questione centrale per la nostra discussione: il *deficit* di legittimazione democratica, collegabile alla loro estraneità rispetto al c.d. circuito democratico¹³¹.

È noto che affinché i processi decisionali delle autorità pubbliche siano democraticamente legittimati, non è sufficiente che essi considerino la partecipazione dei cittadini. Malgrado ciò, non si può contestare che la partecipazione sia una delle tante forme della sovranità popolare¹³². Per di più, le istituzioni rappresentative sono, a loro volta, inadatte a determinare l'ideale democratico, se non sono sorrette da ulteriori forme di partecipazione popolare¹³³.

Il momento elettorale non esaurisce il moto della democrazia; lo dimostra il fatto che il diritto di voto, spesso, si tramuta in pura formalità, quando al cittadino è negato di informarsi sulle attività svolte dagli stessi rappresentanti che ha eletto ed è chiamato a rieleggere.

Vi è ancora da dire che, già in tempi meno recenti, autorevole dottrina ebbe il modo di affermare che lo stesso termine di una "volontà" popolare non bastava in sé a legittimare il potere pubblico, il cui principale compito rimaneva lo svolgimento di una funzione per mezzo dei propri rappresentanti. Ne discende che se i cittadini definiscono il contenuto delle regole a cui deve attenersi l'organo rappresentativo, quest'ultimo sarà legittimato ad operare solo se sarà capace di trasformare quella volontà in un'azione che consenta di conseguire un obiettivo concreto¹³⁴.

¹³¹ Secondo il Consiglio di Stato il deficit di legittimazione democratica che si rileva nei confronti delle Autorità indipendenti può essere colmato solo attraverso le garanzie procedurali, Ad. Plen. parere 2.10.2003, n. 4/2003.

¹³² "La trasformazione del concetto di libertà, il quale dall'idea di una libertà dell'individuo dal dominio dello Stato, si trasforma in partecipazione dell'individuo al potere dello Stato, segna contemporaneamente la separazione della democrazia dal liberalismo", così H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 1981, 46.

¹³³ Si cfr. M. CHITI, *Partecipazione popolare e Pubblica Amministrazione*, Pisa, 1977, 130 ss.

¹³⁴ Secondo L. DUGUIT, "La puissance publique ne peut point se légitimer par son

Ora, se il principio di sovranità popolare non può più limitarsi al puro esercizio del diritto di voto, le stesse scelte delle amministrazioni, oltre ad essere “legittimate”, devono essere “partecipate”.

Quanto detto assume un’importanza rilevante soprattutto in questi anni in cui la crisi della democrazia è avvertita come il riflesso di un fenomeno ben più complesso quale è la crisi della democrazia partecipativa. È un fatto noto che la democrazia partecipativa, pur sviluppandosi al di fuori della democrazia rappresentativa¹³⁵, non si pone quale alternativa sistemica a quest’ultima; semplicemente si basa su premesse teoriche profondamente differenti da quelle tipiche della democrazia rappresentativa.

Ad una prima analisi può sottolinearsi che la democrazia partecipativa si interessa di individuare innanzitutto criteri di apertura dei processi decisionali pubblici a tutti coloro che a tali processi sono interessati. È una forma di partecipazione che permette, in fondo, a tutti i cittadini di partecipare alla vita della comunità mediante un rapporto diretto con le istituzioni.

Tale modello di democrazia tende a superare il tradizionale modello di *governance*, secondo cui il processo decisionale si sviluppa e si conclude all’interno degli organi rappresentativi. Esso vuole creare una dinamica interdipendenza tra l’autorità pubblica e la società, che porta alla nascita di prassi partecipative continuative nel tempo, capaci di produrre effetti potenzialmente innovativi, quali la democratizzazione di funzioni definite dell’organizzazione pubblica e la promozione di nuove forme di decisioni.

A tal proposito, l’attività della Pubblica Amministrazione rappresenta proprio uno dei settori, se non il principale, nel quale affiora con chiarezza il collegamento fra la partecipazione dei cittadini e la necessità di realizzare il principio di sovranità popolare¹³⁶; ciò induce a considerare che il profilarsi di procedure partecipate, indirizzate all’attuazione di atti normativi, siano adatte ad obiettivizzare i processi decisionali delle singole autorità, desumendo, da ciò, una forma di legittimazione delle medesime prodotta per altro percorso rispetto a quello orientato alla classica dialettica rappresentativa.

origine, mais seulement par les services qu’elle rend conformément à la règle de droit”, in *Traité de droit constitutionnel*, vol. II, Paris, 1927, 62.

¹³⁵ Cfr. U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, Firenze, 2010, 46 ss.

¹³⁶ Per tutti, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 145.

Aderendo a questa impostazione di fondo, alcuni autori¹³⁷ sostengono che la procedimentalizzazione dell'attività normativa delle Autorità, da comprendersi nel senso di una correlazione dei procedimenti che si compiono innanzi ad essa con le richieste dei soggetti destinatari dell'attività di regolazione, sia necessaria per una effettiva legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti. I processi decisionali delle Autorità oggetto di studio assumerebbero un carattere di democratizzazione grazie alla valorizzazione di quei principi generali in materia di partecipazione dei privati all'attività amministrativa.

Altri autori, invece, pur giungendo agli stessi risultati, individuano nel ruolo dei privati nel contesto sociale la spiegazione della partecipazione amministrativa, dal momento che il contenuto del provvedimento è sempre più condizionato dalle azioni esperite dal privato¹³⁸.

È evidente che entrambe le ricostruzioni erigono la partecipazione procedimentale su una regola giuridico-valoriale di vocazione democratica¹³⁹, posto che si rileva la necessità di distinguere il momento dell'unilateralità dell'atto da quello della pluralità della funzione¹⁴⁰. E tale distinzione può essere garantita solo dalla partecipazione, in quanto mediante essa i cittadini possono far valere i propri interessi, senza che si inneschi il rischio che essi decidano in luogo dell'amministrazione.

In altri termini, la posizione dei cittadini nell'ambito delle decisioni amministrative è garantita nel momento in cui essi possono partecipare attivamente alla determinazione del contenuto del provvedimento¹⁴¹.

Al contrario, non è affatto pleonastico sottolineare che la Pubblica Amministrazione, conservando il monopolio del procedimento, determi-

¹³⁷ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 197; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1994, 245 ss.

¹³⁸ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 248.

¹³⁹ Si cfr. M. BOMBARDELLI, *La partecipazione procedimentale*, in A. BARTOLINI-L. FERRARA-A. PIOGGIA-D. SORACE (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze, 2017, 298 ss.

¹⁴⁰ *Ivi*, 249.

¹⁴¹ Per un approfondimento L. TORCHIA, *I modelli di procedimento amministrativo*, in ID. (a cura di), *Il procedimento amministrativo. Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova, 1993, 33 ss.; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in www.giustamm.it, n. 12/2009, 11 ss.

rebbe unilateralmente il contenuto della decisione finale, privando i privati di qualunque diritto d'intervento nel procedimento.

Ed invece è con la partecipazione, volendo rinviare ad autorevolissima dottrina¹⁴², che Stato e società si congiungono e si coordinano, e si supera in linea di principio il rifiuto della rappresentanza degli interessi agevolmente affiancando le volontà “particolari” alla volontà “generale”¹⁴³.

8. Il potere di regolazione normativa al vaglio della legalità procedurale

Le garanzie partecipative del privato nel procedimento amministrativo contribuiscono a far maturare l'idea secondo cui la legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti “*non discende dalla democrazia politica, ma dalla democrazia procedimentale*”¹⁴⁴. La mancanza di una responsabilità politica degli organismi in esame, in effetti, fa sì che il rispetto di garanzie procedimentali costituisca la condizione necessaria per garantire a quei cittadini, nei confronti dei quali si producono gli effetti del provvedimento, l'osservanza delle regole di diritto.

Se l'obbligo di osservare le garanzie procedimentali e il principio del contraddittorio¹⁴⁵ sono richiesti per tutti i tipi di atti utilizzati dalle Autorità indipendenti, rispetto, però, all'esercizio del potere normativo la partecipazione dei cittadini interessati al relativo procedimento si arricchisce di nuovi contenuti quale, specificamente, quello della chiamata di una “*legittimazione democratica dal basso*”¹⁴⁶. L'ampia partecipazione, intesa quale congegno mediante il quale vengono accertati i fatti, eseguite le istruttorie

¹⁴² M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2/1980, 225.

¹⁴³ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, 23 ss.

¹⁴⁴ Conforme, S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, 37 ss.

¹⁴⁵ In riferimento al tema del contraddittorio si v. M. RAMAJOLI, *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 665 ss.; F. GAMBARDILLA, *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Foro amm.-CDS*, 2006.

¹⁴⁶ Si v. M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss.

ed espletati gli accertamenti tecnici, insieme ai requisiti della motivazione e del contraddittorio, sviluppa un tessuto procedimentale che, pur differenziandosi notevolmente da quello classico, sembra costituire lo strumento di legittimazione della potestà regolatoria priva di investitura normativa¹⁴⁷.

Certo, va opportunamente aggiunto che la partecipazione sarà garantita solo quando si assicura l'efficienza e la rilevanza degli interessi manifestati, se, cioè, i titolari degli interessi possono “*offrire all'organo delle decisioni alternative in grado di realizzare comunque l'interesse pubblico sotteso al poter in attribuzione all'autorità*”¹⁴⁸.

Quanto detto trova conferma in giurisprudenza, nella quale, da anni, si è consolidato un filone ermeneutico secondo cui i nodi inerenti all'individuazione della norma attributiva del potere delle Autorità di regolazione sarebbero sciolti con un rafforzamento della legalità procedurale¹⁴⁹. Legalità procedurale che, nelle ipotesi di atti amministrativi generali, è declinata sulla scorta dell'esempio americano c.d. *notice and comment*, in cui la possibilità di partecipare alla realizzazione della disciplina è assicurata a tutti gli interessati, laddove nell'ipotesi di atti amministrativi puntuali sotto forma di contraddittorio rafforzato¹⁵⁰.

¹⁴⁷ S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, n. 9/2010, 947 ss., la quale autrice tuttavia sottolinea come il potenziamento delle maglie della partecipazione provochi rischi di “ossificazione dei programmi regolatori”; si cfr. anche F. GRECO, *La potestà normativa delle Autorità Amministrative Indipendenti e la partecipazione ai procedimenti di regolazione*, in *Giustamm.it*, 2014, n. 9, 9; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Funzione di regolazione e indipendenza del soggetto regolatore*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 1-2/2015, 377.

¹⁴⁸ E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995, 6.

¹⁴⁹ Cons. Stato, sez. VI, 1.10.2014, n. 4874, nella quale decisione si evidenzia che “(...) il rispetto del principio di legalità, pur non imponendo la puntuale e rigida pre-determinazione legale dell'an e del quantum dell'attività di regolazione, richiede nondimeno sia la indicazione dello scopo che l'Autorità amministrativa deve perseguire nell'esercizio in concreto di tale attività, sia la predeterminazione, in funzione di garanzia, del contenuto e delle condizioni dell'esercizio dell'attività. Nel caso degli atti regolamentari, tuttavia, la legge normalmente non indica nei dettagli il relativo contenuto. La particolare declinazione del principio di legalità sostanziale in tal modo realizzata si giustifica 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 (...)”; si v. anche TAR Piemonte, ord. 17.12.2015.

¹⁵⁰ Cons. Stato, sez. VI, 24.5.2016, n. 2182.

Secondo il Supremo Giudice degli interessi *“l’esercizio di poteri regolatori da parte delle Autorità indipendenti 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”*¹⁵¹, o ancora, che *“l’esercizio di poteri regolatori da parte delle autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del criterio di responsabilità di cui all’art. 95 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 di responsabilità e soggezione nei confronti del Governo, l’indipendenza, e soprattutto la neutralità, delle Autorità (che è da dire contraddistintive solo l’operato delle Autorità indipendenti e che non deve essere intesa quale piena indifferenza rispetto all’assetto degli interessi oggetto di regolazione e di piena equidistanza fra le posizioni dei vari soggetti o gruppi interessati) possono trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento¹⁵² e che il controllo avvenga, poi, in sede giurisdizionale¹⁵³.

Si può subito osservare che la diminuzione del valore della legalità sostanziale (che indubbiamente si produce in conseguenza delle deleghe in bianco di potestà normative concesse dal legislatore alle Autorità amministrative indipendenti) venga controbilanciata dalla legalità procedurale. Anzi, come è stato lucidamente osservato, tra le due tipologie di legalità si istaurerebbe un legame inverso: *“tanto meno è garantita la prima per l’effetto dell’attribuzione all’Autorità di poteri che a volte sono sostanzialmente in bianco, tanto maggiore è l’esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento nel*

¹⁵¹ Cons. Stato, sez. VI, 27.12.2006, n. 7972, cit.

¹⁵² È da rilevare che recentemente la giurisprudenza amministrativa è tornata sulla questione delle garanzie del giusto procedimento. Specificamente, il Cons. Stato, con la sez. VI, sent. 17.11.2015, n. 5250, ha ribadito che il Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette soddisfa pienamente le esigenze di tutela del contraddittorio e imparzialità stabilite dalla l. n. 241/1990, nonché le garanzie previste dall’art. 6 della CEDU.

¹⁵³ Cons. Stato, sez. VI, 20.4.2006, n. 2201; nello stesso filone vanno ricondotte Cons. Stato, sez. VI, 2.5.2012, n. 2521, sez. VI, 20.3.2015, 1532. In queste decisioni si rilevano delle sintomatiche aperture a una migliore garanzia della partecipazione nei procedimenti diretti all’adozione di misure generali.

*procedimento condotto dall’Autorità di tutti i soggetti interessati”*¹⁵⁴.

In altri termini, la garanzia procedimentale si mostra quale archetipo capace di compensare la genericità dei contenuti della disposizione di legge e la mancanza di responsabilità degli organismi in esame nei riguardi dell’esecutivo¹⁵⁵.

Se quanto detto è vero, c’è bisogno, tuttavia, di un più congruo bilanciamento con le necessità partecipative nel periodo di formazione del provvedimento finale, attivando gli accorgimenti procedimentali posti a presidio degli obiettivi suddetti.

La circostanza che le Autorità in esame, nell’esercizio delle proprie attività normative, siano obbligate al rispetto del vincolo costituito dal minor sacrificio possibile degli interessi dei privati interessati, sembra trovar riscontro nell’art. 23 della l. n. 262/2005 nella parti in cui prevede, al primo comma, che gli atti di natura regolamentare o di contenuto generale della Banca D’Italia, della Consob, dell’Isvap e della Cosip “*devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia in cui vertono*”, al secondo comma, che i suddetti atti devono essere seguiti da una relazione che chiarisca gli effetti sulla regolamentazione in generale, sulle mansioni delle imprese e degli addetti, sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori.

Dal combinato disposto dei due commi appena citati appare evidente che l’autonomia normativa delle Autorità indipendenti risulti notevolmente rinforzata, sia perché viene incentivata la tendenza a potenziare la partecipazione dei privati interessati al processo decisionale di regolazione¹⁵⁶, sia perché vengono predisposti strumenti, quali il *drafting*, lo stu-

¹⁵⁴ R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in *Giustamm.it*, 2005, 11.

¹⁵⁵ Secondo Cons. Stato, sez. VI, 1.10.2014, n. 4874, cit., “(...) *l’esercizio dei poteri regolatori da parte delle Autorità amministrative indipendenti, in quanto posto al di fuori del tipico circuito di responsabilità delineato in via di principio dell’articolo 95, Cost., risulta comunque giustificato dall’esistenza di un procedimento adeguatamente rispettoso delle regole di partecipazione, inteso quale strumento sostanzialmente sostitutivo della dialettica propria delle strutture stricto sensu rappresentative (...)*”.

¹⁵⁶ Si pensi all’art. 23 della l. n. 262/2005 (Legge per la tutela del risparmio) che stabilisce che “*i provvedimenti della Banca d’Italia, della Consob, dell’Isvap e della Covip aventi natura regolamentare o di contenuto generale, debbano essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono*”, oppure, in riferimento al settore dell’energia, all’art. 5 dell’allegato A) alla nuo-

dio degli effetti della regolamentazione e così via, al fine di elevare la qualità della normazione delle Autorità¹⁵⁷.

A ciò va aggiunto che l'art. 12 della l. n. 229/2003 ha previsto di forme o metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione e, comunque, di regolazione. Questo comporta che le Autorità indipendenti devono svolgere una valutazione preventiva degli eventuali effetti dell'atto normativo non ancora definitivamente adottato, con attinenza agli interessi concretamente disciplinati.

La consultazione preventiva nelle sue più svariate forme ha suscitato un ricco dibattito nella migliore dottrina che ha portato taluni autori ad individuare una serie di vantaggi che si desumerebbero da tale tipologia di partecipazione (si pensi all'aumento delle informazioni delle quali l'Autorità può usufruire, ovvero ad un più preciso monitoraggio degli eventuali effetti della regolazione)¹⁵⁸, altri, al contrario, a rilevare che la lunga e articolata consultazione, oltre a rimanere una mera attività di sostegno, contribuirebbero solo a complicare l'*iter* procedurale dell'attività di regolazione¹⁵⁹.

A parere di chi scrive, il momento della c.d. negoziazione preventiva in funzione dell'adozione successiva degli atti regolatori appare, invece, necessaria, affinché si giunga ad una partecipazione, la più ampia possibile, delle scelte di merito ai fini di una concreta applicazione dell'atto regolatorio. Essa, infatti, rappresenta uno strumento necessario per incrementare la base conoscitiva dell'attività regolativa, atteso che raccoglie le informazioni e le valutazioni degli interessati.

In pratica, l'atto di regolazione che viene pubblicato sul sito istituzio-

va delibera n. 46/09/GOP, in materia di consultazione, che statuisce che l'atto di regolazione debba essere motivato considerando pure le eventuali osservazioni e proposte tempestivamente presentate nel corso della consultazione.

¹⁵⁷ R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione*, in *Nomos, Le attualità del diritto*, n. 1/2017, 22.

¹⁵⁸ F. CINTIOLI, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, cit., 4 ss.

¹⁵⁹ U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, cit.; M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, cit., 67.

nale dell'Autorità indipendente è solo una bozza che sarà oggetto di discussione con tutti i soggetti interessati: industrie, operatori, consumatori, ecc., i quali potranno, durante il procedimento di consultazione, rilevare i propri pareri¹⁶⁰. L'autorità ha il compito di esaminare tutte le considerazioni presentate, riservandosi per tutte quelle osservazioni non accolte opportuni chiarimenti dei motivi che l'hanno indotto a tale decisione.

L'atto finale, quindi, è il risultato di una consultazione, il cui fondamento non si rileva nel diritto sovranazionale – e, solo sporadicamente, nella legislazione statale – mentre trova pienamente conforto nella giurisprudenza del Supremo Giudice degli interessi che, in controtendenza con una certa giurisprudenza amministrativa di prime cure, la quale attribuisce alla partecipazione degli interessati solo una funzione collaborativa e, quindi, incapace di imporre all'Autorità un vincolo motivazionale, prevede che il momento della consultazione preventiva, in cui si realizza la presentazione di osservazioni, obbliga l'Autorità a rispettare le regole generali procedurali, ad indicare la finalità dell'intervento regolatorio ed a motivare la decisione finale¹⁶¹. Estremamente significativo è il percorso argomentativo tracciato dal Consiglio di Stato il quale, pur considerando che *“ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti (...) non si applicano le regole generali dell'azione amministrativa che escludono l'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della p.a. diretta all'emanazione di atti normativi ed amministrativi generali”* aggiunge che *“in assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e la 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”*.

Si pensi, proprio a tal proposito, ai provvedimenti con i quali sono stabiliti i requisiti giuridici, tecnici ed economici per l'accesso alle reti di comunicazione, le quali sono vincolanti per l'ex monopolista e creano un esito a vantaggio dei concorrenti.

¹⁶⁰ Si cfr. G. BRUZZONE, *La consultazione nell'adozione degli atti di regolazione: esperienze delle autorità indipendenti e modelli di riferimento*, in www.assonime.it, 2005; Vedi anche, R. CHIEPPA, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, cit.

¹⁶¹ Cons. Stato, sez. VI, 2.5.2010, n. 1215. Si cfr. anche TAR Milano, sez. III, 11.5.2010, n. 1455.

La consultazione, altresì, intesa quale strumento di partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria della struttura rappresentativa, sembra costituire il fondamento dell'esercizio del potere regolamentare da parte delle Autorità di consultazione amministrative indipendenti¹⁶².

Come ha dichiarato il Supremo Giudice degli interessi¹⁶³, il requisito che motiva l'attività normativa delle Autorità in esame, oltre al fine di interesse pubblico¹⁶⁴ da raggiungere indicato dal legislatore, è quello della partecipazione attiva e dinamica dei privati interessati al procedimento.

In particolare, nelle pieghe della decisione del giudice di Palazzo Spada, si evince che il principio di partecipazione costituisce un presupposto fondamentale per la coerenza a Costituzione della potestà regolatoria delle Autorità e che, anzi, la provata inadeguatezza dell'atto di consultazione rende il provvedimento finale illegittimo¹⁶⁵.

Una legittimazione alimentata dalla c.d. legalità procedurale che si sostanzia, a sua volta, nella previsione di procedure decisionali "aperte", fondate sul principio del contraddittorio¹⁶⁶ e sull'obbligo di motivazione degli atti adottati¹⁶⁷. In relazione proprio all'obbligo di motivazione, non è superfluo sottolineare che esso, codificato dalla l. n. 262/2005, si applica (oltre che agli atti amministrativi) agli atti normativi delle Autorità indipendenti. È mediante la motivazione (che non deve risultare né generi-

¹⁶² F. GAMBARDELLA, *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio*, cit.

¹⁶³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 7972/2006, secondo il quale "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 forme più incisive di partecipazione degli interessati".

¹⁶⁴ Recentemente, R. MANFRELLOTTI, *Lo Statuto costituzionale del Garante della concorrenza nella prospettiva dell'accesso alla Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2019, 479.

¹⁶⁵ Si v. recentemente Cons. Stato, sez. II, sent. n. 1629/2016; in senso diverso, TAR Lazio, sez. I, sent. n. 1401/2017.

¹⁶⁶ Si pensi all'art. 27, undicesimo comma, del Codice del consumo che richiama espressamente i principi generali della legge generale sul procedimento amministrativo stabilendo che l'AGCM, con proprio regolamento, disciplina la procedura istruttoria in modo da garantire il contraddittorio. Si cfr. TAR Lazio, sez. I, 1.7.2015, n. 8778.

¹⁶⁷ In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20.3.2015, n. 1532; TAR Lombardia, sez. I, 24.6.2014, n. 1648.

ca, né sommaria) dell'atto normativo che l'Autorità chiarisce i criteri delle proprie scelte e, prima ancora, le ragioni che l'hanno indotta ad intervenire¹⁶⁸.

Il carattere obbligatorio della motivazione produce, inoltre, effetti importanti con riferimento alla tutela giurisdizionale *versus* gli atti normativi; i giudici, sia amministrativi che ordinari, hanno dato alla luce un consolidato orientamento interpretativo dal quale si desumono non solo i tratti essenziali su cui fondare la legittimità del riconoscimento del potere regolatorio alle Autorità amministrative indipendenti, ma anche il valore sostanziale delle garanzie procedurali¹⁶⁹.

Basti pensare a tutti quei casi in cui il giudice amministrativo, sia di prime cure che d'appello, afferma che l'annullamento degli atti normativi secondari delle Autorità indipendenti si rileva, oltre che in violazione del principio di legalità¹⁷⁰, solo ove questi contrastino con i principi generali della disciplina, non rispettino il principio di proporzionalità, oppure non vengano deliberati al termine di procedure di consultazione trasparenti¹⁷¹.

A tal riguardo, e solo a titolo informativo, come non segnalare un certo mutamento di tendenza rispetto all'originario scetticismo del legislatore verso l'ammissione di forme di controllo diffuso sull'attività della Pubblica Amministrazione¹⁷². Ne consegue – anche se diventa difficile parlare di trasparenza in termini di partecipazione in senso stretto – che non sembra affatto azzardato affermare che questa, accedendo alla totalità dei dati e documenti in possesso delle Pubbliche Amministrazioni, si dimo-

¹⁶⁸ Cons. Stato, sent. n. 7972, cit.

¹⁶⁹ In tema si v. G. PUCCINI, *Osservazioni in tema di applicazione del principio del giusto procedimento agli atti normativi delle autorità indipendenti*, in P. CARETTI-M.C. GRISOLIA (a cura di), *Lo Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 420-421.

¹⁷⁰ C'è da rilevare che nelle pieghe della sentenza il giudice degli interessi ha ipotizzato una accezione del principio di legalità in senso fortissimo rifacendosi alla nozione formulata dalla Corte EDU, per la quale perché sia rispettato il principio di legalità non è sufficiente che vi sia una legge formale che delimiti il potere stesso, ma è necessario che tale legge presenti i caratteri della chiarezza prevedibilità accessibilità. Corte EDU, Carbonara e Ventura c. Italia, sent. 11.12.2003; Scordino c. Italia, sent. 10.7.2004.

¹⁷¹ *Ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, 29.5.2006, n. 3272; TAR Lazio, sez. I, 28.3.2008, n. 2687.

¹⁷² Si v. particolarmente il d.lgs. n. 33/2013.

stra manifestamente adeguata a proporre una più compatta partecipazione dei cittadini all'attività e all'organizzazione amministrativa¹⁷³.

In un'ottica affine a quella segnalata ci sembra, quindi, corretto metodologicamente concepire un potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti che si realizza mediante procedimenti partecipati da tutti i soggetti interessati e mediante l'adozione di atti adeguatamente motivati in merito alle scelte adottate; strumenti, questi, che il Consiglio di Stato ha ritenuto più volte sostitutivi della dialettica propria delle strutture rappresentative¹⁷⁴ e, ultimamente, a questa impostazione ha aderito anche la Corte Costituzionale.

Recentemente, infatti, il TAR Piemonte ha sollevato la questione di legittimità costituzionale al Giudice delle leggi perché riteneva che la disposizione di legge che attribuisce in capo all'Autorità Art un potere di adottare provvedimenti individuali di tipo impositivo per il proprio finanziamento fosse manifestamente carente nei suoi contenuti e, quindi, in contrasto con gli artt. 2, 23, 41 e 97 Cost. La Corte, con la sent. n. 69/2017, ha rigettato la questione, e sulla falsariga delle pronunce della magistratura amministrativa maggioritaria, ha sancito che *“il potere impositivo della Autorità trova nella disposizione censurata e nelle altre norme pertinenti, anche di principio, limiti, indirizzi, parametri e vincoli procedurali complessivamente adeguati ad arginare la discrezionalità”*.¹⁷⁵ Inoltre, *“la possibilità di valorizzare le forme della legalità procedurale vale in particolare nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti”* *“quando vengono in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica”*¹⁷⁶. Il che equivale a dire che, a fronte di provvedimenti puntuali di tipo impositivo, solo la legalità procedimentale è in condizione di provvedere all'insufficiente disciplina legislativa¹⁷⁷.

¹⁷³ P. PANTALONE, *Organizzazione dei servizi sociali e partecipazione. Profili generali e considerazioni specifiche relative al caso della metropoli milanese*, in *Dir. ed economia*, n. 95, n. 1, 2018, 53.

¹⁷⁴ Cons. Stato, sez. VI, 26.3.2015, n. 1596.

¹⁷⁵ Corte Cost., n. 69/2017, punto 7.3 del *Considerato in diritto*.

¹⁷⁶ *Ivi*.

¹⁷⁷ Riguardo al commento della pronuncia, si cfr. B. CAROTTI, *La Corte costituzionale torna sul finanziamento delle autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, 2018, 55 ss.; M. PICCHI, *Partecipazione e legalità procedurale nella sentenza della Corte costituzio-*

Si sviluppa, così, un nuovo procedimento di formazione degli atti normativi nel nostro ordinamento che, assicurando la partecipazione dei portatori di interessi, contribuisce alla creazione di un sistema delle fonti organizzato non solo sulla base del criterio verticale della gerarchia, ma anche sulla base del criterio della circolarità in cui la “*consultazione sistematica rappresenta una ‘forma’ necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al decision making dei soggetti interessati*”¹⁷⁸.

Ci sembra, quindi, logico concludere che, pur evidenziando le profonde differenze che separano il modello istituzionale italiano da quello statunitense, la scelta fatta da quest’ultimo di assoggettare la *regulation* alla consultazione pubblica di tutti gli interessati, introducendo la regola del dibattito sulle scelte normative operate dalle Autorità indipendenti, costituirebbe, a parere di chi scrive, anche nel nostro sistema una prima ma fondamentale forma di responsabilità cui gli organismi in parola dovrebbero essere soggetti nei confronti dei destinatari dei loro atti.

nale sul controllo per il finanziamento dell’Autorità di regolazione dei trasporti, in Quaderni cost., 2017, 913 ss.

¹⁷⁸ I.A. NICOTRA, *L’Autorità Nazionale Anticorruzione, e la soft regulation, nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in ID. (a cura di), *L’Autorità Nazionale Anticorruzione*, Milano, 2016, 37 ss.

Capitolo Terzo

Gli atti normativi delle Autorità indipendenti nel sistema costituzionale delle fonti

SOMMARIO: 1. L'attività normativa delle Autorità tra atipicità delle forme ed eterogeneità dei contenuti. – 2. La collocazione nel sistema delle fonti degli atti normativi delle Autorità indipendenti e il rapporto con le leggi istitutive: primi accenni. – 2.1. *Segue.* ... – 3. Inapplicabilità dell'istituto della delega legislativa nel rapporto tra leggi istitutive e potere normativo. – 4. La natura giuridica degli atti normativi delle Autorità indipendenti. – 5. Sulla natura della legge statale quale fonte sulla produzione dell'attività regolatoria-normativa delle *Authorities*. – 6. Autonomia organizzativa delle Autorità indipendenti quale fonte normativa. – 7. Vicende dei criteri gerarchico e di competenza nella risoluzione delle antinomie normative.

1. L'attività normativa delle Autorità tra atipicità delle forme ed eterogeneità dei contenuti

Dalle pagine precedenti si evince che il corretto inquadramento istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti ha contribuito a qualificare il ruolo delle stesse nell'ambito dell'organizzazione pubblica, ispirata al pluralismo istituzionale del nostro sistema ordinamentale. Tale ruolo si concreta principalmente attraverso una funzione regolatoria che, connotata da peculiari caratteri atipici, si presenta estremamente complessa ed eterogenea, in ragione anche del fatto che sia la giurisprudenza amministrativa che il legislatore hanno mostrato, negli anni, un certa tendenza a riconoscere alle Autorità amministrative un ampio potere normativo.

Il “punto di non ritorno” si ebbe quando il Supremo Giudice degli interessi, in una ormai nota sentenza del 2002, dichiarò che le Autorità amministrative indipendenti risultavano titolari di poteri normativi, anche

indipendentemente da una espressa disposizione legislativa. In particolare, il Consiglio di Stato, con la sent. n. 2987, sancì la legittimità della direttiva data dall’Autorità per l’energia elettrica e il gas in riferimento al vincolo per le società distributrici di mettere fine alle fuoriuscite di gas avvertite su impianti a valle del punto di consegna. Nonostante tale vincolo non avesse nessun fondamento legislativo, il Supremo Giudice non ritenne questo un *deficit* sul piano del rispetto assoluto del principio di legalità e, salvaguardando il principio di efficienza, motivò la sua scelta con la necessità di salvare la vita delle persone minacciate dalle dispersioni di gas¹.

Analoghe considerazioni valgono con riguardo alle scelte del legislatore statale che non di rado ha attribuito poteri normativi agli organi preposti alla regolazione attraverso le “maglie larghe” di deleghe legislative che hanno “autorizzato” le Autorità ad emanare atti normativi in forza solo dei fini istituzionali da raggiungere. Come è accaduto quando recentemente il Garante per la *Privacy*, a fronte del delicato tema del bilanciamento fra trasparenza e *privacy* nella rete internet², ha fissato le linee guida per la protezione dei dati personali del 15.5.2014, adottando il provvedimento riguardante i dati pubblicati nei siti web istituzionali di soggetti pubblici, in forza di una propria autonoma determinazione, posto che la disposizione del Codice della *privacy* si limita ad elencare i compiti affidati alle Autorità, ma non i mezzi attraverso i quali raggiungerli³.

Da tali indicazioni ci sembra più agevole chiarire subito un concetto: l’uso della formulazione “potere normativo”, piuttosto del puntuale “potere regolamentare” non è certo occasionale e risponde precipuamente a due ordini di motivazioni: la prima è che mediante l’uso corrente di tale formulazione si vuole evitare che le “eterogenee manifestazioni volitive” delle Autorità amministrative indipendenti siano ricondotte ad un’unica tipologia di atto normativo (*rectius* regolamento), (con la conseguenza, pertanto, di escludere dalla qualifica di atti normativi tutta una serie di

¹ In dottrina si v., S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, 41-50.

² Cfr. L. CALIFANO, *Le nuove linee guida del Garante privacy sulla trasparenza nella P.A.*, in www.forumcostituzionale.it.

³ G.C. PINELLI, *Autorità garante per la concorrenza e il mercato: l’indipendenza dei commissari e dell’organo*, in *Forum di Quaderni cost.*, 2016.

atti che normativi lo sono, ma non caratterizzati da una forma tradizionale), la seconda è che il termine “normativo” apre al dibattito sul tema della posizione gerarchica degli atti volitivi delle Autorità indipendenti nella disciplina complessiva del settore di volta in volta vagliato⁴.

L'attività regolativa delle Autorità amministrative indipendenti si concreta attraverso atti normativi tra loro diversi per denominazione e per varietà di forma e di contenuti, anche se poi in essi si rileva in comune sia la fonte originatasi dal principio costituzionale che delinea la separazione fra politica e amministrazione, sia la fase della formazione del procedimento dell'atto nella disposizione di legge istitutiva dell'Amministrazione indipendente, la quale, oltre a prevedere gli aspetti procedurali, regola in sostanza il settore attribuito.

I poteri, il cui esercizio sfocia nell'adozione di tali atti, si fondano sull'ampia discrezionalità che la legge conferisce alle Autorità indipendenti di scegliere lo strumento formale mediante il quale arrivare alla emanazione dell'atto normativo di proprio riferimento⁵. Ma l'esistenza di plurime ed eterogenee tipologie di poteri ha comportato, per un lato, attività regolative i cui atti sono formalmente espressione di diritto obiettivo, e della cui efficacia costitutiva nell'ordinamento giuridico complessivamente inteso non sembrano suscitare dubbi (in questo caso si è dinnanzi a veri e propri regolamenti che soddisfano i requisiti classici del tipo), per l'altro, poteri che si esplicano mediante una serie di atti riconducibili alla categoria di atti amministrativi fonte del diritto obiettivo, per effetto della utilizzazione di criteri sostanziali.

A tal riguardo, vanno considerati gli atti di regolazione connessi con atti negoziali di natura privatistica⁶, autorizzazioni, segnalazioni, atti di

⁴N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 88.

⁵Sul punto si v. E. GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e Regolamento del mercato: alcune riflessioni*, in *Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica*, Roma, 1996, 37.

⁶Si pensi a quei provvedimenti con i quali sono stabiliti i requisiti giuridici, tecnici ed economici per l'accesso alle reti di comunicazione, le quali sono vincolanti per l'ex monopolista e creano un esito a vantaggio dei concorrenti. In essi le fattispecie sono regolamentate da atti di diritto pubblico e atti di diritto privato, dal momento che se da una parte si richiamano istituti quale l'obbligo legale di contrarre, dall'altro, le forme della regolazione, contenenti in sé la forza della normatività, e nelle quali, come è stato antici-

indirizzo, a cui si aggiunge l'implicazione di una sequenza di attività non decisionali che rilevano per la specificazione del contributo degli organismi in esame alla formazione della disciplina normativa di uno stabilito settore di competenza. Vengono fatti rientrare nel potere normativo delle Autorità tutti quegli atti che regolano attività di comunicazione e di proposta agli indirizzi del Governo e del Parlamento⁷, nonché gli atti che si innestano in procedimenti volti a produrre diritto oggettivo non riconducibile direttamente alle Autorità in esame che, tuttavia, hanno partecipato al relativo procedimento⁸ o, ancora, quei provvedimenti emanati precedentemente al verificarsi di un fatto o di una serie di comportamenti, imponendo regole la cui violazione comporta, talvolta, l'irrogazione di sanzioni. Questi atti, che non assumono la veste tipica del regolamento, ma generalmente quella provvedimentale, sono a contenuto generale ed esercitano funzioni diverse, anche di natura decisoria, producendo diritto oggettivo anche in chiave di funzione interpretativa del disposto legislativo.

D'altro canto, non può non evidenziarsi come l'attività di impulso che supporta i procedimenti legislativi e normativi secondari e che si concreta mediante proposte di modifica o di innovazioni normative, sia un elemento comune in tutte la Autorità. Ed anzi, anche in quelle ipotesi in cui non siano previsti compiti peculiari nell'esercizio delle potestà legislativa e normativa secondaria, esse hanno comunque la capacità di influenzare il Parlamento, così come il Governo⁹.

Quanto affermato trova conferma nei significativi poteri di segnalazione attribuiti all'Agcm, di cui agli artt. 21 e 22 della l. n. 287/1990, che hanno lo scopo di comunicare al Parlamento, al Governo, nonché agli organi e agli enti della Pubblica Amministrazione, centrale e locale, di eliminare discipline in evidente contrasto con i principi della concorrenza e del mercato¹⁰. Tali segnalazioni, talvolta, hanno il tenore di vere e pro-

pato, momento determinante è la fase della partecipazione dei privati al procedimento. In dottrina, v. M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, n. 4/2013, 607 ss.

⁷ Di tale avviso, N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I Garanti delle regole*, cit., 89 ss.

⁸ Si cfr. TAR Lazio, sez. III, 14.2.2019, n. 1956.

⁹ Sul punto, M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, 2018, 82.

¹⁰ M. CLARICH, *L'attività di segnalazione e consultiva dell'Autorità garante della*

prie sollecitazioni in riferimento ad eventuali esigenze di mettere mano a riforme di natura legislativa¹¹. Si considerino, per esempio, quei “suggerimenti” in materia di politica economica in ordine all’indispensabile potenziamento del rapporto tra concorrenza e rafforzamento dei conti pubblici che devono essere ricondotti pienamente nel dibattito della politica nazionale per tentare di uscire dalle condizioni negative della crisi mondiale¹².

Infine, taluni autori ritengono che ulteriore manifestazione del potere normativo delle Autorità in esame sia riscontrabile in quegli atti che le Autorità emettono sulla scorta della loro *moral suasion*, ossia in quel complesso di attività (di persuasione morale) che portano alla produzione di atti espressione di poteri paranormativi o collaborativi. Siffatti atti (risoluzioni, istruzioni, ecc.), pur sforniti, dal punto di vista formale, di forza coercitiva, perverrebbero, tuttavia, al dispiegamento di effetti consustanziali a quelli cogenti¹³, contribuendo a garantire l’applicazione omogenea delle regole, ovvero il principio di trasparenza nel settore di riferimento.

In altri termini, atti che, anche se non formalmente vincolanti, si impongono in seguito alla “*autorevolezza morale della quale la stessa amministrazione gode nei confronti dei soggetti sottoposti al suo controllo*”¹⁴, il che alimenta l’idea che la forza della cogenza dei suindicati atti non solo si trova nell’autorità dell’organismo che li adotta, bensì anche nel ruolo istituzionale che la legge conferisce alle Autorità.

concorrenza e del mercato: un presidio contro le degenerazioni del processo politico-parlamentare?, in *Dir. amm.*, 1997, 85 ss.; F. MUNARI, *Poteri di segnalazione, legge per la concorrenza, dialogo fra Autorità garante e istituzioni*, in P. RABITTI-C. BEDOGNI BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L’evoluzione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, tomo I, Torino, 2010, 297.

¹¹ Cfr. F. COCOZZA, *Costituzione economica e sistema delle fonti*, in ID., *Diritto applicato all’economia*, Torino, 2003, 183 ss.

¹² AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione annuale sull’attività svolta – La politica di concorrenza nell’economia italiana: Profili evolutivi e linee di intervento*, 31.3.2015, 8; cfr. in dottrina, M. AINIS, *The Italian Competition Authority’s maieutic role*, in *Riv. it. Antitrust*, n. 2/2016, 140 ss.

¹³ M. FOGLIA, *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni reg.*, n. 2/2008, 568.

¹⁴ G. VESPERINI, *La Consob e l’informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolative*, Padova, 1993, 197.

Si pensi a quegli atti di *moral suasion* della Consob che s'indirizzano alla generalità degli operatori del mercato mobiliare e che favoriscono la produzione di regole generali dei comportamenti degli operatori medesimi allo scopo della esecuzione della legge.

Al cospetto di tali annotazioni, il conferimento alle Autorità amministrative indipendenti di un generale potere regolatorio-normativo, le cui singole manifestazioni non sempre sono riconducibili ai tipi tradizionali di fonti, appare una realtà difficilmente contestabile.

2. La collocazione nel sistema delle fonti degli atti normativi delle Autorità indipendenti e il rapporto con le leggi istitutive: primi accenni

L'aver prospettato l'attività regolativa delle autorità amministrative indipendenti in termini così ampi, induce a ritenere che la legge non ricopra più il ruolo di fonte "suprema", venendosi preferibilmente a collocare all'interno di un sistema eterogeneo e variegato non paragonabile ad un principio di unità gerarchicamente ordinato, ma anziché riordinandola secondo una logica di tipo pluralistico, nel quale specifico rilievo va assegnato al principio di competenza quale regola che disciplina i rapporti tra le fonti nell'ordinamento¹⁵.

La soluzione appena esposta è portatrice di ulteriori rilevanti implicazioni ai fini della nostra indagine in quanto, se è lecito dubitare della considerazione che il valore della posizione istituzionale di un organo possa costituire effettivamente il fondamento del relativo potere normativo (regolamentare o di normazione secondaria in generale), maggiori certezze affiorano, invece, quando si attribuisce al suo "peso istituzionale" la capacità di ingenerare tra la legge e il potere regolamentare un diverso rapporto¹⁶.

E questo vale soprattutto per le Autorità amministrative indipendenti per le quali l'intervento legislativo, pur sempre necessario, assume un di-

¹⁵ F. POLITI, *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 5 ss.

¹⁶ A. CERRI, *Regolamenti*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, 1991.

verso contenuto in quanto esso non si prospetta più quale regolatore inostacolato delle differenti materie, “*dovendo essa lasciare al potere regolamentare dell’organo in questione lo spazio costituzionale spettante e conseguenzialmente il rapporto legge-regolamento viene ad atteggiarsi in maniera differente proprio in ragione del rapporto intercorrente fra Parlamento e soggetto dotato di potestà regolamentare*”¹⁷. La legge, in altri termini, per far spazio alla produzione della fonte secondaria, anziché disciplinare dettagliatamente la materia, valorizza il ruolo istituzionale dell’Autorità, proponendosi in sostanza quale legge di principio.

Forte di tali considerazioni, appare più chiaro il rapporto che si viene a instaurare tra le leggi istitutive delle varie Autorità amministrative indipendenti e queste ultime, dovendo le prime limitarsi a prevedere la disposizione di poteri normativi di cui le Autorità possano servirsi per il raggiungimento dei propri fini, e le seconde regolare “capillarmente” la disciplina settoriale.

Le leggi istitutive hanno il precipuo compito di individuare il soggetto decidente nonché il relativo potere giuridico¹⁸, e si profilano essenzialmente quali fonti sulla produzione giuridica, di carattere organizzatorio¹⁹, nelle quali, però, non sempre sono indicate precise modalità attraverso cui tali Autorità potranno esplicitare la propria volontà normativa²⁰.

E quindi, quello che potrebbe, a prima vista, essere delineato quale un “naturale” rapporto tra due tipi di fonti di grado diverso, le cui due rispettive funzioni normative (l’una che fissa i principi generali della materia, l’altra che ne attua i dettagli) sono da ricondursi nel perimetro del principio costituzionale di ripartizione delle competenze normative, ad un’analisi, invece, più attenta tale rapporto suscita più di una perplessità, dal momento che la disinvolve “indeterminatezza” che connota le leggi istitutive produce, in capo alle Autorità indipendenti, l’attribuzione di un “generico” potere normativo, il cui esercizio non è sottoposto a limiti previsti

¹⁷ Conforme, F. POLITI, *ivi*, 6.

¹⁸ G.U. RESCIGNO, *L’atto normativo*, cit., 41 ss.

¹⁹ U. NICCOLAI, *Atti normativi*, cit., 26.

²⁰ Ciò ci porta di nuovo a ritornare sull’importanza che man mano ha assunto il “momento” procedimentale nell’adozione degli atti normativi delle autorità in questione, posto appunto che le leggi istitutive nulla o quasi dicono sulla disciplina del procedimento di formazione delle rispettive future fonti-atto.

ed entro principi e criteri predeterminati, ma alla conformità di fini generalissimi indicati dalla legge²¹. È il caso dell'Agcm che, servendosi di un'ampia discrezionalità, adotta decisioni dirette ad essere vincolanti nei riguardi del soggetto interessato. Trattasi di atti sostanzialmente atipici, poiché non prefissati dalla legge, ma riposti alla libera valutazione dell'Autorità, che ricadono soprattutto sulla libertà di iniziativa economica privata²².

Dal rapporto appena delineato non solo si origina un fenomeno quale il carattere di atipicità degli atti emanati che hanno reso effettivamente più complicata la collocazione degli stessi nel sistema delle fonti legali dell'ordinamento, ma prefigura anche la possibilità che alle Autorità vengano attribuiti ulteriori ed impliciti poteri, la cui portata normativa è, tuttora, di difficile valutazione.

Del resto, l'impiego della teoria dei poteri impliciti, con riguardo all'attività di regolazione delle *authorities*, è suffragata, il più delle volte, dalla recente giurisprudenza del giudice degli interessi, in ragione dell'alto tecnicismo che connota particolari settori e che avallerebbe una dequotazione del principio di legalità in senso sostanziale²³.

Ciò ha indotto parte della dottrina²⁴ ad avvertire del rischio che siffatte leggi istitutive costituirebbero una sorta di vere e proprie deleghe in bianco²⁵, essendo esse prive di quegli specifici contenuti capaci di vincolare le scelte che le Autorità indipendenti possono poi effettuare²⁶. Il

²¹ Appare opportuno evidenziare che dinnanzi a un dettato legislativo che non determina nei dettagli il relativo contenuto, né tantomeno fissa le condizioni e i limiti di esercizio della relativa attività, il più delle volte il giudice ha dedotto il fondamento del potere normativo dell'autorità in una lettura sistematica delle varie normative del settore. Si cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20.3.2015, n. 1532.

²² L. DE LUCIA-V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Concorrenza e mercati*, 2011, 513 ss.

²³ Cons. Stato, sez. VI, 24.5.2016, n. 218; TAR Lazio, 30.3.2017, n. 04101.

²⁴ P. CARETTI, *Introduzione*, in *Osservatorio sulle fonti, 2003-2004, I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2002, XV; si cfr. anche, F. GIUFFRÈ, *Declino del Parlamento legislatore e crescita del potere d'inchiesta: la soluzione al problema della responsabilità delle autorità indipendenti?*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, 1999, 184 ss.

²⁵ G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 247 ss.

²⁶ È stato sostenuto che tali deleghe in bianco, oltre a causare una deviazione rispetto al tradizionale modello delle fonti, attribuiscono al libero convincimento di tali soggetti

problema è noto e riguarda non tanto la normazione secondaria di attuazione o di esecuzione prevista, in via espressa od implicita, dalla legge istitutiva ed alla quale non è conferito nessun potere di scegliersi autonomamente il proprio oggetto. In tali specifici casi, il principio di legalità, anche in senso formale, appare pienamente rispettato. Si pensi, in tema di disciplina delle attività di intermediazione nel mercato immobiliare che spetta alla Consob ai sensi dell'art. 17 t.u., al recente Regolamento n. 20307 del 15.2.2018 che può senz'altro definirsi Regolamento di attuazione n. 58 del 24.2.1998, in materia di intermediari.

La questione rileva innanzitutto per quegli atti regolativi “funzionali”, attraverso cui le Autorità amministrative indipendenti disciplinano autonomamente, in via preventiva, l'esercizio delle funzioni amministrative conferite loro dalla legge. Tali atti, in quanto producono norme a carattere generale disciplinanti i problemi di settore ed incidenti nella normativa del codice civile e di leggi speciali privatistiche, disciplinano direttamente posizioni giuridiche soggettive ovvero rapporti giuridici di soggetti terzi.

A tal riguardo, l'esempio non può che ricadere, dati i suoi rilevanti poteri di regolazione (nonché di controllo, sanzionatori e para-giurisdizionali) su alcuni atti regolativi dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom)²⁷; quest'ultima, come è noto, svolge un'intensa attività normativa – principalmente in forza della legge istitutiva n. 249/1997, che prevede una serie di regole flessibili – incidente sui diritti costituzionalmente tutelati. Attività normativa che, poi, ha assunto un definitivo slancio con la l. 28.2.2000, n. 28, che ha attribuito all'Agcom (e alla Commissione parlamentare) delicati compiti di vigilanza sui servizi televisivi.

Nell'esercizio di siffatto potere normativo si segnalano alcuni provvedimenti e delibere che, per il solo fatto di incidere nelle situazioni giuridiche di terzi, sollevano numerosi aspetti problematici.

Infatti, recenti delibere e disposizioni – come quelle nn. 403/18/CONS, Avvio del procedimento per l'adozione di un regolamento in materia di rispetto della dignità umana e del principio di non discriminazione e di

ogni tipo di decisione inerente agli ambiti di loro competenza, in evidente deroga al principio di separazione dei poteri. Si v. M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, cit., 3865.

²⁷ Si v. le riflessioni di L. SALTARI, *La regolazione asimmetrica nelle comunicazioni elettroniche fra Agcm, Agcom e giudice amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, n. 11/2006, 1212 ss.

contrasto all'*hate speech* e all'istigazione all'odio; 490/18/CONS, Disposizioni per la tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica per contrastare le violazioni più gravi attraverso appositi poteri cautelari e misure contro la reiterazione delle violazioni; 403/18/CONS, Disposizioni di attuazione della disciplina in materia di comunicazione politica e di parità di accesso ai mezzi di informazione relative alle campagne per le elezioni del Presidente della Giunta regionale e del Consiglio regionale delle regioni Abruzzo e Sardegna, 94/19/CONS, Disposizioni di regolazione della disciplina in materia di comunicazione politica e di parità di accesso ai mezzi di informazione relative alla campagna per l'elezione dei membri del Parlamento Europeo spettanti all'Italia – dimostrano come l'autonomia decisionale delle Autorità amministrative indipendenti sia sempre più slegata dalle linee orientative indicate dalla legge.

Anzi, non sembra affatto peregrino rilevare che, non di rado, gli atti normativi di alcune Autorità hanno conferito agli interessi quella concreta consistenza contestata loro dal legislatore statale. Quest'affermazione vale tanto sul piano del principio di riserva di legge, essendo a tutti noto che la riserva, in tema di libertà fondamentali, impone che la distribuzione del lavoro sia iniziata a livello primario e si concluda a livello secondario²⁸.

Ma la tendenza, invece, ad una sovrapposizione di tali fonti ha accentuato in dottrina il dibattito sul se i poteri normativi di alcune Autorità debbano ancora strettamente collocarsi nell'ambito delle fonti secondarie²⁹. Un genere di osservazioni che la dottrina negli anni passati si era più volte posto in riferimento ai regolamenti governativi nell'annoso riparto tra legge e regolamenti³⁰ indipendenti e delegificati.

²⁸ G. DE MINICO, *Il potere regolativo delle autorità indipendenti: Italia ed Europa a confronto*, in C. IANNELLO (a cura di), *Le autorità indipendenti tra funzioni regolativa e Judicial review*, Napoli, 2018, 41.

²⁹ Parte della dottrina ritiene che la generale liquefazione dei limiti ordinamentali abbia provocato il superamento del paradigma "chiuso-piramidale" delle fonti: non essendo dunque chiara la struttura del superamento del paradigma "chiuso piramidale" delle fonti parametro, con la conseguenza che risulta attualmente complesso affermare se un fenomeno normativo sia da definirsi *soft law* o *hard law* sul fondamento del solo parametro dell'appartenenza al sistema delle fonti; si cfr. N. MARI, *Linee Guida Anac: la soft law e la gerarchia delle fonti*, in *ItaliAppalti*, 4.4.2017.

³⁰ *Ex plurimis*, A. LUCARELLI, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione pubblicistica*, cit., 71 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, cit., 145 ss.

I primi, capaci di regolare potenzialmente qualsiasi materia non disciplinata dalla legge, ma in ossequio al principio di riserva di legge relativa; i secondi, autorizzati dal legislatore ad intervenire, tranne in quelle materie coperte da riserva di legge assoluta, ai sensi dell'art. 17, secondo comma, della l. n. 400/1988.

Entrambi i tipi di regolamento hanno facilmente aggirato i vincoli disposti dalla l. n. 400: ma per quanto riguarda i regolamenti c.d. delegificati, le generiche norme regolatrici della materia fissate dal legislatore hanno permesso addirittura al regolamento di delegificare e di abrogare norme legislative, senza passare per la legge di autorizzazione³¹.

È evidente che il quadro appena delineato si complica ancora di più in riferimento alle Autorità indipendenti, sia perché non di rado esse sono titolari di poteri normativi non espressamente previsti dalla legge (si pensi, ultimamente, al Garante per la protezione dei dati personali che ha attribuito contenuto normativo a quei provvedimenti generali sul controllo dei conti correnti di coloro beneficiari del reddito di cittadinanza), sia perché gli "eccessi" del potere regolamentare non sono mitigati dalla responsabilità nei confronti del Governo e del suo indirizzo politico³².

2.1. *Segue. ...*

Che il rapporto tra le leggi istitutive e i regolamenti delle Autorità indipendenti non si delinea secondo i tradizionali canoni del criterio gerarchico è un fatto che accomuna l'intento di molte costruzioni dottrinali. La crisi o, meglio ancora, l'inadeguatezza del criterio gerarchico nella soluzione delle antinomie normative tra fonti eterogenee è molto probabilmente solo la punta dell'*iceberg* di un fenomeno ben più complesso che ormai ha destabilizzato il modello tradizionale delle fonti del diritto. L'affiorare, invero, del criterio di competenza ha comportato una specie di mi-

³¹ A.A. CERVATI, *Delegificazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1997, 1 ss.

³² M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 50 ss., la quale autrice sottolinea che la giustificazione di un certa "immunità" dalla politica, e consequenzialmente, dalla responsabilità e dai controlli da parte delle Autorità, si rintraccia nelle posizioni giuridiche da garantire, spesso connotate da un alto tasso di tecnicità e da uno specifico valore sociale, che richiedono che l'agire amministrativo sia totalmente indipendente.

tigazione del principio di legalità, che non ha più la capacità di vincolare significativamente il potere normativo regolamentare in generale, ed in ispecie quello delle Autorità indipendenti³³.

In quest'ottica, è stato rilevato che il nesso che lega la legge e l'atto normativo delle Autorità dovrebbe intendersi quale rapporto di "*complementarietà che ha sulla volontà del legislatore di assegnare alla autorità amministrativa una sfera di competenza esclusiva nella tutela di determinati interessi*"³⁴.

Tale ordine di idee, pur non nascondendo le difficoltà di fondo che emergono su una ipotetica ricostruzione sistematica della funzione normativa degli organismi oggetto di studio, prospetta un modello in cui le leggi istitutive operano per mero rinvio, nonostante indichino indirizzi di massima circa le finalità da raggiungere al potere regolamentare. Ne discende che gli atti normativi adottati dalla autorità sarebbero da ricondurre alla tipologia dei regolamenti indipendenti³⁵ o forse, con definizione più appropriata, ad un potere normativo "principale", capace di disciplinare i comportamenti degli operatori del settore di riferimento e di portare a termine il procedimento normativo originato dalla legge con la formulazione della regola finale che regola il caso concreto³⁶.

Recentemente a tali conclusioni sembra essere pervenuto il TAR Lazio nella decisione n. 3259, sez. III, del 22.3.2018, il quale, in riferimento all'attività regolatoria dei soggetti in argomento, ha ribadito che la legge non definisce in via dettagliata il contenuto degli atti prodotti dalla relativa attività, poiché gli ambiti in cui operano tali Autorità sono caratterizzati da una progressiva evoluzione tecnologica capace di generare una rapida inattuabilità delle regole. Ciò posto, secondo il giudice degli interessi, si rileva la necessità che le *Authorities* si adoperino per un'attività regolatoria dinamica al fine di adattare il contenuto delle norme ai mutamenti del mercato, nel rispetto dei limiti e delle finalità fissati dalla legge³⁷.

³³ G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, cit., 288.

³⁴ M.A. CARIDDU, D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, 13 ss.

³⁵ Cfr. S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999, 145.

³⁶ Su tali questioni, si cfr. R. GUASTINI, *Norma giuridica (tipi e classificazioni)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995.

³⁷ Secondo TAR Lombardia, Milano, sez. II, 13.5.2014, n. 1245 "non vi è alcuna sta-

Certo, il quadro appena delineato potrebbe essere sospettato di forzare il sistema costituzionale che prevede un sistema chiuso di fonti a livello primario, nonché l'assenza di una riserva di amministrazione e/o di regolamento, confermata, peraltro, dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha chiarito in più occasioni come la Costituzione non positivi alcuna riserva di amministrazione, precisando che *“nessuna disposizione costituzionale (...) comporta una riserva agli organi amministrativi o esecutivi degli atti a contenuto particolare e concreto”*³⁸.

Tuttavia, a parere dello scrivente, il problema rimane. Le leggi istitutive contengono alcune enunciazioni che presentano margini di elasticità, lasciando spazio a valutazioni discrezionali, spesso a rilevanza tecnica, nel quale il rischio che le Autorità eccedano dalle potestà loro conferite è serio, soprattutto quando esse intervengono sui diritti fondamentali, per i quali la presenza di riserve di legge escludono l'intervento di regolamenti se non di tipo esecutivo-integrativo.

In questa tipologia di atti normativi non facilmente inquadrabili in modelli tradizionali sembrano collocarsi quelle delibere della Consob adottate prima ai sensi dell'art. 24 del Regolamento di organizzazione e funzionamento approvato con d.p.c.m. 8.10.1986 aventi ad oggetto *“l'interpretazione che la Commissione stessa ritiene di assumere nell'applicazione delle norme di legge o di norme regolamentari”*, e poi successivamente ai sensi dell'art. 7 del nuovo Regolamento, adottato con d.p.c.m. 25.11.1994³⁹.

La natura ampliativa di dette delibere, che non si limita ad interpretare ed integrare le norme legislative, sembra aver assunto un compito molto più delicato che è quello di ricostruire addirittura il quadro normativo di riferimento, in forza di un minor grado di determinatezza della disposizione di legge.

In altri termini, a parere dello scrivente, si è in uno scenario in cui le delibere suindicate producono regole normative la cui discrezionalità, nell'incapacità del legislatore di fissarne dei limiti e di porsi quel ruolo guida

ticità nell'azione regolatoria”, “quanto piuttosto un'evoluzione attenta alle mutate condizioni del mercato”.

³⁸ Corte cost., sent. n. 20/1956. Nello stesso solco, sentt. nn. 60/1957; 43/1989; 63/1993; 63/1995; 20/2012; 105/2012; 275/2013.

³⁹ Modificato a sua volta dalle delibere, 11.7.2001, n. 13195, 11.9.2006, n. 15551, 1.3.2011, n. 17682, 1.9.2011, n. 17912, 20.3.2013, n. 18503 e infine 26.6.2013, n. 18591.

che la Costituzione richiede, si estende fino all'individuazione degli interessi da realizzare⁴⁰.

La necessità di determinare principalmente il rapporto tra norma legislativa e normazione delle Autorità costituisce il punto di partenza per individuare il criterio risolutore di eventuali antinomie che potrebbero insorgere tra i due tipi di fonti.

3. Inapplicabilità dell'istituto della delega legislativa nel rapporto tra leggi istitutive e potere normativo

Si manifesta, pertanto, l'esigenza di rifarsi ad altri criteri riguardo alla soluzione di potenziali contrasti tra la fonte legge e gli atti normativi delle Autorità, partendo proprio dalla legge istitutiva, nella quale, come è stato sottolineato nelle pagine precedenti, si rileva una sorta di rinuncia all'esercizio delle proprie attribuzioni in favore dei soggetti in parola.

Procediamo con ordine. Intanto, come è noto, va rilevato che il grado primario dispone di precetti collegabili alle norme in bianco sulla competenza; invero, essi, congiuntamente all'attribuzione del potere, elencano un nudo indice di valori.

Ora, se si muove dalla premessa, fondata sul principio di preferenza di legge, che la determinazione delle norme generali regolatrici della materia serva a ricondurre nel perimetro della legalità l'intervento regolamentare, potrebbero soddisfarsi quelle condizioni che interpretano l'"uscita di scena" del legislatore non come l'esplicito cenno di un'implacabile crisi della legge, ma come l'incontestabile rappresentazione di una rivalorizzazione di funzionalità della stessa⁴¹.

In altri termini, la scelta autolimitativa compiuta dal legislatore e la conseguente decisione di attribuire un potere normativo alle Autorità indipendenti risiederebbe, da una parte, nella consapevolezza della propria mancanza di attitudine alla regolazione diretta, e dall'altra, nella convinzione

⁴⁰ E. CARDI, *Commento agli artt. 1-4 della L. 4 giugno 1985, n. 281*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1990, 293.

⁴¹ G.P. GUARINI, *Contributo allo studi della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005, 8 ss.

che, in settori ad alto tasso di tecnicità, il suo ruolo deve limitarsi a definire un quadro minimo di riferimento entro il quale si dispiega il potere normativo delle Autorità.

Se questi sono i parametri entro i quali ragionare, il fenomeno appena citato non sembra possa delinearsi assolutamente in termini di delega e, quindi, prevedere un modello in cui i poteri normativi delle Autorità (a questo punto sub-primari), nei settori di propria competenza, si svolgerebbero solo sulla scorta di una delega legislativa⁴².

L'istituto della delega legislativa, ai sensi dell'art. 76 della Costituzione, prevede il trasferimento dell'esercizio della funzione legislativa (e non già il potere che rimane ben saldo in capo al Parlamento) al Governo che può emanare, nel pieno rispetto di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e oggetti definiti, atti aventi forza di legge. È, quindi, importante precisare sin d'ora che il riferimento a questa disposizione costituzionale risponde in via prioritaria alla necessità di sottolineare che le deleghe di potere normativo possano concretamente esistere solo a livello primario.

Ciò induce ad escludere che, nell'ambito di tale rapporto, possano inserirsi le Autorità indipendenti, e non solo perché è alquanto improbabile che l'indeterminatezza della legge istitutiva possa determinare con precisione l'indicazione di principi e criteri direttivi entro i quali realizzarsi il potere normativo delegato, oppure perché la soluzione prospettata sia in evidente violazione con l'art. 76 Cost., il quale, come è noto, riserva l'eventuale delega di poteri normativi primari in capo al solo Governo⁴³, o ancora perché, la delega legislativa, in quanto possiede profili di natura organizzativa, si riconnette alla dialettica propria della forma di governo prevista dalla nostra Costituzione, che, come è noto, prevede in capo al delegato (Governo) una potenziale responsabilità politica per violazione dell'art. 76 Cost.⁴⁴.

Con la delega, invero, c'è il rischio che si assegnino importanti funzioni alle Autorità indipendenti con il compito di esercitare poteri norma-

⁴² Sul punto si v. L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit., 307; cfr. anche, A. RIVIEZZO, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, in *Quaderni cost.*, n. 2/2005, 332-333.

⁴³ *Ex plurimis*, L. PALADIN, *Decreto legislativo*, in *Noviss. Dig. it.*, 1960, 297 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 771.

⁴⁴ Corte Cost., sentt. nn. 35/1960 e 243/1976.

tivi con piena autonomia di giudizio e valutazione⁴⁵ di determinati settori dell'ordinamento, che potrebbero risultare anche non adatti allo scopo che la regolazione indipendente mirava a conseguire. Inoltre, il rapporto che andrebbe a intercorrere tra delegante (Parlamento) e delegato (Autorità indipendenti) sarebbe difficilmente riconducibile allo schema tipico di cui all'art. 76 Cost., atteso che l'oggetto della delega, in quanto potrebbe includere non soltanto poteri di *rule-making* ma anche di *adjudication*, sembra effettivamente alquanto ampio⁴⁶.

Confermata, quindi, l'impraticabilità della via della delega, il rapporto tra la fonte legislativa e quella delle Autorità si sposta, come anticipato, nei termini di competenza, ma, a parere dello scrivente, nell'ambito di un diverso profilo organizzativo.

Sempre nell'intento di restituire al Parlamento il suo naturale ruolo di indirizzo della legislazione statale, come della legislazione concorrente regionale, le leggi istitutive, da un lato, dovrebbero attribuire un'importante potestà normativa secondaria alle Autorità e, dall'altro, mediante un'esplicita autorizzazione, permetterne la disciplina regolamentare delle materie settoriali. Questo perché, è bene ricordare, le materie attribuite alle Autorità amministrative coinvolgono diritti e libertà garantiti da espresse riserve di legge e, quindi, comunque al legislatore si pone il vincolo di dover determinare le norme generali regolatrici della materia.

Questo modello ha i suoi punti cardini proprio nella opportunità che la legge stabilisca i principi generali regolatori, onde rimettere la disciplina dei dettagli alla potestà normativa secondaria delle Autorità, e nella determinazione, da parte della legge medesima, di quelle norme suscettibili di eventuali deroghe delle norme secondarie. Ne conseguirebbe una prospettiva attraverso la quale l'intervento del legislatore non solo giustificherebbe in termini di legalità la disciplina regolamentare, ma servirebbe anche a circoscrivere l'ambito in cui essa è autorizzata a derogare alle norme legislative, servendosi a questo punto della possibilità di ampliamento della "zona di riserva".

⁴⁵ G. NAPOLITANO-M.A. BRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 234.

⁴⁶ Si v. G. LUCHENA, *Autorità indipendenti e Costituzione economica (note sparse)*, in C. IANNELLO (a cura di), *Le Autorità indipendenti tra funzione regolativa e Judicial review*, Napoli, 2018, 29.

In tal modo, la legge istitutiva garantirebbe una puntuale verifica in termini di legittimità delle norme secondarie e, al contempo, che di esse le Autorità assumerebbero la responsabilità nei confronti del Parlamento⁴⁷.

Nei termini appena delineati, la stessa “dualizzazione del potere normativo”⁴⁸ appare in linea con il rispetto del principio di competenza, in quanto si rilevano sia una differenziazione di atti (di soggetti, di procedimenti, di forme) e sia una divisione per materie (per oggetti regolati)⁴⁹.

Le considerazioni appena svolte inducono a giungere all’impostazione secondo cui l’intervento legislativo, almeno quello che ha delineato l’assetto delle competenze tra i due tipi di fonti e curato l’istituzione, risulta non solo necessario, ma costituisce il fondamento del potere normativo delle Autorità indipendenti. Chiaramente la legge istitutiva non deve contenere disposizioni arbitrarie che si pongono in contrasto con la Costituzione⁵⁰ e con le direttive comunitarie dalle quali si è tratto la spinta alla creazione di molte Autorità. Una legge così congegnata rischierebbe non solo di prestare il fianco a censure di costituzionalità, ma metterebbe in moto, molto probabilmente, l’inizio di un procedimento a carattere giurisdizionale, disciplinato dagli artt. 258 e 259 TFUE, a carico dello Stato.

Ma, nel rispetto di tali limiti, il legislatore potrà anche intervenire successivamente all’originaria legge istitutiva al fine di operare interventi per meglio determinare le prerogative assegnate alle Autorità. Anche se, infatti, il ruolo sempre più rilevante delle Autorità indipendenti nell’offrire migliore tutela a quei diritti e a quelle libertà che trovano piena riconoscenza nella nostra Costituzione, è connesso senza dubbio all’evolversi della società e all’accrescersi di nuovi bisogni, è altrettanto vero che al legislatore non può essere impedito ogni potere di intervento successivo sulla potestà normativa delle Autorità.

Altro discorso, poi, se il legislatore riesca a fare con “diligenza” il proprio “mestiere”, attraverso un monitoraggio continuo che dovrebbe garantire un corretto percorso normativo delle Autorità indipendenti. Voglio

⁴⁷ Si rinvia a, A. VALASTRO, *Le Autorità indipendenti, in cerca di interlocutore*, Napoli, 2008.

⁴⁸ S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, 23.

⁴⁹ In tal senso, V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 804 ss.

⁵⁰ F. MERUSI, *Eguaglianza e legalità nelle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 149 ss.

dire che se, da una parte, è corretto sottolineare che, in fondo, è nel Dna degli atti fonte (soprattutto primari) prevedere, pur con tipiche autorizzazioni, l'ampliamento di se stessi⁵¹, dall'altra, il legislatore non può giocare sull'equivoco di formulare un'esplicita autorizzazione di attribuzione di poteri normativi secondari, nelle cui larghe maglie s'annida il rischio di favorire possibili deroghe incontrollate da parte della normazione secondaria alla disciplina legislativa⁵².

Dal quadro appena delineato si evince, dunque, che eventuali dubbi di costituzionalità potrebbero essere sollevati non già nella volontà (sovrana) del Parlamento di autorizzare, mediante norme generali regolatrici della materia, le Autorità ad esercitare un potere normativo nei c.d. *secteurs sensibles*, bensì nella circostanza che l'intervento legislativo sia sostanzialmente indicatore di un modello regolativo a regime concorrenziale dal quale far discendere una "riserva di regolazione" in favore delle Autorità.

4. La natura giuridica degli atti normativi delle Autorità indipendenti

Come è già stato detto in precedenza, nonostante l'atipicità caratterizzante gli atti normativi delle Autorità amministrative indipendenti abbia indubbiamente reso più complessa l'analisi sulla loro natura normativa, parte della dottrina ha inquadrato questi ultimi nel novero delle fonti di grado primario o *sub* primario, anche se attraverso tesi ricostruttive profondamente diverse tra loro.

In sintesi, taluni autori fanno discendere il carattere primario degli atti normativi delle Autorità direttamente dal diritto comunitario, attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 11 della Costituzione. Più precisa-

⁵¹ G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 14 ss.

⁵² Secondo G. STAMMATI, *Intervento*, in *Le Autorità di garanzia e di vigilanza*, in S. PANNUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme*, Milano, 1998, 87, "Il potere regolamentare delle Autorità più che sviluppare applicativamente un tessuto normativo sovrastante a maglie compatte e reciprocamente integrate, tale, quindi, da non lasciar vuoto di norme alcuno spazio materiale, viene a svolgere applicativamente un diritto positivo quantitativamente esiguo, e carico quasi sempre, oltre tutto, di una grande densità qualitativa".

mente, si è sostenuto che poiché l'affermazione degli organismi in esame era da ricondursi direttamente alla spinta incisa dal diritto comunitario, ne derivava che anche la portata normativa degli atti normativi adottati in esecuzione delle direttive europee dovesse avere la stessa forza d'impatto nel sistema legale delle fonti di livello primario⁵³, soprattutto anche alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione che ha introdotto un richiamo esplicito alle fonti dell'Unione europea.

Una seconda ricostruzione teorica, invece, partendo dal presupposto che in Costituzione sono presenti vari soggetti, anche non statali, capaci di emanare atti di natura regolamentare, individua nell'art. 117, sesto comma della Costituzione, il fondamento della potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti⁵⁴. In particolare, siffatta ricostruzione sottolinea che le Autorità, in quanto soggetti potenzialmente rientranti nella nozione di Stato, possono avvalersi della potestà di emanare atti sostanzialmente primari.

Infine, va segnalata anche quella corrente dottrinale volta a potenziare le funzioni di garanzia svolte dalle Autorità. Queste ultime, ergendosi a difesa di diritti e di libertà costituzionali, permetterebbero di produrre norme con la medesima forza di quelle primarie⁵⁵.

Tali ricostruzioni, tuttavia, sono criticabili perché si scontrano sia col principio di tipicità e di tassatività delle fonti a livello primario che porta a considerare l'inammissibilità di nuove fonti di pari livello gerarchico, sia con quanto dispongono le norme costituzionali che determinano con estrema puntualità i soggetti ai quali è conferita la potestà normativa di livello primario.

Da quanto premesso emerge sempre più chiaramente che le fonti delle Autorità oggetto di studio hanno (o dovrebbero avere) natura secondaria, pur rilevandosi, in taluni casi, un rapporto "particolare" con la fonte primaria, in quanto non di rado si è rilevata la capacità di questi regolamenti di integrare o, in particolari casi, in via interpretativa, di derogare la legge. Si pensi, in riferimento ai compiti istituzionali dell'Agcm quali la promozione della concorrenza e la tutela del consumatore, a tutti quei rego-

⁵³ F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi giallo"*, cit., 33.

⁵⁴ G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della repubblica*, cit., 229 ss.

⁵⁵ M.A. CARIDDU-D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, cit., 13 ss.

lamenti che, prevedendo specifici compiti, tempi e doveri per il personale dell’Autorità sovraindicata, integrano le norme generali sul procedimento amministrativo, ovvero, a quegli autonomi regolamenti attuativi degli obblighi di trasparenza, contenenti vere e proprie deroghe alla normativa primaria (d.lgs. n. 33/2013 e d.lgs. n. 39/2013).

Di qui la tesi, peraltro alquanto suggestiva, di ritenere che alcune enunciazioni normative delle Autorità fossero da considerarsi “regolamenti di autonomia”⁵⁶, in modo da prendere, da una parte, le distanze da quelle teorie appena elencate che parlano senza mezzi termini di atti che avrebbero vera e propria forza di legge, dall’altra, di evitare che l’intera vicenda della normazione delle Autorità indipendenti si esaurisca solo in meri regolamenti esecutivi o di attuazione.

Seguendo questa impostazione, tuttavia, bisogna comunque differenziare il caso in cui la mancanza di una parziale normazione in materia dipenda da una mera omissione del legislatore, ovvero da una vera e propria astensione volontaria dello stesso.

Nel primo caso, l’ipotesi che viene a configurarsi è che il legislatore ben potrà “sanare” l’omissione riconducendo l’atto normativo secondario dell’Autorità alla sua vera funzione di fonte integrativa della legge. Ne consegue che, essendo solo la legge istitutiva e le sue successive integrazioni le uniche fonti che potranno prevedere ulteriori ambiti materiali da far ricoprire all’atto regolamentare, quest’ultimo è riconducibile alla tipologia dei regolamenti integrativi di disposizioni di legge.

Sulla base di quanto detto, il rapporto tra la legge istitutiva e la normazione delle Autorità si configurerebbe come non dissimile da quel rapporto che intercorre, nell’ambito del fenomeno della delegificazione, tra legge e regolamento delegificato del Governo⁵⁷. Partendo dal presupposto fermo rappresentato dalla strumentalità necessaria dei regolamenti alla legge, i regolamenti (e gli atti normativi secondari) si posizionerebbero tra la normazione “attuativa-integrativa” e quella “autonoma-indipendente”⁵⁸.

⁵⁶ È l’impostazione promossa da C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, 76 ss.

⁵⁷ G. TARLI BARBIERI, *Regolamenti di delegificazione e giudizio di legittimità costituzionale: verso nuovi orizzonti?*, in *Giur. cost.*, 1998, 3980 ss.

⁵⁸ Sul punto si v. A. RUGGERI, “Fluidità” dei rapporti tra le fonti e duttilità degli

D'altro canto, non sembra una novità affermare che già da tempo si è assistito ad un nuovo ruolo della funzione legislativa in riferimento all'approvazione di leggi che autorizzavano la delegificazione di ambiti di materie a favore di soggetti diversi dal Governo⁵⁹.

Certo, di fronte ad organismi a cui non corrispondono profili di responsabilità la delegificazione che autorizza all'esercizio del potere regolamentare le Autorità sembrerebbe presentarsi come un modello singolare, dovendo affrontare fonti secondarie gerarchicamente atipiche "*solo ove si consideri che in certi settori la esclusività delle competenze rimesse alle autorità indipendenti esclude ogni rapporto di gerarchia con le altre fonti*"⁶⁰. Ma qui sta la forza del modello prospettato, siccome la delegificazione discende dall'esercizio del potere delegato risulta fondamentale che le stesse leggi autorizzatorie contengano chiari principi ispiratori, in modo da consentire il sindacato di legittimità nell'ipotesi di eccesso di delega⁶¹.

Nella seconda ipotesi, invece, la scelta del legislatore di astenersi per ampi settori dalla disciplina della materia incentiva la possibilità che il vuoto normativo lasciato possa in seguito essere colmato da fonti dai caratteri in tutto concorrenziali a quella legislativa, e, in specie, promananti da Autorità indipendenti.

A parte il fatto che la predisposizione delle norme regolatrici della materia già di per sé realizza una disciplina, l'ipotesi configurata pone non solo problemi di teoria generale, quale quello di contrastare il principio di legalità sostanziale, ma si ha l'impressione che l'astensione del legislatore produca una situazione d'incertezza riguardo anche agli oggetti disciplinabili dalla normazione secondaria.

Per superare tale ostacolo, come è stato anticipato, autorevole dottrina ha affermato che in fondo l'esistenza stessa delle Autorità indipendenti si fonderebbe non già sul principio di legalità formale, bensì su quello di efficienza, economicità e di trasparenza; ciò spiegherebbe perché gli organismi in parola non violerebbero le riserve di legge di-

schemi di inquadramento sistematico (a proposito della delegificazione), in *Dir. pubbl.*, 2000, 351 ss.

⁵⁹ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 315.

⁶⁰ Così. S. FOÀ, *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 128.

⁶¹ Occorre precisare che lo stesso art. 3 delle Disposizioni sulla legge in generale, prevede la possibilità che il regolamento possa derogare norma di grado primario, ma sempre e solo quando ciò è stato appositamente autorizzato dalla legge.

sposte per i settori riguardanti la tutela di libertà e di diritti sanciti in Costituzione nel momento di adottare normazione concorrente con la legge⁶².

Ma, seguendo questa impostazione il rapporto tra la legge istitutiva e la normazione secondaria delle Autorità indipendenti rischia di entrare in un cono d'ombra nel quale lo stesso fondamento legislativo del potere normativo regolamentare combacerebbe con il conferimento di competenze molto late, attinenti alla tutela di interessi generali.

La necessità di una mediazione legislativa nei riguardi del potere normativo delle Autorità appare quindi necessaria, soprattutto se si pensa alla facoltà delle Autorità di regolare settori in rapida evoluzione che, per loro natura, sfuggono al controllo del legislatore. A tal proposito, il Consiglio di Stato è intervenuto recentemente in ordine ai poteri di regolazione da parte delle Authorities, affrontando una questione peraltro già ampiamente dibattuta in passato e riguardante l'esercizio di funzioni normative da parte di soggetti privi di legittimazione democratica⁶³. Nella sez. IV, sent. 24.5.2016, n. 2182, il Supremo Giudice degli interessi ha ribadito che il principio di legalità che permea l'intera attività amministrativa di rilevanza costituzionale di cui agli artt. 1, 23, 97 e 113 Cost. obbliga il legislatore a definire i fini da raggiungere e le condizioni necessarie per l'esercizio dell'attività amministrativa⁶⁴.

Da una tale asserzione si evincono due ordini di considerazioni: la prima è che il conseguimento del risultato da parte dell'Autorità indipendente non può svincolarsi dal rispetto della legge, anche nell'ipotesi in cui quest'ultima si presenti troppo disorganica o confusa. La seconda è che nel nostro sistema ordinamentale è la legge l'atto normativo in cui si assicura l'uguaglianza e la sovranità popolare e la certezza che ogni pubblico potere desuma l'esistenza dalla stessa volontà del popolo e non sia, quindi, frutto di una propria autoinvestitura.

⁶² S. NICCOLAI, *Le autorità*, cit., 232 ss.

⁶³ Sul punto recentemente, M. FILICE, *Gli sviluppi del controllo giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, n. 6/2018, 790.

⁶⁴ In argomento, G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 15 ss.

5. Sulla natura della legge statale quale fonte sulla produzione dell'attività regolatoria-normativa delle *Authorities*

Per comprendere il grado di impatto e pervasività all'interno del sistema legale delle fonti della normazione delle Autorità indipendenti risulta fondamentale capire, dunque, se *l'interpositio legislatoris* debba solo porsi a fondamento della potestà normativa delle Autorità, oppure se debba indicare, altresì, i principi e i criteri direttivi cui quest'ultima dovrà ispirarsi⁶⁵.

Questo perché, nonostante gli sforzi fatti da parte della dottrina di determinare con precisione la natura degli atti normativi secondari delle Autorità, ancora su posizioni nettamente contrapposte rimangono coloro che includono tali fonti normative tra i regolamenti "quasi indipendenti"⁶⁶, e quelli che, invece, sottolineano la necessità di inquadrarle tra i regolamenti di delegificazione.

La prima ricostruzione concentra principalmente l'attenzione sulle lacune legislative presenti nelle leggi istitutive, dalle quali scaturirebbero ambiti di autonomia normativa a vantaggio delle Amministrazioni indipendenti che dispiegherebbero a loro volta una normazione capace di derogare a disposizioni legislative. Tale corrente dottrinale si presta a non poche critiche per il fatto, non solo di ignorare la predefinizione da parte del legislatore delle finalità alle quali le Autorità debbano attenersi, ma anche di concepire, a nostro avviso, un potere normativo delle Autorità sostanzialmente monolitico.

La seconda ricostruzione dottrinale parte dal presupposto che la legge istitutiva è la fonte di delegazione del potere normativo secondario, dalla quale discenderebbero tutta una serie di regolamenti di diversa natura e forza innovativa a seconda dell'ambito di discrezionalità più o meno ampio attribuito alla fonte secondaria.

Si andrebbe, quindi, a registrare un potere normativo di mera esecuzione talvolta, di integrazione volta a colmare lacune legislative⁶⁷ talal-

⁶⁵ In un più ampio discorso che coinvolge il ruolo del Parlamento e la disciplina del potere regolamentare, si v. L. CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quaderni cost.*, 1990, 7 ss.

⁶⁶ S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, cit., 140 ss.

⁶⁷ In tal senso, R. MANFRELOTTO, *Poteri normativi del Garante per le telecomunicazioni e tendenze della giurisprudenza costituzionale*, in V. COCOZZA-S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto costituzionale*, *Atti del Convegno*, 12-13.5.2000, Torino, 2001, II, 975 ss.

tra, di quando in quando, atto a produrre veri e propri regolamenti delegificati.

La tesi appena esposta, alla quale ci sentiamo di aderire, si fa preferire poiché, se da una parte ha il merito di mostrarsi espansiva nel rilevare una varietà di tipologia di atti di maggior o minor grado di creatività che connotano il fenomeno normativo delle Autorità amministrative indipendenti, dall'altra accoglie il principio secondo cui l'esercizio di un potere amministrativo trova la sua legittimazione attraverso la descrizione del valore precettivo della norma di legge che indirizza l'attività amministrativa verso il raggiungimento di specifici fini pubblici⁶⁸.

Attraverso quest'ultima teoria diviene più logico arrivare alla considerazione che, pur in assenza di un'espressa attribuzione dell'esercizio del potere normativo secondario delle Autorità da parte della legge, la legittimazione può discendere anche da un'investitura generica di quest'ultima che si limita a valorizzare gli interessi pubblici del settore alla cui cura e regolazione i medesimi organismi sono investiti. A titolo meramente esemplificativo può essere preso in considerazione l'art. 1, primo comma, della l. 31.7.1997, n. 249, istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, che attribuisce alla stessa un settore di competenza alquanto generico, allorché dichiara che gli ambiti affidati alla sua regolazione sono i sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo. Trattasi di un'attribuzione generale che la legge riserva all'Autorità Agcom, da cui poi discende un potere normativo secondario, in virtù anche dell'art. 1, quinto comma, lett. b), n. 5 della medesima legge, che dispone che l'Autorità in materia di *“pubblicità sotto qualsiasi forma e di televendite, emana i regolamenti attuativi delle disposizioni di legge e regola l'interazione organizzata tra il fornitore del prodotto o servizio o il gestore di rete e l'utente, che comporti acquisizione di informazioni dall'utente, nonché l'utilizzazione delle informazioni relative agli utenti”*.

L'esempio dimostra che all'attribuzione del potere regolamentare da parte della legge non fa seguito la definizione di precetti predeterminati cui l'Autorità dovrà uniformarsi. Ciò comporta, come vedremo in seguito, che la produzione normativa dell'Autorità Agcom si manifesta attraverso una variegata tipologia di atti normativi i quali non sempre si limitano ad attuare la fonte primaria. Approfittando delle larghe maglie della

⁶⁸ N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 458 ss.

legge si è attivata, infatti, un'intensa attività interpretativa sfociata nell'emaneazione di atti che hanno avuto l'arduo compito in determinati settori di ricostruire finanche il quadro normativo di riferimento (in questo caso si è dinanzi a regolamenti c.d. integrativi). Questi ampi margini di "manovra" di cui beneficia il potere normativo dell'Autorità sovraindicata, affinché, appunto, possa pienamente provvedere alla disciplina di quei settori particolarmente delicati, si affermano contestualmente all'arretramento della legge nella disciplina della materia; arretramento, peraltro, necessario in talune circostanze, atteso che una legge istitutiva troppo minuziosa e precisa svuoterebbe, di fatto, la potestà normativa secondaria delle Autorità indipendenti.

Orbene, se queste considerazioni sono esatte, la possibilità che l'atto normativo secondario si ponga in posizione integrativa o sostitutiva oppure derogatoria rispetto alla legge istitutiva, dipende dalla legge stessa che autorizza la nascita di tali atti.

D'altro canto, la circostanza che l'Agcom – ma tali considerazioni si ritengano estensibili anche ad altre Autorità – ricorra non di rado anche a regolamenti delegati al fine di regolare le materie di propria competenza non trova nessun limite nell'art. 17 della l. n. 400/1988.

Ecco che nell'ampio e variegato potere normativo attribuito alle Autorità, si individuano atti normativi secondari che sostituiscono la precedente normazione in materia (regolamenti sostitutivi), atti chiamati *per relationem* ad aggiornare ruoli o tabelle attinenti la legge abilitante (regolamenti modificativi), atti autorizzati a derogare, previe indicazioni precise e delimitate, alla previgente disciplina (regolamenti derogatori)⁶⁹.

Proprio in riferimento a questi ultimi regolamenti non va assolutamente sottovalutato l'articolato meccanismo che deve essere attivato dal legislatore, mediante i seguenti passaggi:

- a) fissazione delle norme generali regolatrici della materia;
- b) autorizzazione all'esercizio della potestà regolamentare dell'Autorità;
- c) individuazione delle norme di legge da derogare (a patto, però, che tale effetto derogatorio discenda direttamente dalla legge stessa).

⁶⁹ G. PUCCINI, *La potestà regolamentare nell'esperienza italiana: osservazioni e spunti critici sugli sviluppi del dibattito scientifico*, in *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione. Profili comparatistici*, a cura di P. CARETTI-U. DE SIERVO, Bologna, 1991, 228 ss.

Questo perché l'alterazione anche di uno solo di questi passaggi del modello appena indicato, che segue pedissequamente quello prefigurato dall'art. 17, secondo comma, della l. n. 400/1988, può comportare il verificarsi di casi in cui non sia la legge istitutiva ad aprire uno spazio al regolamento, ma è lo stesso regolamento che, in base ai suoi contenuti, si apre uno spazio nella legislazione. Ma anche in questa complessa circostanza si rimane dell'opinione che il momento degli effetti della delegificazione, che è rimesso al regolamento, e il momento della sussistenza della stessa, che trova il suo fondamento nella legge autorizzativa, rimangono ancora distinti, di modo che quest'ultima si ripropone come la condizione indispensabile per il dispiegamento degli effetti della norma secondaria.

Del resto, l'ammissibilità di ricorrere ad una normazione secondaria delegata da parte delle Autorità indipendenti sembra, peraltro, sin da tempi meno recenti⁷⁰, trovare conferma, indirettamente, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha più volte affermato l'insindacabilità dei profili di determinatezza della legge di autorizzazione, onde evitare valutazioni nel merito, e soprattutto nella giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato.

Infatti, quest'ultimo, dopo un'iniziale e ondivaga fase nella quale era pervenuto a suggerire alle varie Amministrazioni di *"indicare quali [fossero] le norme di legge sostituite o abrogate, indicazione che, per altro, non [sarebbe dovuta] risultare particolarmente difficile per un'amministrazione che [aveva] tanto profondamente inciso nella materia e che dunque la padroneggia [va] con sicurezza in tutte le sue implicazioni"*⁷¹, salvo poi successivamente negare la possibilità per le Autorità amministrative indipendenti di emanare regolamenti delegati, poiché riteneva che il legislatore fosse sprovvisto degli strumenti necessari a sanzionare eventualmente gli eccessi posti in essere dalle Autorità⁷², si è espresso più recentemente in favore dell'ampiezza delle prerogative normative riguardanti le Amministrazioni indipendenti.

In particolare, il Supremo Giudice degli interessi ha statuito, in riferimento alla potestà normativa riconosciuta all'Autorità per l'energia e per

⁷⁰ Corte Cost., sentt. nn. 250/1995, 383/1998, 251/2001.

⁷¹ Cons. Stato, Ad. Gen., 15.4.1994, n. 95.

⁷² Cons. Stato, sez. VI, 10.5.1996, n. 668.

il Gas, che quest'ultima “nell’emanazione delle direttive che rientrano nella sua potestà regolatrice [non] dovrebbe limitarsi ad imporre comportamenti già individuati dal legislatore”, premesso che, contrariamente, ciò “finirebbe per rendere evanescente anche quella funzione di regolazione e di controllo, attribuita ad essa per il settore di competenza, che costituisce lo scopo primario della sua istituzione”⁷³.

Più recentemente, il Giudice di Palazzo Spada ha dichiarato, sempre per l’Autorità suindicata, che “l’Autorità è titolare di poteri di regolazione anche nei settori liberalizzati, affinché siano salvaguardate le dinamiche concorrenziali, a tutela dell’utenza. Infatti, la liberalizzazione di un mercato non comporta automaticamente il passaggio ad una situazione di concorrenza, la cui promozione rientra tra le competenze dell’Autorità (...). I poteri di regolazione per favorire la concorrenza sono stati previsti dalle disposizioni fondamentali della legge n. 481 del 1995; (...); consentono all’Autorità di regolare ogni segmento della filiera delle attività dei settori energetici; possono essere esercitati indipendentemente dal regime giuridico che caratterizza tali attività e anche quando esse siano liberalizzate; non coincidono con quelli tariffari, poiché comprendono anche il potere di determinare i comportamenti tali da consentire una effettiva concorrenza (col conseguente contenimento dei prezzi), a tutela degli utenti e dei consumatori. (...) nella fase iniziale di liberalizzazione è del tutto consono al sistema che l’Autorità vigili sull’andamento del mercato e indichi ex ante quali siano le regole in assenza delle quali possano verificarsi (o aggravarsi) effetti distorsivi. In altri termini, la voluntas legis di liberalizzare un settore (...) implica il potere-dovere dell’Amministrazione indipendente di disporre tutte le misure volte a favorire l’affermarsi di un mercato caratterizzato da una effettiva concorrenza, anche nell’interesse dell’utenza, non solo con azioni repressive ex post, ma anche imponendo comportamenti che ex ante possano rimuovere o prevenire effetti distorsivi”⁷⁴.

Da tali pronunce giurisprudenziali si evince non solo il riconoscimento di un sistema di regolazione che si concreta in una varietà di tipologia di atti normativi secondari, di cui le enunciazioni normative configurabili

⁷³ Cons. Stato, sez. VI, 29.5.2002, n. 2987.

⁷⁴ Cons. Stato, sez. VI, 5.6.2006, n. 3352; cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 28.9.2012, n. 5149.

nel novero dei regolamenti delegati rappresentano l'esempio più illustre, ma anche il principio che stabilisce che la normazione anticipatamente adottata dall'Autorità potrà acquisire determinati caratteri di stabilità solo se ad essa fa seguito una disposizione legislativa⁷⁵.

6. Autonomia organizzatoria delle Autorità indipendenti quale fonte normativa

Le competenze normative delle Autorità amministrative indipendenti sono esercitate, come appena indicato, principalmente mediante l'adozione di atti normativi secondari, nonché di atti amministrativi generali, il cui confine con i primi è, peraltro, sempre più labile. Dall'analisi di tali atti si evince che la partecipazione delle differenti Autorità indipendenti alla funzione normativa si delinea attraverso fasi in cui il livello di creatività muta a seconda della natura dell'atto normativo adottato. Si assiste ad un massimo di innovatività per quegli atti regolamentari che disciplinano settori cui si ricollegano principi costituzionali (regolamenti che comunque sono autorizzati dal legislatore), ad un grado di creatività intermedio per quegli atti normativi integrativi di principi del settore delineati dalla legge e, infine, ad un livello minimo per quegli atti il cui compito è quello di segnalazione nei riguardi del legislatore e di attuazione delle disposizioni legislative⁷⁶.

A cavallo tra i diversi gradi di innovatività sovraindicati, pur rimanendo nell'ambito di una potestà-attività normativa secondaria⁷⁷, si pone la produzione normativa delle Autorità in ordine alla organizzazione e al funzionamento delle medesime.

In via di prima approssimazione, le norme di organizzazione sono atti a contenuto generale, con effetti vincolanti per l'organo che li delibera, volti a regolare i criteri di esercizio delle funzioni e le relazioni con i soggetti che operano in forza di un rapporto di servizio con quell'organo.

⁷⁵ Si v. M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv. dir. cost.*, 2002, 45 ss.

⁷⁶ P. BILANCIA, *Autorità normativa delle Autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le Autorità indipendenti*, Milano, 1999, 148.

⁷⁷ F. MODUGNO, voce *Atti normativi*, cit., 3.

Poiché le Amministrazioni indipendenti sono istituite con legge, appare difficilmente contestabile il principio secondo cui agli atti organizzativi delle autorità debba essere applicata la disciplina di cui all'art. 97 della Costituzione, la quale, come è noto, si estende non solo agli organi della Pubblica Amministrazione di governo, ma anche a tutte le branche organizzative, sia statali che periferiche, dello Stato⁷⁸. Inoltre, l'applicazione del principio appena accennato consente di rilevare che i poteri normativi di auto-organizzazione delle Autorità indipendenti sono dotati di diversi livelli di autonomia a seconda della più o meno ampia disciplina organizzativa prevista dalle rispettive leggi istitutive, potendosi incontrare atti generali che si limitano a regolare solo modalità operative e sono quindi, privi, di normatività, e atti organizzatori eteronomi la cui normatività, espressione di un'ampia autonomia organizzativa, è stata ritenuta da certa dottrina "sproporzionata" rispetto alle funzioni regolatorie riconosciute⁷⁹. Tutto ciò, sembra opportuno sottolineare, alla luce di una volontà del legislatore di proporre soluzioni differenti per l'etero determinazione dell'organizzazione, non già in base alla natura delle Autorità, siano esse di garanzia o di regolazione, bensì in ordine ad una valutazione discrezionale orientata alla natura degli interessi in gioco.

È noto, comunque, che quello che principalmente interessa in termini di autonomia organizzativa è l'identificazione, mediante il proprio atto organizzatorio, della facoltà di divisione tra i diversi organi delle competenze fissate dalla legge istitutiva. A tal riguardo, si rilevano consistenti poteri di auto-organizzazione che si concretano nella facoltà dell'Amministrazione indipendente (si pensi alla l. n. 281/1985 sulla Consob) di adottare norme disciplinanti, oltre alla propria organizzazione e al proprio funzionamento, il regime giuridico ed economico e l'ordinamento delle carriere del proprio personale, ovvero, (l. n. 249/1997 riguardo alla Agcom) i rendiconti, la redistribuzione tra i diversi organi delle competenze, la gestione delle spese (talvolta anche in deroga alle norme sulla contabilità generale dello Stato) e la complessa procedura dell'immissione in ruolo del proprio personale. Inoltre, come è noto, a partire dal 2014, la Consob ha deciso di dotarsi di un sistema per la prevenzione della corruzione al

⁷⁸ Corte Cost., sent. n. 88/1989.

⁷⁹ S. FOÀ, *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 83.

fine di rafforzare la cultura della legalità e mirare a condotte ispirate alla correttezza e alla trasparenza dell'azione amministrativa.

Ampi poteri di autoregolamentazione in materia di autonomia finanziaria sono attribuiti, altresì, all'Autorità Agcm; infatti, l'art. 10, sesto comma, della l. n. 287/1990, prevede che i regolamenti dell'Autorità debbano disciplinare la gestione delle spese in modo da renderla autonoma.

Un potere di autonomia organizzativa per queste *Authorities* che si concreta in fonti regolamentari che le medesime leggi istitutive autorizzano a derogare alla disciplina di rango-primario, in quanto ritenute più idonee alle esigenze di auto-organizzazione delle Autorità⁸⁰.

Autonomia organizzativa più limitata, invece, si riscontra, per esempio, per quelle *authorities* cui è riconosciuta la regolazione dei servizi di pubblica utilità quale la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali⁸¹ e l'Autorità per energia reti e ambiente (Arera), per le quali le leggi istitutive (rispettivamente l. n. 146/1990, art. 12, quarto comma, e l. n. 481/1985, poi decreto n. 201/2011, convertito nella l. n. 214/2011), non sembra abbiano disposto con puntualità le modalità di funzionamento in riferimento al personale e di gestione finanziaria.

In questi specifici casi non sempre le regole di organizzazione costituiscono attività normativa, laddove esse sono espressione di mera attività di direzione. Qualora, invece, tali atti organizzativi producano norme obiettive, queste ultime svolgono una funzione o attuativa o al massimo integrativa della legge istitutiva.

Discorso a parte merita l'Anac, per la quale si riscontra una mancata corrispondenza tra livello d'indipendenza, collocazione e qualificazione giuridica, e conferimento di un'adeguata autonomia organizzativa. In effetti, l'art. 13, undicesimo comma, del d.lgs. n. 150/2009 istitutivo della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (appunto ora divenuta Anac) dispone che le regole dell'organizzazione, le norme disciplinanti la gestione finanziaria della Commissione e la fissazione degli emolumenti per i componenti sono previste da un decreto del

⁸⁰ Anche in riferimento a tale funzione organizzatrice, tuttavia, non ci sembra poter individuare una nuova riserva di amministrazione che alcuna dottrina andrebbe invece a individuare sotto forma di riserva di regolamento della singola *Authority*.

⁸¹ Contra L. LORELLO, *Diritto di sciopero e servizi pubblici essenziali*, Torino, 2015, 51.

Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'innovazione, di comune accordo con il Ministro dell'economia e delle finanze. Dal tenore della disposizione sembrerebbe che la funzione organizzatrice dell'Anac debba essere esercitata dal Governo attraverso decreti ministeriali.

Dalle considerazioni appena svolte, anche per le regole organizzative delle Amministrazioni indipendenti si rileva una disomogeneità di contenuti. Laddove la regola organizzativa contiene un contenuto normativo essa è strumentale all'organizzazione e all'attività regolatoria, e assume una chiara rilevanza esterna. Disciplinando, invero, le norme procedurali ed i rapporti con i terzi, esse hanno un rilevante effetto sui diritti garantiti dalla Costituzione che assicura loro una collocazione nel sistema delle fonti a livello secondario subordinandole solamente ai criteri imposti dalla legge istitutiva, grazie anche al fatto che è validamente il criterio di competenza, invece di quello gerarchico, ad essere adottato tra i rapporti tra gli atti auto-organizzativi e le altre fonti di tipo secondario.

7. Vicende dei criteri gerarchico e di competenza nella risoluzione delle antinomie normative

La fluidità che indubbiamente connota la produzione normativa delle Autorità amministrative indipendenti, che in talune fattispecie opera in regime derogatorio rispetto alla fonte legislativa primaria, determina la necessità di considerare che nel rapporto tra legge istitutiva e atti normativi secondari viga il criterio della complementarietà delle due fonti.

Complementarietà che, tuttavia, non va intesa quale strumento capace di consentire alla normazione secondaria di operare su un piano di sostanziale parità rispetto alla fonte legislativa, in modo da proporre una sorta di riserva regolamentare⁸² in capo alle Amministrazioni indipendenti, bensì quale strumento attraverso il quale aprire un canale di dialogo e di comunicazione tra i due livelli normativi ed evitare un irrigidimento eccessivo nel rapporto.

⁸² Per un approfondimento sulla complessa questione, si v. Si cfr. R. FERRARA, *Legge e regolamento: noterelle critiche a proposito di un'antica "querelle"*, in *Foro. it.*, 2000, III, 505 ss.

Ciò risulterebbe fondamentale in quanto il criterio gerarchico, nel caso in specie, il più delle volte si è mostrato inidoneo ai fini della risoluzione di eventuali antinomie sorte⁸³. I rapporti, infatti, tra gli atti dei due tipi di fonti suindicate prevedono che accanto al criterio gerarchico, per il quale le fonti di livello superiore (in questo caso i principi fondamentali della legge istitutiva) abrogano le fonti inferiori (atti normativi delle Autorità), si dispongano il principio di competenza – per il quale viene garantito a specifiche fonti una sfera definita nella quale operare⁸⁴ (si pensi all'art. 124 del Regolamento della Consob, che autorizza l'Amministrazione indipendente a emanare norme capaci di sottrarsi all'applicazione di alcuni articoli del T.U.) – e quello della concorrenza, per cui fonti, pur di natura diversa, ma fornite della stessa competenza, sono in grado liberamente di disporre nella disciplina della stessa materia⁸⁵ (l'esempio è dato dai due regolamenti approvati nel 31.5.2016 dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, intervenuti sulla disciplina dell'accesso ai documenti formati o detenuti dall'Autorità ai sensi della l. 7.8.1990, n. 241 e, precisamente, sul rimborso dei costi di riproduzione per il rilascio di copie e diritti di ricerca che, al contempo, è stata oggetto anche di provvedimenti legislativi di rango primario quale è il c.d. Decreto Trasparenza).

Anzi, e ad essere più precisi, proprio perché non di rado le valutazioni dell'Autorità di regolazione sono effettuate *ex post* alla legge istitutiva, non sembra incongruo rilevare che i tre criteri appena elencati (si è dell'opinione che il ricorso al criterio cronologico sia il meno compatibile con un modello a libero concorso di fonti) non costituiscano necessariamente opzioni tra di loro, ma possono anche operare unitamente⁸⁶. Conferma di quanto appena detto, è rappresentata proprio dal rapporto che andrebbe ad instaurarsi tra le leggi istitutive e gli atti normativi autorizzati delle Autorità, in cui al rapporto di gerarchia tra le due fonti si determina un rapporto di competenza quando la legge istitutiva prevede strumen-

⁸³ Si cfr. le perplessità che rileva F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, 2007, 117.

⁸⁴ F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir., Aggiorn.*, Milano, 1997, 561 ss.

⁸⁵ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 44-45.

⁸⁶ Per tutti, V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti*, cit., 3 ss.

ti atti a garantire la normativa delegata da successive ingerenze da parte del legislatore.

Indipendentemente, comunque, dal criterio che si ritiene, nella specifico caso, più idoneo atto a risolvere la discrasia tra le due fonti, non sembra che si possa fare a meno di rilevare la necessità di un fondamento legislativo del potere regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti, e qualsiasi parziale deroga al principio di legalità sostanziale (c.d. legalità in senso stretto) può ritenersi giustificato solo in ragione dell'esigenza di garantire il raggiungimento di fini che lo stesso legislatore predefinisce, seppur non in modo rigido tale da compromettere l'attività regolatoria delle Autorità⁸⁷. È il caso del Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori, adottato con delibera n. 73/2011/CONS. Tale Regolamento, nel rispetto dei criteri fissati dall'art. 84 del d.lgs. n. 259/2003, ha individuato nuove fattispecie di disservizio che obbligano gli operatori del settore della comunicazione elettronica al riconoscimento di un risarcimento automatico all'utente coinvolto in una controversia stragiudiziale dinanzi all'Autorità⁸⁸.

Solo in tale prospettiva, la funzione normativa delegata potrà essere rispettosa del principio della certezza del diritto, e non favorire un diritto del caso concreto fondato su valori, anziché su regole, da modificare costantemente in base al dato empirico e all'ambito sociale.

⁸⁷ Si v. Cons. Stato, sez. VI, 4.9.2002, n. 4454 e sez. VI, 2.5.2012, n. 2521.

⁸⁸ In questi termini, C. FARACCHIO, *Telefonia e controversie: regolamento AGCOM*, in *Consumatori, Diritti e mercato*, n. 1, 2012, 108.

Capitolo Quarto

La regolazione di soft law e il caso delle linee guida Anac

SOMMARIO: 1. La regolazione di *soft law* delle *Authorities*: quale produzione normativa? – 2. Il valore giuridico delle linee guida: il caso Anac. – 3. Natura, tipologie e portata applicativa delle linee guida Anac. – 4. Le linee guida vincolanti: inconciliabilità tra *nomen* ed effettività normativa? – 5. La vincolatività delle linee guida tra interpretazione del Codice e giurisprudenza amministrativa. – 6. Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti di regolazione: profili generali. – 7. Le diverse valutazioni circa il sindacato sulle linee guida Anac.

1. La regolazione di *soft law* delle *Authorities*: quale produzione normativa?

Ma il quadro delle funzioni normative non si esaurisce con l'esame delle tipologie di atti appena accennati. In linea con una certa atipicità che connota in genere la normazione delle Autorità, si rilevano, come anticipato, determinati atti di regolazione che non hanno formalmente una veste regolamentare (o di un atto tipico di normazione secondaria) e che impropriamente vengono definiti di *soft law*¹.

Il *soft law* generalmente consta di accordi che non comportano obblighi giuridici tra le parti stipulanti ma solo impegni di natura politica il cui rispetto è lasciato appunto alle parti contraenti². Tuttavia, non di rado es-

¹ Si cfr. A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008.

² C'è, tuttavia, da dire che la produzione di norme di *soft law* può essere prodotta anche dagli atti normativi tipici, laddove si manifesta la volontà di non vincolare il destinatario di obblighi vincolanti sul piano giuridico (c.d. *soft obligation*).

si si presentano con particolarità tipiche della legge in quanto condizionano e limitano la volontà e la libertà dei destinatari, a tal punto che si è arrivati a definirli, non senza forzatura, “fonti atipiche”³.

Il motivo del ricorso a tali norme è, in fondo, da ricercare nella volontà di creare una disciplina cedevole, capace di adeguarsi maggiormente al costante mutamento di certi campi della vita economica e sociale.

Questa normazione, derivante dal diritto internazionale o sovranazionale, si è sempre più diffusa anche negli ordinamenti nazionali, concorrendo il più delle volte con le tradizionali fonti del diritto interno. Rientrerebbero, con molte perplessità per chi scrive, in questo fenomeno anche le c.d. linee guida che presentano, invece, maggiori problemi interpretativi, atteso che in alcune circostanze esse anticipano soluzioni normative rispetto al dettato legislativo⁴. Questo perché, nonostante gli atti definibili quali *soft law* non prevedano vincolo di applicazione da parte degli operatori, il rispetto delle “linee guida” sui siti web istituzionali di soggetti pubblici è rimesso alla spontanea adesione dei destinatari, contingenza che allontana il raggiungimento del fine cui era vincolato il provvedimento fondato sulla legge⁵.

In altri termini, mentre il fenomeno della *soft law* (prodotto dal diritto internazionale per disciplinare rapporti non sottoposti a nessuna normativa obbligatoria) presuppone la mancanza di coercitività e, di conseguenza, non prevede uno specifico sistema sanzionatorio⁶, rimettendo la sua osservanza all’adesione volontaria dei soggetti implicati nella suo ambito di operatività (anche per effetto della *moral suasion* dell’Autorità indipendente che la emana), l’esegesi delle linee guida porta a pensare che esse siano prodotte per la costituzione di diritti e obblighi ricadenti nella sfera giuridica dei destinatari (si pensi alla l. n. 713/1986, con quale si regolavano linee guida sugli obblighi di informazione da autorizzare con

³ L. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, 1.

⁴ Sul punto si v. A. TROISI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino, 2013, 83 ss.

⁵ Si cfr. le osservazioni di A. FROSINI, *Gli atti normativi del Garante per la promozione dei dati personali*, in *Giur. cost.*, 2014, 3704 ss.

⁶ Si cfr. N. FOSTER, *Eu Law*, Oxford, 2015, 122, per il quale il *soft law* “*incapsula varie regole di condotta che non sono legalmente vincolanti o giustiziabili, o dove il disattenderle non porta necessariamente ad una certa e specifica sanzione*”.

decreto ministeriale) e, quindi, ben lontana da quella tradizionale elaborazione concettuale secondo cui le linee guida dovrebbero rappresentare una manifestazione propria del potere di direttiva che si concreta, poi, mediante raccomandazioni, comunicazioni, istruzioni operative in attuazione del disposto normativo.

Soprattutto negli ultimi anni la diffusione del fenomeno nel contesto ordinamentale italiano ha assunto proporzioni significative. La c.d. *soft regulation* è, infatti, comunemente adottata presso le Pubbliche Amministrazioni nazionali, suscitando non poche perplessità tra gli operatori del diritto, soprattutto in riferimento alla loro difficile collocazione nell'ambito del sistema delle fonti. A questi tipi di atti rappresentati da un alto grado di informalità e di pervasività ricorrono le stesse Amministrazioni indipendenti le quali, dall'alto delle loro qualifiche tecniche, vuoi per colmare una lacuna di un precedente atto vincolante, vuoi perché si ricorre a un atto efficace al fine di non ingessare le regole del mercato di riferimento⁷, vuoi perché alla formazione di tali atti partecipano gli stessi destinatari dei loro effetti, si fanno portavoce di interventi non del tutto privi di effetti giuridici..

A ciò va aggiunto che gli atti sovraindicati non sono sottoposti né alla valutazione degli AIR, né all'obbligo di determinare preventivamente ai probabili destinatari le finalità e i possibili vantaggi che si intendono raggiungere, né, tantomeno, sono previsti nei loro confronti criteri di valutazione successivi alla decisione.

Tuttavia, l'attività c.d. di *moral suasion* delle Autorità amministrative indipendenti si caratterizza per una varietà di atti di impulso, persuasivi e collaborativi, non aventi, però, tutti la medesima forza cogente nel momento di impattare con i settori regolatori.

Può accadere, infatti, che alcuni di questi atti si limitino solo a mere esortazioni prive di particolare rilevanza, altri, invece, nonostante contengano indicazioni informali, diventano veri e propri moniti, volti a specificare al Parlamento e al Governo alcune "regole di mercato"⁸ ed evitare

⁷ S. MORETTINI, *Il soft law nelle autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?* in www.osservatorioair.it, P4/2011, 7 ss.

⁸ R. BIN, *Ordine giuridico e ordine politico nel diritto costituzionale globale*, in P. CARTA-F. CORTESE, *Ordine giuridico e ordine politico: esperienze lessico e prospettive*, Padova, 2008, 157 ss.

che in esso continuano pratiche scorrette e incongrue⁹. Due categorie di atti in mezzo alle quali si frappone, poi, una serie di ulteriori atti che si distinguono tra loro sia dal punto quantitativo, sia dal punto di vista qualitativo.

Una prima categoria va individuata nelle comunicazioni interpretative. Queste ultime sono atti a contenuto generale e talvolta astratto mediante cui, generalmente, le Autorità indipendenti, sulla base di quesiti che vengono posti ad esse, indicano l'interpretazione da dare alla legge regolatrice e l'esatta applicazione della stessa. Fanno parte di queste categorie di atti le comunicazioni interpretative dell'Ivass sui limiti di applicabilità di particolari clausole contrattuali in materia di polizza r.c. auto, ma anche quelle adottate dalla Consob che indicano gli orientamenti ufficiali della stessa sulla corretta interpretazione e applicazione della normativa di settore, oppure per rispondere ai singoli quesiti posti dagli operatori del mercato. Il fatto che questi atti orientino gli operatori in sede di applicazione concreta di disposizioni normative dettate dal legislatore fa assumere loro, a tutti gli effetti, una veste normativa.

Le comunicazioni interpretative non vanno, tuttavia, confuse con quelle la cui funzione si limita ad indicare indirizzi e chiarimenti operativi, o l'entrata in vigore di norme nazionali o europee. In queste circostanze (si pensi alle comunicazioni della Banca d'Italia) si è in presenza di meri provvedimenti amministrativi senza alcuna rilevanza normativa¹⁰.

Maggiori dubbi sulla qualificazione giuridica si pongono per i c.d. chiarimenti applicativi che alcune Autorità forniscono in ordine alla normativa di settore. In effetti, la stessa disomogeneità di contenuti induce a considerare che si è dinanzi ad atti a carattere generale, mediante cui si forniscono mere indicazioni (si pensi ai chiarimenti applicativi dell'Isvap in tema di vendita a distanza, pubblicati il 13.4.2010, per agevolare l'interpretazione delle norme sull'attività di vendita a distanza, di cui al Regolamento ISVAP n. 34 del 19.3.2010). Del resto, sebbene tali chiarimenti talvolta hanno esercitato un valido aiuto alla risoluzione di complesse questioni interpretative sollevate principalmente dalle stazioni appaltanti,

⁹A.M. GAMBINO-V. FALCE-A. STAZI, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Concorrenza e mercato*, in *Riv. annuale di concorrenza*, 2010, 241.

¹⁰M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Riv. impr. soc.*, 2003, 47.

gli stessi sono stati, il più delle volte, considerati dal giudice degli interessi dichiarazioni non rapportabili a una attività di interpretazione autentica o di integrazione della normativa, tenuto conto della mancata attribuzione all'Autorità del relativo potere, non potendo rappresentare, pertanto, nemmeno un obbligo per le Amministrazioni nello svolgimento delle procedure di selezione di loro competenza¹¹.

Particolarmente interessanti sono quegli atti di *moral suasion* dell'Avcp che si concretano in determinazioni; questi atti, poiché preceduti da una procedura di consultazione pubblica, sono stati rapportati al modello statunitense di *notice and comment*.

La consultazione si determina attraverso la presentazione a monte da parte degli interessati, di memorie, sia orali che scritte, contenenti le risposte ai quesiti talora problematici posti dall'Autorità. Al fine di rispettare il principio di trasparenza, la documentazione depositata dagli operatori economici e dalle amministrazioni, partecipanti all'audizione, è consultabile *on line* sul sito istituzionale dell'Autorità indipendente. Prima di adottare l'atto di *soft law*, l'Autorità dà atto della procedura di consultazione e dell'audizione svolta nelle premesse dell'atto, anche se poi non è obbligata a motivare il non accoglimento delle memorie presentate. Ciò comporta l'oggettiva difficoltà di constatare la percentuale di recepimento delle osservazioni ricevute, e di conoscere il ragionamento che ha ispirato l'Autorità.

Tuttavia, soprattutto per quelle determinazioni che sono indirizzate a più operatori del settore e che presentano un contenuto concreto e dettagliato, in cui sono immessi precetti e indicazioni, appare difficile negare loro un valore normativo, soprattutto quando esse forniscono anche un'uniforme interpretazione di disposizioni di legge.

Contenuto normativo assumono, senza ombra di dubbio, quegli atti di *moral suasion* che prendono la denominazione di orientamenti interpretativi, i quali, pur essendo connessi a questioni particolari, acquistano con la pubblicazione, che si effettua in forma autonoma, una capacità persuasiva che produce i propri effetti ben al di là del caso singolo. È il caso degli orientamenti interpretativi deliberati il 15.7.2008 dal Covip in merito all'art. 14, terzo comma, del d.lgs. n. 352/2005 – riscatto della posizione in caso di decesso dell'iscritto – che hanno assicurato, attraverso un unico do-

¹¹ TAR Lazio, Roma, sez. III, 1.4.2011, n. 2895.

cumento interpretativo, una maggiore uniformità alla disciplina della concessione delle anticipazioni¹². Di notevole interesse, poi, sono anche quegli orientamenti del 9.3.2011, attraverso cui la Commissione ha provveduto a fare luce riguardo alla decorrenza delle prestazioni di previdenza complementare, ai sensi dell'art. 11, secondo comma, del d.lgs. n. 252/2005.

Non di rado succede che il contenuto di questi atti di *soft law* venga inserito in un precedente regolamento, integrandolo o modificandolo. Si pensi a quegli orientamenti ufficiali della Consob in merito ai quesiti posti dagli operatori del mercato. Un esempio lampante è stata la comunicazione n. DIN/9003258 del 14.1.2009, avente ad oggetto misure di “livello 3” riguardanti il tema della ricerca in materia di investimenti nel rapporto tra gestore e negoziatore. In questo documento, infatti, sono state fornite le prime indicazioni interpretative di “livello 3” attinenti al Regolamento Consob n. 16190/07, con riferimento alle condizioni di ricevibilità della ricerca in materia di investimenti che i negozianti riconoscono ai gestori (individuali o collettivi) quale specifica prestazione non monetaria¹³.

Il peso del potere di *moral suasion* è ancora più lampante quando viene utilizzato su professionisti e operatori del mercato con prassi atipiche e non istituzionali, ritenute congegni che si conformino maggiormente a quei comparti particolarmente innovativi del mercato. Recentemente, infatti, L'Agcm ha deliberato un comunicato, peraltro con esito positivo, riguardo al c.d. *influencer marketing*, considerato l'ultima e nuova forma di potente pubblicità. L'*influencer marketing* è un'attività promozionale compiuta da importanti persone del mondo *on line* (c.d. *influencer*) capaci di influire sulle tendenze e sui gusti dei loro fans mediante i più usati *social media*, sostenendo alcuni marchi, senza però fare pubblicità, in modo palese ai consumatori.

L'Agcm così ha spedito a sette *influencer* e undici società titolari di *brand* di grande notorietà lettere nella quali li si invitava alla massima trasparenza e chiarezza qualora questi si facessero promotori di messaggi pubblicitari.

Tali informali comunicazioni dell'Autorità hanno avuto come risvolto l'immediata adesione da parte degli *influencer* e dei titolari dei marchi coinvolti, anzi quest'ultimi hanno invitato, a loro volta, i loro *testimonial*

¹² Si v. http://www.covip.it/wp-content/uploads/Orientamenti_Anticipazioni,6.pdf.

¹³ Si v. pagina www.Consob.it/main/documenti/bollettino2009/c11021864.pdf.

per il futuro ad avvertire con chiarezza i rispettivi *followers* delle finalità promozionali dei contenuti diffusi tramite i *social*.

Il caso appena riferito dimostra come l'Agcm obbliga, in sostanza, una pluralità di soggetti con atti atipici, poiché atipici e non formalizzati sono, oramai, anche i settori sottoposti a controllo.

Alla luce di tali considerazioni di carattere generale risulta chiaro che gli atti che discendono dal potere normativo di *moral suasion* delle Autorità indipendenti non si limitano solo ad eseguire il disposto legislativo o regolamentare, ma talvolta lo integrano e, in talune circostanze, lo ampliano.

Questo “anomalo” potere normativo, peraltro capace di orientare le istituzioni, i mercati, i loro operatori e i singoli privati cittadini, è stato, tuttavia, riconosciuto legittimo da certa dottrina che lo ritiene capace “*in presenza di opportune garanzie dal punto di vista procedimentale*” di “*produrre effetti apprezzabili nell'ordinamento*”¹⁴.

2. Il valore giuridico delle linee guida: il caso Anac

Nonostante le “linee guida” vengano soprattutto accostate, dopo l'entrata in vigore del Codice degli Appalti, all'Autorità Anac, esse non sono assolutamente uno strumento nuovo nell'ordinamento giuridico interno (oltre che in quello sovranazionale); il loro uso, infatti, è noto da tempo in molti organismi pubblici e nei più diversificati settori, quali quelli bancari, finanziari e sociali (si pensi alle linee guida in materia sanitaria, scolastica e, ultimamente, universitaria).

A differenza della c.d. concezione classica, secondo cui le linee guida rappresenterebbero una manifestazione propria del potere di direttiva – come, peraltro, si evince anche dalla rilevanza del significato del termine utilizzato per il loro nome¹⁵ – esse sono formulate mediante la tecnica delle “raccomandazioni” o dei “consigli” o delle “esortazioni” più o meno vincolanti in cui viene fornita una serie di criteri o istruzioni operative volte a monitorare nella fase attuativa i precetti normativi, a coordinare e

¹⁴ A. PIROZZOLLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 24.

¹⁵ M. CHIARELLI, *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida Anac*, in *Federalismi.it*, n. 3/2019, 4.

promuovere politiche nazionali e locali, a garantire la corretta diffusione di determinate informazioni pubblicate. Talora esse si caratterizzano per contenuti che, pur estremamente variegati, hanno perfino valore imperativo. Si pensi a quelle linee guida che racchiudono regole tecniche e d'indirizzo per l'adozione del Codice dell'amministrazione digitale¹⁶ e che il Consiglio di Stato ha valutato quali atti di regolazione di natura tecnica aventi efficacia vincolante *erga omnes*¹⁷.

Il fatto che, però, esse siano continuamente utilizzate da Agenzie internazionali, Autorità europee, e poi da Ministeri, Regioni ed enti locali, nonché dalla maggior parte delle Autorità indipendenti, organismi profondamente diversi tra loro per qualificazione giuridica e funzioni, ha contribuito a favorire l'inappropriatezza del richiamo al termine, divenuto alquanto incerto e dal significato estremamente eterogeneo. Esse, del resto, non disponendo di un proprio aspetto giuridico, sono dotate di natura, contenuti ed effetti multiformi, che inducono l'interprete "*a rifuggire da ogni tentativo di generalizzazione e a procedere, pertanto, ai fini del loro inquadramento e della valutazione circa la compatibilità con i principi che informano il sistema amministrativistico, a una disamina caso per caso*"¹⁸.

Tale inappropriatezza si è maggiormente manifestata con le linee guida adottate dall'Anac, per le quali si riscontrano peculiari caratteristiche che inducono a ricondurre alla categoria degli atti di *soft law* in senso stretto¹⁹ solo quelle particolari *species* di siffatta regolazione, suscitando, tuttavia, seri problemi interpretativi la cui risoluzione è affidata al giudizio dell'interprete nelle specifiche fattispecie concrete.

È noto che l'Autorità nazionale anticorruzione è nata, come Autorità

¹⁶ Si cfr. art. 71, d.lgs. n. 82/2005, modificato recentemente dal d.lgs. n. 217/2017, secondo cui, "(l)'AgID, *previa consultazione pubblica da svolgersi entro il termine di trenta giorni, sentiti le amministrazioni competenti e il Garante per la protezione dei dati personali nelle materie di competenza, nonché acquisito il parere della Conferenza unificata, adotta linee guida contenenti le regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del presente Codice (...)*".

¹⁷ Cons. Stato, comm. spec., 10 ottobre, 2017, n. 2122.

¹⁸ Così, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici di legalità della legalità*, cit., 250.

¹⁹ Cfr. M.C. D'ARIENZO, *I poteri d'intervento dell'Anac nella fase precontenziosa: criticità e prospettive alla luce della recente revisione dell'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 2/2018, 555, nota 26.

di regolazione, con il compito di contrastare il dilagante fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche²⁰. Ad essa sono state attribuite non solo le funzioni della precedente Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (Civit), ma anche quelle che facevano capo alla soppressa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori pubblici, di servizi e forniture (Avct)²¹ prevista dal vecchio codice dei Contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006).

La concentrazione di ampi poteri di vigilanza, di ispezione e di sanzione, che in precedenza erano ripartiti tra le Autorità di cui sopra, ha conferito all'Autorità nazionale anticorruzione un ruolo centrale nella prevenzione della corruzione, mediante un'azione capace di penetrare in ogni settore dell'ordinamento e potenzialmente rivolta a tutti i soggetti, pubblici o privati²². Tale concentrazione in Anac di numerose funzioni è, tuttavia, controbilanciata da strumenti di partecipazione che le garantiscono una "legittimazione dal basso" alternativa a quella espressa dalle tradizionali formule di "democrazia rappresentativa"²³.

Ciò si verifica per quelle funzioni di vigilanza e sanzionatorie in materia di trasparenza, contratti pubblici e anticorruzione, che sono svolte in ossequio ai principi della legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990) e quindi della leale collaborazione, del contraddittorio e della partecipazione²⁴.

Da parte sua, il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016, modificato dal d.lgs. correttivo n. 56/2017) ha attribuito importanti quanto delicate funzioni normative e regolatorie. Specificamente, l'art. 213, primo comma, recita che "*La vigilanza e il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi [contratti pubblici] sono attribuiti, nei limiti di quanto stabilito dal presente codice, all'Autorità nazionale anti-*

²⁰ F. FRACCHIA, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Dir. econ.*, n. 3/2015, 483 ss.

²¹ Art. 19, d.l. 24.6.2014, n. 90. In dottrina, cfr. M.A. SANDULLI, *Natura ed effetti dei pareri dell'AVCP*, in *federalismi.it*, 2013.

²² C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, 168 ss.

²³ M. CLARICH, *I procedimenti e le forme di collaborazione tra autorità di vigilanza*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 2/2007, 313.

²⁴ Si rinvia a M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, n. 15/2016.

corruzione (Anac) (...)”, che li esplica, come afferma il secondo comma del suddetto articolo, mediante “*linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati (...)*”. Si attribuisce, in sostanza, all’Autorità anticorruzione, nonostante i suoi delicati compiti, un’attività di regolazione che si concreta attraverso atti prevalentemente di natura “flessibile”, la cui efficacia risulta talvolta vincolante soprattutto nei riguardi delle condotte degli operatori cui si indirizza. Del resto, sembra opportuno ricordare che lo stesso Presidente dell’Anac, nell’ambito della discussione sul d.d.l. n. 1678/2014, si dichiarò favorevole all’attuazione di una normativa “snella ed essenziale”, in vista di una maggiore flessibilità e adeguatezza delle scelte delle stazioni appaltanti, che superasse la disciplina “particolarmente dettagliata” del Codice del 2006 e del regolamento di attuazione del 2010. Cionondimeno, al fine di arginare il rischio che possano così ingenerarsi fenomeni di pericolosa discredibilità nell’utilizzo delle risorse pubbliche e di sostanziale illegalità.

Ma il caso delle linee guida Anac e la loro (complessa) qualificazione giuridica suscitano, sin dall’inizio, particolari perplessità, in quanto, essendo stata riservata ad esse la disciplina di importanti settori del quadro normativo delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, pare attribuirsi non solo funzioni integrative del disposto legislativo, bensì anche importanti funzioni indicative al fine di assicurare l’efficienza e la qualità dell’attività delle stazioni appaltanti²⁵.

Dunque, indagare sulla capacità normativa delle linee guida significa non solo identificare il modello di fonte cui esse devono essere ascritte²⁶, ma anche esaminarne il contenuto, atteso che quest’ultimo ha ad oggetto materie centrali che in precedenza erano disciplinate dalla legge o dal regolamento di attuazione²⁷.

²⁵ Si cfr. S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell’Autorità nazionale anticorruzione*, in *Riv. regolaz. mercati*, n. 1/2016.

²⁶ S. VALAGUZZA, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di Anac*, in *Riv. regolaz. mercati*, n. 1/2017, 91 ss.; G. PIZZANELLI, *Il ruolo dell’Anac nel nuovo codice dei contratti pubblici: verso la compiutezza di un modello?*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, 110 ss.; L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. regolaz. mercati*, fasc. 2, 2016, 72 ss.; P. MANTINI, *Autorità nazionale anticorruzione e “soft law” nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, 2017.

²⁷ Pare opportuno rilevare che le linee guida dell’Anac in materia di contratti pubblici

3. Natura, tipologie e portata applicativa delle linee guida Anac

La questione è particolarmente rilevante in quanto il Codice dei contratti pubblici, pur ispirato dalla necessità di introdurre formule di attuazione più dinamiche ed informali rispetto a quella prevista per l'adozione del regolamento governativo, contempla varie tipologie di atti e linee guida che si differenziano sia quanto ai contenuti, sia quanto all'Autorità emanante, sia quanto ai criteri formali previsti per la loro attuazione²⁸.

Tale eterogeneità di tipologia di atti attuativi del Codice dei contratti pubblici²⁹ è stata parzialmente temperata dal Supremo Giudice degli interessi³⁰, il quale, attraverso un'interessante operazione ermeneutica, ha prefigurato le seguenti categorie:

- a) gli atti e le linee guida approvate da decreto ministeriale, su proposta dell'Anac;
- b) le linee guida adottate dall'Anac, fornite di carattere vincolante;
- c) le linee guida sempre adottate dall'Autorità nazionale anticorruzione, ma prive di carattere vincolante.

Per quanto riguarda gli atti e le linee guida adottate con decreto ministeriale delle infrastrutture e trasporti, su proposta di Anac, nessun dubbio interpretativo si rileva circa la loro qualificazione giuridica inquadrabile come atti regolamentari a tutti gli effetti, ai sensi dell'art. 17, terzo com-

si caratterizzano per alcune peculiarità riguardo alle altre linee guida previste dall'ordinamento giuridico. Esse, infatti, sono richiamate espressamente dalla l. delega n. 11/2016, nonché dal d.lgs. n. 50/2016, nelle sue svariate disposizioni.

²⁸ Secondo E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, n. 4/2016, 503: "colpiscono la natura vincolante della raccomandazione (non è quasi un ossimoro?) e la sua somiglianza a un vero e proprio ordine (il che, a sua volta, stride con la logica dell'autotutela). Peraltro, in caso di inosservanza della raccomandazione, è prevista l'irrogazione di una sanzione pecuniaria (oltre agli effetti reputazionali). In altri termini, questo potere di impulso dell'Anac funziona più come un (ulteriore) 'bastone' che come un 'pungolo'".

²⁹ C'è da dire che la classificazione proposta dal Consiglio di Stato non rappresenta assolutamente la realtà dei fatti atteso che i provvedimenti attuativi del codice (e le procedure previste per la loro adozione) sono molti più numerosi., come facilmente si desume dalla lettura del decreto correttivo d.lgs. 19.4.2017, n. 56.

³⁰ Cons. Stato, par. n. 855/2016.

ma, della l. n. 400/1988³¹, sebbene le conseguenze in termini di rispetto delle garanzie procedurali e la diversa procedura di regolazione contenuta nel decreto legislativo³². D'altro canto, il termine "di carattere generale" utilizzato per le sole linee guida c.d. ministeriali pare confermare il disegno del legislatore di discernerele dalle altre linee guida e di farle confluire nell'ambito degli atti normativi sia da un punto di vista formale che sostanziale.

La loro pacifica natura normativa è confermata anche dallo stesso Consiglio di Stato che ha stabilito la loro efficacia innovativa nell'ordinamento³³.

Da tali affermazioni si desume che la natura regolamentare degli atti in parola è ricavabile dai caratteri di astrattezza e generalità e che questi, assumendo nel sistema delle fonti un rango secondario, sono disapplicabili dal giudice amministrativo entro i termini previsti.

Qualche problema di ordine ermeneutico sembrano sollevare le linee guida riferibili all'Anac non vincolanti, in quanto l'art. 213, secondo comma, del Codice dei contratti, prevedendo avverso tali linee guida il ricorso innanzi al giudice amministrativo per lesioni degli interessi dei privati, sembra, in sostanza, riconoscere agli atti di talune di esse la facoltà di produrre effetti giuridici vincolanti, nonostante siano riposti sull'obbligo motivazionale che proviene dalla speciale Autorità che ha deliberato l'atto³⁴.

Il fatto che, però, da linee guida non vincolanti sia possibile rilevare tracce di obblighi giuridici non deve indurre ad ipotizzare per talune di esse un carattere sostanzialmente normativo; la vincolatività di per sé non è elemento risolutivo ai fini della collocazione di un atto nella gerarchia delle fonti, laddove un atto è qualificato normativo qualora i suoi effetti creino, modifichino e abrogano regole generali e astratte di uno specifico sistema ordinamentale.

Si è dell'avviso che a ragionare diversamente si provocherebbe una vio-

³¹ In senso diverso, si v. G.A. GIUFFRÈ, *Le nuove dimensioni del regolamento. Il caso delle linee guida Anac*, in *Federalismi.it*, n. 2/2017, 7, il quale sottolinea una "evidente anomalia della soggezione all'approvazione ministeriale di un atto elaborato da un'Autorità che dovrebbe essere indipendente dal potere esecutivo".

³² Sul punto, si v. C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, cit., 7.

³³ Cons. Stato, *Ibidem*.

³⁴ Si cfr. anche TAR Lazio, sent. n. 241/2017.

lazione del principio di legalità in senso sostanziale, che nemmeno il potenziamento di procedimenti di formazione delle linee guide di natura partecipata potrebbe sanare³⁵. La regolazione per obiettivi, come lo stesso Codice dei contratti pubblici fa generalmente intendere, non può avere natura regolamentare, e quindi gli atti da essa prodotti vanno ricondotti nell'alveo degli atti di regolazione.

Il Consiglio di Stato, dal canto suo, ne afferma la natura di atti amministrativi a contenuto generale, riconducendoli alle circolari (si pensi alla natura meramente di indirizzo e coordinamento, peraltro conclamata dal Codice, come i bandi-tipo, i quali possono essere derogati previa espressa motivazione), seppur attraverso un percorso ermeneutico non del tutto lineare, che si è contraddistinto nel pronunciare differenti pareri sul d.lgs. n. 50/2016 e sulle linee guida.

Infatti, mentre nel parere n. 855 del 2016, alla luce anche di quanto dispone la l. delega n. 11/2016 che li *“riconduce agli ‘atti di indirizzo’ (lett. t) e li qualifica come strumenti di ‘regolamentazione flessibile’”*, valuta di dover procedere alla qualificazione normativa di questi atti quanto meno *“per evitare inutili, anzi onerose e defatiganti incertezze applicative, in assenza di una definizione della sua disciplina sostanziale e procedimentale”* (punto II.g).3.) e ritiene che le linee guida *“a carattere ‘non vincolante’ appaiono pacificamente inquadrabili come meri atti amministrativi”* (punto II.g) 5.), nel parere n. 1767 del 2016, relativamente alle linee guida nn. 1, 2 e 3, il Supremo Giudice degli interessi muta parzialmente orientamento interpretativo statuendo che l’Autorità abbia giustamente deciso di affidare la disciplina di dettaglio, piuttosto che a regolamenti, ad *“atti di regolamentazione flessibile, anche non dotati di efficacia vincolante”*, così come si evince dall’art. 213, secondo comma, d.lgs. n. 50/2016³⁶.

Nel medesimo solco interpretativo si colloca il successivo parere n.

³⁵ S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolati dalle Autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, 2007, 377 ss.; M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, cit., 164.

³⁶ In riferimento alle linee guida non dotate di forza vincolante afferma espressamente poi che deve essere scongiurato *“l’ulteriore e più rilevante rischio, insito nel nuovo strumento, [...] di trascendere rispetto alla funzione tipica di soft law, attraverso l’irrigidimento delle regole”* (punto B. 4.2.). Si cfr. anche TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 20.11.2017, n. 2704, che ha assimilato le linee guida n. 6 dell’Anac (non vincolanti) *“(…) ad una (mera) circolare interpretativa”*.

2284 dello stesso anno nel quale il Consiglio di Stato, nell'evidenziare la possibilità che le linee guida possano avere natura anche di *soft law*, dichiara appositamente che anche per quest'ultima categoria è fondamentale che il procedimento di formazione consti anche dell'AIR e della VIR, “*rivelandosi esse indispensabili per il corretto esercizio della funzione regolatoria anche quando questa si esprima in atti di soft law*” (paragrafo 5.2)³⁷. In seguito, nel parere n. 1257 del 29.5.2017, pronunciandosi su determinate linee guida recanti “Aggiornamento delle Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici”, ha dichiarato che l'amministrazione può anche non osservare tali linee guida a patto che si motivino le ragioni. Il Supremo Giudice degli interessi, infatti, ha identificato le linee guida in argomento riconducendole alla categoria delle linee guida non vincolanti, attraverso cui l'Autorità anticorruzione conferisce ai soggetti interessati direttive circa il come adempiere correttamente agli obblighi previsti dalla normativa. I destinatari³⁸ possono divergere dalle linee guida attraverso atti che prevedono una congrua e specifica motivazione, anche a fini di trasparenza, capace di dar conto delle ragioni della diversa scelta amministrativa³⁹.

Si sottolinea con coerenza che la forza delle linee guida non vincolanti sia in sostanza tipica del *soft law*⁴⁰, capace di affermarsi solo in senso persuasivo e/o interpretativo, ma flessibile da un punto di vista formale davan-

³⁷ Si cfr. Cons. Stato, comm. spec., parere 3.11.2011, n. 2286 relativo alle linee guida n. 6.

³⁸ In primo luogo, presso ciascuna società o ente privato controllato, partecipato o vigilato da p.a., il responsabile della prevenzione della corruzione e per la trasparenza, di cui agli artt. 1, settimo comma, della l. n. 190/2012, e 43 del d.lgs. n. 33/2013, ed i funzionari incaricati dei diversi adempimenti; nonché, i funzionari incaricati del controllo e della vigilanza presso le p.a. di riferimento.

³⁹ Recentemente, il Cons. Stato, comm. spec. 12.2.2018, n. 361, ha affermato che le Stazioni appaltanti possono divergere dalle indicazioni dell'Anac, operando scelte diverse da quelle indicate dalle linee guida, a condizione che venga però fornita una puntuale e adeguata motivazione che specifichi le ragioni della diversa scelta amministrativa.

⁴⁰ Contra, G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, fasc. 3, 2016, 305; G. PIZZANELLI, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo codice dei contratti pubblici: verso la compiutezza di un modello?*, cit., 144; P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici di legalità della legalità*, cit., 278.

ti agli effetti normativi sprigionati dalle fonti positive di *hard law*, (a differenza di quanto capita, invece, per le linee guida vincolanti, la cui obbligatorietà è stata riconosciuta non solo dalla giurisprudenza amministrativa).

Al di fuori di questa circostanza sembra che il Supremo Giudice consideri l'inosservanza delle linee guida non vincolanti in sede giurisdizionale quale fattore sintomatico dell'eccesso di potere, sull'esempio dello svolgimento che si è tenuto in relazione alla violazione delle circolari o direttive amministrative, dal momento che attribuisce a tali atti un valore precettivo (interno) nei riguardi degli uffici chiamati a renderne attuazione mediante il principio del "*comply or explain*".

Ciò è stato confermato anche dal TAR in ordine alla delibera Anac n. 241 del 8.3.2017, avente ad oggetto "Linee guida recanti indicazioni sull'attuazione dell'art. 14, del d.lgs. n. 33/2013 'Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali come modificato dall'art. 13 del d.lgs. n. 97/2016'". Per l'Autorità in questione "*per gli ordini professionali, sia nazionali che territoriali ... sussiste l'obbligo di pubblicare i dati di cui all'art. 14, relativamente agli incarichi o cariche di amministrazione, di direzione o di governo comunque denominati*". Contro tale atto diversi consigli nazionali hanno esperito istanza di ricorso per l'annullamento parziale, previa sospensione, del provvedimento. Con la sent. 14.2.2018, n. 1736 il Giudice di prime cure ha sancito l'inammissibilità del ricorso avverso le linee guida, alla luce proprio del suindicato parere della Commissione speciale n. 1257 del 29.5.2017.

Questo percorso ondivago del Giudice di Palazzo Spada dimostra ampiamente, in un'ottica di carattere generale, quanto sia materia estremamente scivolosa il concetto stesso di regolazione, la cui ampiezza è rappresentata da una molteplicità di atti posti in essere dalle Autorità indipendenti per i quali, nonostante la dottrina e la giurisprudenza trovino un *nomen iuris*, non si riesce a risolvere il dibattuto tema se un certo atto sia un atto normativo o un atto amministrativo generale, con tutte le conseguenze giuridiche che tale distinzione comporta, sul piano dell'impugnabilità, del procedimento di formazione, della collocazione nel sistema delle fonti e soprattutto sul piano degli effetti prodotti nei confronti dei terzi⁴¹.

⁴¹ Si pensi al caso dei comunicati del Presidente dell'Anac, i quali, nonostante la loro funzione di supporto e di collaborazione delle Stazioni appaltanti, sembrano non avere

Alla luce di tali considerazioni, comunque, si è dell'idea che questi atti, pur riconoscendo loro una qualche rilevanza giuridica dal punto di vista sostanziale, siano un complesso di congegni complementari usufruibili per l'interpretazione di altre disposizioni da impiegare per determinare la regola da applicare al caso concreto e ad essi va attribuita un'efficacia variabile a seconda della singola fattispecie regolata. Gli indirizzi e le istruzioni generali inclusi nelle linee guida non vincolanti possono presentare il contenuto più diverso, quale quello di fornire, di dare un sostegno rispetto all'interpretazione e all'applicazione di una determinata fonte normativa "tipica" (legislativa o regolamentare), che non possono, in ogni caso, sostituire o integrare⁴².

Va, quindi, ritenuta, a parere di chi scrive, non accettabile la tesi che riconduce siffatte linee guida nell'alveo delle fonti terziarie, adducendo il fatto che, alla medesima stregua delle circolari, esse delineano degli *"atti 'più o meno' generali e astratti (...) che costituiscono parametri 'precoattivi' di legittimità e che si pongono con una forza giuridica sovraordinata ai provvedimenti"*⁴³.

Tenuto conto dell'analisi effettuata, non sembra affatto incongruo affermare che, poiché le linee guida non vincolanti si limitano alla riproduzione di atti già dotati di una loro propria efficacia normativa, esse devono essere considerate "fonte regolatrice della fattispecie", esercitando quella efficacia persuasiva che è tipica dei precedenti.

alcun fondamento né nelle funzioni di regolazione flessibile, né in quelle riconosciute all'Anac dagli artt. 211 e 213 del codice *"per quanto a norma dell'art. 213, d.lgs. n. 50/2016 il novero dei poteri e compiti di vigilanza affidati all'Anac sia invero penetrante ed esteso (...), non può ammettersi nel vigente quadro costituzionale, in tal delicato settore, un generale vincolante potere interpretativo con effetto erga omnes affidato ad organo monocratico di Autorità amministrativa indipendente, i cui comunicati ermeneutici – per quanto autorevoli – possono essere senz'altro disattesi"*.

⁴² In tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 25.3.2015, n. 1584, il quale ha affermato, in ordine ai criteri di valutazione delle riviste scientifiche, che *"la soft law può riguardare gli spazi di controllo della regola legale ma non può porsi in modo esuberante come diretta fonte del diritto"*.

⁴³ Conforme, M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 711.

4. Le linee guida vincolanti: inconciliabilità tra *nomen* ed effettività normativa?

Ben più complesso è il *nomen iuris* delle linee guida vincolanti adottate dall'Anac cui non fa seguito un'approvazione con decreto del Ministro per le infrastrutture e i trasporti. Parte della dottrina ha sin da subito rilevato la peculiare incompatibilità fra il *nomen*, che conduce a raccomandazioni o comunque ad atti di istruzione, e il reale valore cogente, non identificando in esse le essenziali condizioni di legalità⁴⁴.

È pur vero che nel campo dei contratti pubblici si è in presenza di un contesto profondamente diverso rispetto a quello dei mercati in cui Autorità indipendenti – quali, fra le altre, Consob, Agcm – si distinguono, nello svolgimento dei propri compiti, per i caratteri fondamentali della neutralità e della tecnica, laddove, invece, le delicate funzioni di contrasto alla corruzione dell'Anac invocano un doveroso distacco dall'Amministrazione c.d. “indipendente”, “*in considerazione della loro ineluttabile carica finalistica intesa alla cura di interessi assolutamente sovrapponibili a quelli del Governo*”⁴⁵. Ne consegue, in linea generale, che sarebbe improponibile rapportare il valore delle linee guida dell'Autorità in parola ad una regolazione essenzialmente tecnica basata su concetti indeterminati che caratterizzano la c.d. discrezionalità tecnica delle Autorità amministrative, e non ad un valore normativo.

Ma la questione rimane delicata perché in questa circostanza le linee guida previste dal Codice dovrebbero contenere l'efficacia della direttiva nei riguardi delle pubbliche amministrazioni e della norma derogabile nei confronti dei soggetti privati⁴⁶, e mai norme precettive che dovrebbero rappresentare, nel caso, il supposto sistematico dei chiarimenti conferiti alle linee guida (peraltro, non va dimenticato che il Codice dei contratti pub-

⁴⁴ Tra gli altri, C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, cit., 8; S. TUCCILLO, *Le raccomandazioni vincolanti dell'Anac tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. (Riflessioni a margine del Regolamento Anac sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici)*, in *Federalismi.it*, n. 6/2017, 1 ss.

⁴⁵ D. PROFILI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida Anac tra effettività e ragionevolezza*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 4/2018, 1298.

⁴⁶ Si v. M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, cit., 70.

blici non menziona mai il termine “vincolante” per le linee guida adottate dall’Autorità anticorruzione).

L’evidente inconciliabilità tra il *nomen* e l’effettività normativa di queste ultime ha posto dinanzi al Consiglio di Stato, nel formulare il parere sullo schema di decreto legislativo, due opposte tesi, d’altra parte incompatibili: qualificare le linee guida quali atti normativi secondari ma atipici, ovvero, catalogarle quali tipici atti di regolazione adottate dalle *authorities*.

L’interpretazione (forse troppo restrittiva) data dal Supremo Giudice degli interessi è stata quella di non riconoscere a tali linee guida una natura normativa in ragione delle difficoltà nel ricondurle nel sistema legale delle fonti del diritto⁴⁷. Nelle sue linee argomentative il Consiglio di Stato assimila le linee guida agli atti di regolazione del tipo di quelli adottati dalle altre *authorities* sostenendo, con una formula alquanto forzata, che esse “*non hanno una valenza normativa ma sono atti amministrativi generali appartenenti al genus degli atti di regolazione delle autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo particolare*”⁴⁸. Ne consegue, sempre secondo il giudice di Palazzo Spada, che tali linee guida, in quanto atti amministrativi generali cui si applica lo statuto del provvedimento amministrativo, possano essere ben disattesi dall’Amministrazione qualora quest’ultima motivi con un atto opportuno e puntuale il suo comportamento⁴⁹.

⁴⁷ M.C. ROMANO, *Atti amministrativi generali*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 491 ss.

⁴⁸ Cons. Stato, parere 2.8.2016, n. 1767.

⁴⁹ Questa è la conclusione alla quale è giunta, in merito alle suddette linee guida, la Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato, la quale ha sostenuto che l’inclusione delle stesse tra i provvedimenti aventi “*una vera e propria natura normativa extra ordinem ... suscita non poche perplessità di tipo sistematico e ordinamentale, soprattutto in assenza di un fondamento chiaro per un’innovazione così diretta del nostro sistema delle fonti*”. Essa le ha qualificate “*atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto di ‘regolazione’*” in considerazione della valenza generale dei provvedimenti in questione e della natura del soggetto che li emana. Condividendo la suddetta posizione del Consiglio di Stato, va evidenziato che, recentemente, la sez. II del TAR Puglia, Lecce, con la sent. 28.3.2019, n. 519, ha sostenuto che le linee guida Anac sono solo “*prassi amministrativa*”, ed in ragione di tale assunto non possono giustificare una sanzione espulsiva dalle procedure di gara. In buona sostanza, esse non possiedono la forza normativa dei regolamenti ministeriali in quanto all’Anac non è attribuito alcun potere di normazione primaria e

È chiaro che la tesi suindicata “può essere giustificata solo a patto di inquadrarla nella soft law, riconoscendo alle linee guida natura amministrativa, altrimenti si finirebbe per derogare al principio di tipicità delle fonti normative, che presidia la hard law”⁵⁰, sottolinea il Supremo Giudice, il quale, a dire il vero, a fronte delle perplessità di qualificare le linee guida, già in precedenza aveva invitato il Governo, in sede di parere reso sullo schema del d.l. n. 60/2015, a riesaminare la loro ripartizione delle competenze con i decreti ministeriali.

Ma, nonostante la ricostruzione del Supremo Giudice amministrativo permetta indubbiamente di definire una serie di problematiche sul piano applicativo – in quanto, riaffermando la natura non vincolante di tali atti, consente di salvaguardare pure a questi provvedimenti dell’Anac tutte le garanzie procedurali previste per le altre *Authorities*, come per esempio il vincolo di sottoporre ad una preventiva fase di consultazione le delibere di regolazione, ovvero, l’esigenza di dotarsi di congegni di Analisi di impatto della regolazione (AIR) e di esame a posteriori dell’impatto regolatorio (VIR) – essa non si sottrae ad una serie di critiche da parte della dottrina.

Si è osservato, infatti, che nella ricostruzione fatta dal Consiglio di Stato la premessa maggiore sia stata data in fondo dalla natura dell’Autorità quale autorità di regolazione e non, come di solito accade, dalla natura delle regole⁵¹. Altra dottrina, invece, si è concentrata sulla “preoccupazione” del giudizio dei giudici amministrativi di assimilare le linee guida vincolanti dell’Anac alla tipologia dei regolamenti⁵².

secondaria. Il Collegio ha rilevato che le linee guida in esame non sono state approvate con decreto ministeriale o interministeriale e, dunque, non possiedono la forza normativa dei regolamenti ministeriali emanati ai sensi dell’art. 17, terzo comma, l. n. 400/1988 (con tutto ciò che ne deriva in termini di forza e valore dell’atto) e non sono assimilabili, nel caso di specie, alle fonti del diritto. Non è, dunque, ipotizzabile ricavare la sanzione espulsiva di un concorrente da una gara sulla base della violazione non di una precisa norma giuridica, ma di una prassi – che, dunque, non soddisfa il requisito della certezza dei rapporti giuridici, ben potendo mutare nel corso del tempo – dettata da una autorità amministrativa, cui, nel caso di specie, non è attribuito alcun potere di normazione primaria o secondaria.

⁵⁰ Cons. Stato, comm. spec., parere 14.9.2016, n. 1920.

⁵¹ L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giornale dir. amm.*, n. 5/2016, 605 ss.

⁵² G. MORBIDELLI, *Linee guida dell’Anac: comandi o consigli?*, cit., 306; 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.*, fasc. 2, 2017.

Tali rilievi critici hanno, comunque, in comune la confutazione della tesi che qualifica le linee dell'Anac atti amministrativi generali sulla base del ragionamento secondo cui esse non sarebbero riconducibili agli atti normativi per la difficoltà di rinvenire nella legge un fondamento generale del potere normativo dell'Anac. Di qui a recuperare i fondamenti di un potere che, legittimando l'emanazione di tali atti, non derivi dall'attività di regolazione dell'Anac stessa⁵³.

5. La vincolatività delle linee guida tra interpretazione del Codice e giurisprudenza amministrativa

Sta di fatto, a prescindere dalle pocanzi riportate puntualizzazioni, che affrontare la disamina delle linee guida vincolanti adottate dall'Anac impone, a parere di chi scrive, la pregiudiziale che le linee guida in generale non sono una categoria tassativa, come i regolamenti o gli atti amministrativi generali. Esse si presentano, infatti, con forme diverse e con diversi contenuti, e talvolta sono previste e “guidate” dalla legge, la quale costituisce in questi specifici casi il continuo parametro di riferimento.

Voglio dire, in altri termini, che qualsiasi riflessione in ordine agli effetti prodotti dagli atti vincolanti adottati dall'Anac non può non partire dalla considerazione che il problema della natura delle linee guida dovrebbe essere affrontato tenendo ben chiaro che la nozione “atti di regolazione” comprende una molteplicità di atti di diversa natura, il cui contenuto normativo non sempre è facilmente individuabile, tenuto conto che in alcuni atti regolatori è possibile rilevare sia un contenuto precettivo, sia un contenuto di mero indirizzo⁵⁴.

A questo punto si possono senz'altro tirare le fila del discorso e si può

⁵³ F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2017, 763.

⁵⁴ Ciò ha indotto autorevole dottrina a sollevare forti dubbi sulla normatività degli atti regolatori a “contenuto misto”, in quanto la determinazione dell'efficacia normativa dipenderebbe dal quantum di discrezionalità concretamente esercitata dall'Anac; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, n. 4, 2016, 443.

provare a dire che per rintracciare un “flebile” indizio di linee guida fornite di effetti vincolanti bisogna riportarsi alla l. delega n. 11/2016, art. 1, lett. t), la quale attribuisce all’Anac “*poteri di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, e fatta salva l’impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall’Anac innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa*”⁵⁵. Tale indizio scompare quasi totalmente con la versione del Codice dei contratti in vigore, il quale assegna all’Autorità anticorruzione solo una competenza generale a stabilire una regolazione di tipo flessibile (linee guida per obiettivi) e funzioni regolatorie il cui contenuto è determinato dalla legge (linee guida esecutive), escludendo a monte la possibilità che taluni atti adottati dall’Anac contengano un’efficacia vincolante rispetto alla successiva attività delle stazioni appaltanti⁵⁶.

Ne consegue che qualsiasi sforzo volto a ricercare nelle linee guida vincolanti un contenuto precettivo potrebbe avvenire solo attraverso un’attività interpretativa che chiarisca, laddove è possibile, le formulazioni generiche presenti nel Codice dei contratti pubblici⁵⁷. In altri termini, in assenza del termine “vincolante”, ad assumere un’importanza decisiva risulta il lessico, il linguaggio utilizzato da Anac, al fine di definirne la natura vincolante o meno, stante la scarsa linearità e chiarezza che generalmente caratterizzano gli atti in parola⁵⁸. Ecco che allora, per esempio, non sembrano sussistere dubbi riguardo alla vincolatività di disposizioni quali quelle dell’art. 83, secondo comma, quando si stabilisce “*Per i lavori, sono disciplinati, nel rispetto dei principi di cui al presente articolo e anche al fine di favorire l’accesso da parte delle microimprese e delle pic-*

⁵⁵ In sede di esercizio della delega è opportuno sottolineare che lo stesso Governo nell’art. 197, quarto comma, dello schema di decreto legislativo, nel settore del c.d. affidamento a contraente generale, definisce espressamente come vincolanti le linee guida aventi ad oggetto i “*requisiti di adeguata capacità economica e finanziaria, di adeguata idoneità tecnica e organizzativa, nonché di adeguato organico tecnico e dirigenziale*” essenziali ai fini della qualificazione del contraente generale.

⁵⁶ Cons. Stato, comm. spec., 21.4.2017, n. 916; In dottrina, recentemente si cfr. V. BRIGANTE, *Critical assessments on the role and on the acts adopted by ANAC. The requirement to restore system coherence*, in *Dir. ed economia*, n. 3/2019, 39 ss.

⁵⁷ In senso critico, M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, cit., 7 ss.

⁵⁸ M.A. SANDULLI, *Introduzione al Convegno annuale*, 9 e 10.10.2015, in *Annuario*, Napoli, 2016.

cole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente”, ovvero di quella dell’art. 84, secondo comma, quando si prevede i “livelli standard di qualità dei controlli che le società organismi di attestazione (SOA) devono effettuare, con particolare riferimento a quelli di natura non meramente documentale. L’attività di monitoraggio e controllo di rispondenza ai suddetti livelli standard di qualità comporta l’esercizio di poteri di diffida, ovvero, nei casi più gravi, la sospensione”. Come è facilmente intuibile, nei commi appena citati non si parla di vincolo, ma entrambi, richiamandosi ad una disciplina, indicano che le linee guida sono vincolanti.

In altri casi, il carattere vincolante delle linee guida si ricava o dalla circostanza che, nelle more della loro adozione trova ancora applicazione il corrispondente atto regolamentare (art. 38, ottavo comma) o dall’impianto logico dell’atto (artt. 84, ottavo comma e 110, quinto comma) o, ancora, il vincolo è rintracciabile in tutte quelle linee guida indirizzate a disciplinare tutta una serie di procedure e di azioni delle stazioni appaltanti o a disciplinare funzioni gestionali della stessa Anac.

Ma una reale portata del fenomeno si ha solo quando si rilevano sostanzialmente caratteri di vincolatività in linee guida, laddove da un punto di vista formale si presentano quali meri atti di indirizzo; si pensi alle linee guida che definiscono i compiti e gli specifici requisiti di professionalità del RUP (art. 31); alle regole di dettaglio per sostenere le stazioni appaltanti e garantire una migliore qualità delle procedure sotto-soglia e delle indagini di mercato, come pure la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici (art. 36); all’individuazione dei mezzi di prova da considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione dalle gare per le situazioni previste al quinto comma, lett. c), dell’art. 80 ovvero di quali carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative a tali fini (art. 80); all’individuazione dei criteri e dei tipi di atti di controllo da parte del direttore dei lavori (art. 111); alle procedure di verifica del rispetto della quota minima di affidamento con procedura di evidenza pubblica delle prestazioni oggetto delle concessioni concesse in via diretta a società *in house* (art. 177); alla disciplina delle modalità attraverso cui le amministrazioni aggiudicatrici devono procedere alla organizzazione e all’applicazione di modelli di monitoraggio per il controllo sull’azione degli operatori economici (art. 181,

che prevede altresì la necessità che venga “sentito il Ministro dell’economia e delle finanze”); alla determinazione dei requisiti di partecipazione alle procedure di aggiudicazione da parte dei contraenti generali, ulteriori riguardo a un’adeguata capacità economica e finanziaria, un’adeguata idoneità tecnica e organizzativa, e un adeguato organico tecnico e dirigenziale (art. 197, primo e quarto comma).

Tali atti appaiono capaci di influenzare il diritto positivo, poiché, nel preordinare la successiva attività *specificativa*, lo interpretano diminuendone la difficoltà interpretativa, inserendolo su più strati organizzativi e in certe circostanze smussandolo dei tratti che meno si prestano a essere legati con il resto del sistema ordinamentale. Anzi, a dire il vero sarei propenso a ritenere che le linee guida sovraindicate siano dotate di una forza interpretativa più solida, non riscontrabile nei medesimi atti normativi di interpretazione autentica, atteso che questi ultimi propongono in ogni caso un restrittivo approccio sintattico del linguaggio normativo. D’altra parte, la giurisprudenza non ha mancato di attribuire alle linee guida, “*a prescindere dal loro inquadramento dogmatico, (...) la valenza di canoni oggettivi di comportamento per gli operatori del settore, la cui violazione integra un’ipotesi di negligenza, tanto più grave, quando sono implicate esigenze di tutela dell’incolumità collettiva*”⁵⁹.

È evidente che, quindi, l’Autorità anticorruzione dispone di linee guida idonee ad incidere sulle situazioni giuridiche dei destinatari, come dimostra il loro carattere vincolante e, quindi, esse non sono riconducibili a quegli strumenti di *soft law*, volti invece ad introdurre regole non giuridiche e la cui osservanza dipende dall’adesione dei soggetti interessati⁶⁰.

D’altro canto, l’emanazione del recente d.l. n. 32/2019 (c.d. “*Sblocca cantieri*”⁶¹), che ha aggiunto il ventisettesimo comma-*octies*, all’art. 216, d.lgs. n. 50/2016, con l’entrata in vigore del “*Regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione*” e che dovrebbe far cessare l’efficacia vincolante delle linee guida Anac adottate in attuazione di disposizioni codicistiche che vi demandavano la definizione delle discipline di dettaglio, non sembra comportare, a parere dello scrivente,

⁵⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18.9.2015, n. 4358.

⁶⁰ S. MORETTINI, *Il soft law nelle autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, cit., 13.

⁶¹ Su cui ci si soffermerà nel capitolo successivo.

né una *deminutio* dell'attività regolatoria dell'Autorità anticorruzione, né semplifica uno scenario effettivamente complesso. Questo perché, da un lato, l'abrogazione riguarda le sole linee guida Anac nn. 3 e 4 (il cui contenuto non è peraltro del tutto vincolante), fondate rispettivamente sull'art. 31, quinto comma, d.lgs. n. 50/2016 e sull'art. 36, settimo comma, d.lgs. n. 50/2016, ossia una goccia nel mare rappresentato dalla vastissima attività di regolazione svolta dall'Anac (basti pensare non solo alle altre 12 linee guida finora adottate, ma anche ai comunicati, ai pareri di precontenzioso, ecc.); dall'altro, il ventisettesimo comma-*bis* sembra predisporre un sistema ancora più farraginoso di quello attuale, in quanto, accanto alle linee guida non vincolanti ed a quelle vincolanti diverse dalle nn. 3 e 4, si aggiungerebbe anche il regolamento unico di attuazione.

In altri termini, se l'idea del legislatore era quella di semplificare, concentrando in un unico provvedimento tutte le eterogenee disposizioni attuative, il risultato appare comunque al di sotto delle attese.

Una volta accertata la vincolatività delle linee guida approvate con delibera dall'Anac, risulta necessario *ex post* fare alcune riflessioni sulla tipologia di atto normativo delle medesime. Ci si domanda, infatti, se le linee guida in questione debbano o meno considerarsi quali veri e propri atti di natura regolamentare⁶².

È fin troppo noto che, affinché un atto possa essere qualificato regolamentare, non basta da sola la vincolatività dell'atto (si pensi per esempio alle raccomandazioni e ai pareri vincolanti dell'Anac *ex art.* 211, primo comma, del Codice), ma debbano sussistere le seguenti condizioni: che il fondamento normativo dell'atto sia individuabile in una disposizione di legge e che, inoltre, l'atto abbia un contenuto precettivo e si componga di previsioni astratte e generali⁶³.

Ebbene, non sembra affatto peregrino riconoscere a talune linee guida, che la l. delega considera come dotate di "efficacia vincolante", natura regolamentare, per la semplice constatazione che la facoltà concessa dalla l. n. 11/2016 si concreta nell'attribuire a tali atti la capacità di det-

⁶² È importante sottolineare che l'attribuzione di natura regolamentare alle linee guida vincolanti comporta, come è facilmente intuibile, una serie di effetti sul piano della impugnabilità, del procedimento di formazione, della collocazione nel sistema delle fonti e soprattutto sul piano degli effetti prodotti nei confronti dei terzi.

⁶³ Corte cost., sent. n. 278/2010.

tare norme vincolanti, e ciò attesa la naturale cedevolezza e dinamicità delle materie attribuite, quali per esempio quelle che determinano i compiti e i particolari requisiti di professionalità del RUP (art. 31), ovvero quelle che individuano i criteri e i tipi di atti di controllo da parte del direttore dei lavori (art. 111), che si indirizzano ad una categoria indefinita di soggetti e che sono applicabili nel tempo in modo ripetitivo, fino alla eventuale modifica o abrogazione ad opera di linee guida approvate successivamente (in effetti, in taluni casi le linee guida formulate al Codice dei contratti succederanno alle coincidenti disposizioni del d.p.r. n. 2017/2010, le quali rimarranno vigenti fino all'entrata in vigore delle linee guida).

Del resto, lo stesso Consiglio di Stato, sebbene in precedenti pareri⁶⁴ ne abbia negato più volte la natura regolamentare, in ragione del fatto che il ricorso ai soli criteri sostanziali dell'astrattezza, della generalità e della ripetibilità, resta uno strumento insufficiente ai fini della qualificazione giuridica di un atto, ha intrapreso ultimamente un diverso percorso interpretativo che riconosce alle linee guida una funzione che va ben oltre la mera applicazione della legge. Tanto è vero che con il parere reso il 2.8.2016 e relativo alle linee guida n. 1, 2 e 3, la Commissione speciale afferma che *“L'Anac, sul piano delle modalità di adozione, ha optato per una ‘esposizione discorsiva’ del contenuto attuativo delle linee guida. Questa Commissione speciale, pur condividendo tale impostazione, che risulta coerente con la natura non normativa degli atti in esame, segnala in via generale [...] la necessità che, laddove si tratti di linee guida vincolanti, l'Autorità delinei in modo chiaro e preciso il ‘precepto’ vincolante da osservare da parte dei destinatari, pubblici e privati, dello stesso”*.

Nel medesimo solco interpretativo va ricondotto il parere n. 2284 del 3.11.2016, il quale, in riferimento alle linee guida relative alle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, statuisce che *“le linee guida possono, a seconda dei casi, assumere una portata normativa vera e propria, o una portata regolatoria di soft law”*⁶⁵.

⁶⁴ Cons. Stato, parere n. 855 del 2016, cit.

⁶⁵ Recentemente il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana non si è mostrato dello stesso avviso, riconoscendo che in capo agli operatori economici, a seguito delle “integrazioni” intervenute sul Codice ad opera delle Linee Guida n. 6,

Pare, quindi, pacifico che, pur in mancanza di criteri formali, la coesistenza dei requisiti sostanziali della generalità, della astrattezza e della ripetitività sia “*un rilevantissimo criterio indicatore della potestà regolamentare*”⁶⁶; d’altro canto, il fatto che il termine regolamento non venga espressamente enunciato dalle norme attributive del potere, non è di per sé un elemento che esclude la facoltà di fissare norme giuridiche (si pensi alle ordinanze contingibili e urgenti).

Il sistema delle fonti legali nel nostro ordinamento è chiuso solo a livello di fonti costituzionali e legislative, e ciò permette di accogliere la tesi secondo la quale anche gli enti pubblici non territoriali possano esercitare una potestà regolamentare nel pieno rispetto dei criteri direttivi indicati dalla legge⁶⁷. A maggior ragione per un ente qual è l’Autorità anti-

sussisterebbe un onere indistinto di dichiarazione di eventuali risoluzioni di precedenti contratti, a differenza di quanto previsto dalle prime Linee Guida, che escludevano la comunicazione dei gravi illeciti professionali non iscritti al casellario Anac. Dispone il giudice di secondo grado siciliano che “*La versione originaria delle linee guida Anac, nel cui vigore la gara si è svolta, stabiliva che i concorrenti avevano l’onere di dichiarare solo i gravi illeciti professionali iscritti nel casellario informatico tenuto dalla stessa Anac e che il codice appalti non prevedeva alcun onere dichiarativo del concorrente ma solo l’onere della stazione appaltante di provare i gravi illeciti professionali*”. Ancora, in un punto precedente della sentenza, si legge che “*la gara era soggetta alla disciplina di cui al d.lgs. n. 50/2016 integrato dalle linee guida Anac n. 6*”.

⁶⁶ G. MORBIDELLI, *op. ult. cit.*, 7.

⁶⁷ Con riferimento particolare ai poteri normativi sussistenti in gran parte delle autorità oggetto di studio, non sembra si possa confutare il fondamento in presenza di una disposizione di legge attributiva del relativo potere; del resto, il sistema delle fonti di rango secondario è aperto e pluralistico e il potere normativo può essere svolto, per espressa volontà del legislatore ed entro i limiti delle materie di competenza statale, anche da soggetti privi di legittimazione democratica. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 94, secondo cui “*nell’ambito della normazione secondaria vige nel nostro sistema il principio della atipicità degli atti normativi, categoria aperta ad una serie di specie e di modelli stabiliti dalla legge*”. Per un deciso “allargamento” del sistema delle fonti del diritto amministrativo rispetto alla sistematica tradizionalmente conosciuta, v. M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 683 ss., il quale ravvisa nel diritto amministrativo “*il regno dell’atipicità-pluralità delle fonti*” e “*(l’)esempio che per eccellenza esprime tradizionalmente siffatta atipicità è costituito dalle fonti secondarie*”. Secondo l’A., inoltre, “*per quanto si sia cercato di ricondurre esclusivamente alle fonti democraticamente e costituzionalmente legittimate le funzioni normative, le vicende storiche hanno inequivocabilmente mostrato che un tale disegno è irrealizzabile*”. Pertanto, il tratto caratterizzante delle fonti del diritto amministrativo, “*quale che ne sia il modo di legittimazione*”, sarebbe quello di “*determinare i parametri che si collocano in una posizione gerarchicamente sovraor-*

corruzione il cui esercizio di una potestà regolamentare trova fondamento nella “ragionevole esigenza di avvalersi dell’esperienza acquisita attraverso la complessa rete di poteri di controllo, segnalazione, proposta di cui tale Autorità è innervata”⁶⁸. Per quanto riguarda, poi, la natura specifica dei regolamenti di Anac, bisogna premettere che l’ampio margine di discrezionalità riconosciuta alle Autorità amministrative in genere dalle disposizioni di legge istitutive (a tal punto che queste esercitano poteri normativi che vanno ben oltre la mera esecuzione ed integrazione di leggi) non si riscontra nelle disposizioni del Codice dei contratti pubblici. In quest’ultimo, infatti, si evidenzia una disciplina molto dettagliata che necessita solo di un’attività normativa secondaria che, nella migliore delle ipotesi, si concreta in atti regolamentari attuativi e integrativi dei rigidi principi stabiliti dal legislatore. Del resto, la qualificazione di tali atti in termini di regolamenti di esecuzione o di regolamenti di attuazione e di integrazione secondo la tipologia di cui all’art. 17, primo comma, lett. a) e primo comma, lett. b), della l. n. 400/1988, sembra essere anche la naturale conseguenza di un rapporto con una legge che generalmente si limita ad assegnare specifiche competenze solo per obiettivi. Ciò significa che il problema principale, quindi, non è tanto stabilire se le linee guida vincolanti di Anac, per la generalità ed astrattezza dei contenuti, non assurgano a veri e propri regolamenti in senso materiale anche se non ne hanno il nome (ma a tal riguardo è importante rilevare che il decreto correttivo n. 50 del 2017 “Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo”, convertito con modificazioni dalla l. 21.6.2017, n. 26, individua, in particolare all’art. 52-ter, al primo comma-*quater*, nel regolamento l’atto per specificare i casi di bandi, atti generali e provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto che violino le norme in materia di contratti pubblici e i casi di gravi violazioni presenti in

dinata agli atti individuali e concreti, ed in particolare (...) ai provvedimenti amministrativi”. In giurisprudenza, si v. Cons. Stato, sez. atti normativi, parere n. 11603/2005, secondo cui “(l) attribuzione – una volta accertato il rispetto del principio di legalità – di un potere regolamentare a soggetti diversi dal Governo trova quindi la sua giustificazione, per le specifiche discipline di settore, nel criterio di una più razionale distribuzione dei ruoli e delle competenze, criterio analogo a quello che ha presieduto alla stessa ridefinizione dei rapporti tra Parlamento e Governo operata con la legge 400/88”.

⁶⁸ Ancora G. MORBIDELLI, *op. ult. cit.*, 8.

provvedimenti delle stazioni appaltanti che determinino la necessità che la stessa Anac emetta, entro 60 giorni, un parere, motivato relativo ai vizi del contratto) quanto, piuttosto, stabilire gli effetti di questi regolamenti che sono diversi a seconda di come sono formulate le singole punteggiature delle linee guida.

Sono da considerarsi regolamenti esecutivi se esse, pur in virtù di una forza normativa, si limitino a costituire mere esplicazioni esecutive della legge; sono, invece, regolamenti attuativi e, soprattutto, integrativi se esse dispongano di un margine valutativo capace di formulare soluzioni interpretative delle disposizioni della legge⁶⁹.

6. Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti di regolazione: profili generali

Ricondurre le linee guida vincolanti dell'Autorità di corruzione sostanzialmente ai regolamenti pone, altresì, la questione del tipo di controllo che su di essi esercita il giudice amministrativo.

Come è fin troppo noto, i regolamenti sono atti sostanzialmente amministrativi e sono impugnati il più delle volte unitamente agli atti amministrativi illegittimi, dei quali determinano l'adozione. Qualora, invece, essi cagionino una diretta lesione di posizioni giuridiche di privati, potranno essere da questi impugnati dinanzi al giudice degli interessi, entro i termini decadenziali. In ogni modo, il giudice, rilevata l'illegittimità del regolamento, dovrà disporre l'annullamento (*mutatis mutandis*) con effetti *erga omnes*.

Detto ciò, non possiamo non sottolineare che la differenza che si rileva, da un punto di vista strettamente normativo, tra le linee guida Anac e gli atti di regolazione tipici delle *Authorities*⁷⁰ incide profonda-

⁶⁹ G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 286; N. LONGO-BARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, cit., 159.

⁷⁰ Gli atti delle Autorità amministrative indipendenti trovano sovente il loro primo fondamento nel diritto e nella giurisprudenza dell'U.E., i quali, dovendo trattare in modo simile situazioni giuridiche che potrebbero accertarsi molto diverse da Stato a Stato, spes-

mente sul *proprium* dell'esercizio dell'attività giurisdizionale. In effetti, su questi ultimi, atti ad alto tasso tecnico, si è concentrato un intenso dibattito dottrinale circa i limiti del sindacato giurisdizionale nei loro confronti⁷¹; dibattito che ha visto primeggiare, in un primo tempo, una posizione ermeneutica che rapportava i giudizi posti alla base di tali atti esclusivamente nel perimetro della discrezionalità tecnica. Ne è conseguito che l'esame sugli strumenti e sulle modalità del sindacato giurisdizionale esercitabile dal Giudice amministrativo su tali provvedimenti non poteva che coinvolgere il tema della sindacabilità della discrezionalità tecnica e del conseguente (e delicato) rapporto tra legittimità e merito amministrativo⁷².

Ed infatti, il tasso di tecnicità che pervade, a titolo vario, la regolamentazione delle Autorità amministrative indipendenti ha implicato che la giurisdizione sui loro atti si esprimesse attraverso i profili di un sindacato di tipo "debole", in quanto non si sovrapponeva alle decisioni tecniche degli organismi in parola⁷³. Il sindacato di tipo debole, come è noto, prescinde

so si trovano a adoperare "concetti giuridici indeterminati, collegati ad analisi tecnico-economiche di carattere non giuridico".

⁷¹ A. POLICE., *I "nuovi" poteri dell'Autorità garante della concorrenza e le prospettive in termine di tutela giurisdizionale*, Milano, 2007; F.G. COCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, 257.

⁷² Sulla latitudine del sindacato giurisdizionale della legittimità degli atti nei quali si estrinsecano le funzioni pubbliche, non solo amministrative ma anche normative, si rinvia a: F. LEDDA, *Poteri, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 373; A. TRAVI, *Giurisdizione ed amministrazione*, in AA.VV., *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della Pubblica Amministrazione*, in F. MANGANO-A. ROMANO TASSONE-F. SAITTA, (a cura di), *Atti del Convegno di Copanello*, Milano, 2013.

⁷³ Sul tema specifico, la letteratura è pressoché sterminata; per l'importanza tuttavia che presenta nell'economia del presente studio si ritiene opportunamente di richiamare A. PAJNO, *Il giudice delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2004, 617 ss.; R. CHIEPPA, *Regolazione e sindacato giurisdizionale*, in C. CONTESSA-P. DEL VECCHIO (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra Autorità indipendenti e organismi europei*, Milano, 2012; A. PRETO-B. CAROTTI, *Il sindacato giurisdizionale sulle Autorità indipendenti: il caso di Agcom*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 123 ss.; C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del Giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'Anac*, in *Federalismi.it*, 2017; F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del Giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017; L. CARBONE, *Le autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per un approfondimento generale sul tema del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica, *ex plu-*

dall'eventualità di un potere sostitutivo del giudice nei riguardi dell'Autorità, non permettendo, quindi, al primo di compiere una valutazione tecnica sostitutiva di quella dell'Autorità. Pertanto, le condizioni tecniche, acquisite possibilmente per mezzo di un consulente, sono adottate esclusivamente al fine di effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica del provvedimento amministrativo⁷⁴.

Ciò premesso, in precedenza la giurisprudenza amministrativa ha contemplato l'eventualità di un sindacato veramente debole sugli atti delle Autorità Indipendenti giacché si riteneva che *“il giudice può solo verificare la logicità, congruità, ragionevolezza e adeguatezza al provvedimento della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, l'esistenza e l'esattezza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuato dall'Autorità e ad esse riservate”*⁷⁵. Del resto, non bisogna sorvolare sul fatto che per le *Authorities* regolatorie l'interesse del giudice è stato indirizzato, almeno in un primo momento, sul procedimento, e tale comportamento è stato l'esito delle incertezze

rimis, si v. A. TRAVI, *Circa il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione*, in *Foro. it.*, fasc. 1, 2001, 9 ss.

⁷⁴ Cons. Stato, sez. VI, 6.10.2001 n. 5287, nella quale si sottolinea che la distinzione tra il carattere di opinabilità dei giudizi tecnici ed i profili dell'opportunità, non è così netta in presenza di valutazioni complesse dell'Autorità e dell'applicazione dei c.d. “concetti giuridici indeterminati” e che, in tali ipotesi, deve escludersi il sindacato giurisdizionale di tipo forte ed ammettersi solo quello debole.

⁷⁵ Cons. Stato, sez. VI, 1.10.2002, n. 5156. L'orientamento appena descritto è stato ripreso anche dalle SS.UU. della Cass. civ. nella sent. 17.3.2008, n. 7063 secondo cui *“ciò che non è consentito al Consiglio di Stato è un controllo c.d. di tipo forte sulle valutazioni tecnico opinabili, id est l'esercizio, da parte del giudice, di un potere sostitutivo, spinto fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'Amministrazione, fermo restando anche sulle valutazioni tecniche il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza”*.

In linea generale, c'è da aggiungere, che in questa periodo il giudice si limitava a esaminare se *“il provvedimento impugnato appa[r]risse logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito”*, senza giungere a *“sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'autorità, e a questa riservate”* (in tal senso, Cons. Stato., sez. VI, 14.3.2000, n. 1348; 20.3.2001, n. 1671 e 26.7.2001, n. 4118). Dunque, il giudice si limitava a verificare se la scelta tecnica non fosse *“manifestamente irrazionale o incongrua”* (cfr. TAR Lombardia, sez. II, 8.2.2002, n. 469). Si cfr., A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e Le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2004, 439 ss.

in riferimento alla legittimità dell'affidamento di facoltà normative a soggetti non politici.

Una giurisprudenza amministrativa, quindi, che catalogava il contenuto di tali atti come *“il frutto di valutazioni tecniche e opinabili, che molto spesso sono state assimilate ai casi di discrezionalità tecnica ed a vario titolo accostate al merito amministrativo insindacabile”*⁷⁶.

La dottrina del “sindacato debole” è stata superata dai più recenti orientamenti giurisprudenziali, che tendono a dare maggiore preponderanza alla peculiarità della fattispecie⁷⁷, piuttosto che allo schematismo fatto proprio dalla precedente dottrina⁷⁸ e ad esercitare un congruo controllo di proporzionalità e ragionevolezza su tali valutazioni tecniche, di tipo estrinseco⁷⁹.

E così il Supremo Giudice degli interessi ha compiuto un primo passo in avanti, rispetto all'orientamento appena delineato, già con la decisione n. 926 del 2.3.2004, nella quale ha ritenuto che ciò che risalta non è tanto la definizione di controllo forte o debole, ma *“l'esercizio di un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con le specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un*

⁷⁶ F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di Anac, Relazione tenuta al convegno L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma “Madia”*, tenutosi a Lecce 28 e 29.10.2016, in <http://italiappalti.it/>.

⁷⁷ È importante sottolineare che il sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti si è sviluppato con il mutarsi delle competenze attribuite alle stesse Autorità, cui il legislatore ha assegnato compiti gradualmente nuovi e diversi e che è difficile ricondurre alla tradizionale tripartizione dei poteri di regolazione, di vigilanza e sanzionatori.

⁷⁸ Così, D. PROFILI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida Anac tra effettività e ragionevolezza*, cit., 1306.

⁷⁹ In termini, Cons. Stato, sez. IV, 4.4.2006, n. 1937 nonché TAR Lazio, Roma, sez. I, 13.3.2006, n. 189 secondo cui i *“provvedimenti adottati nell'esercizio del potere istituzionale delle Autorità Indipendenti sono sindacabili nei limiti della sussistenza di vizi afferenti l'iter decisionale seguito e della verifica del corretto esercizio del potere attribuito dalla legge all'amministrazione; peraltro, nel caso in cui sia accertata la legittimità dell'operato dell'Autorità, sulla base della corretta utilizzazione delle regole tecniche sottostanti il sindacato giurisdizionale non può spingersi oltre fino al punto di sostituire la valutazione effettuata dall'amministrazione con una diversa autonoma scelta, perché in tal caso vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'autorità, la quale soltanto è titolare del potere”*.

*potere in materia antitrust, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere, a tal fine attribuito all’Autorità antitrust, sia stato correttamente esercitato”*⁸⁰.

In questo modo, il Consiglio di Stato ha tentato di andare oltre la distinzione meramente nominalistica fra tutela debole e tutela forte, che in precedenza è stata fonte di molteplici incertezze, ed ha sottolineato che l’unico limite in cui il Giudice amministrativo s’imbatte nel suo sindacato sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti è dato dall’inammissibilità di un controllo sostitutivo rispetto al potere esercitato dall’Autorità⁸¹, tranne il sindacato sostitutivo e di merito sulle sanzioni pecuniarie⁸².

Secondo il Supremo Giudice, in riferimento ai provvedimenti tecnici delle Autorità in argomento *“pur non potendo il giudice sostituirsi all’Amministrazione in ciò che è ad essa riservato, in ordine al merito della funzione amministrativa, il sindacato giurisdizionale non può limitarsi ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale (secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell’istruttoria) ma deve estendersi, invece, dall’esatta rappresentazione dei fatti all’attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della correttezza dei criteri ap-*

⁸⁰ In termini, Cons. Stato, sez. IV, 4.4.2006, n. 1937, nonché TAR Lazio, Roma, sez. I, 13.3.2006, n. 189 secondo cui i *“provvedimenti adottati nell’esercizio del potere istituzionale delle Autorità Indipendenti sono sindacabili nei limiti della sussistenza di vizi afferenti l’iter decisionale seguito e della verifica del corretto esercizio del potere attribuito dalla legge all’amministrazione; peraltro, nel caso in cui sia accertata la legittimità dell’operato dell’Autorità, sulla base della corretta utilizzazione delle regole tecniche sottostanti il sindacato giurisdizionale non può spingersi oltre fino al punto di sostituire la valutazione effettuata dall’amministrazione con una diversa autonoma scelta, perché in tal caso vi sarebbe un’indebita sostituzione del giudice all’autorità, la quale soltanto è titolare del potere”*. Cfr., sul punto anche, Cons. Stato, sez. VI, 15.5.2015, n. 2479; 15.12.2014, n. 6154; 10.12.2014, n. 6041; 11.9.2014, n. 4629; 8.8.2014, n. 4228; 21.5.2013, n. 2722; 28.9.2012, n. 5140; 4.7.2012, n. 2901; 11.3.2012, n. 1192.

⁸¹ Cons. Stato, sez. VI, 30.6.2016, n. 2947; Id., 11.7.2016, n. 3047 e 28.2.2017, n. 927.

⁸² Anche recentemente il Consiglio di Stato ha affermato che il controllo sugli atti delle Autorità indipendenti si estende al merito solo quanto esso concerne i profili sanzionatori. In tale specifico settore, infatti, il giudice è arrivato anche a modificare l’entità della sanzione pecuniaria in sostituzione della correlativa determinazione dell’Autorità. Cons. Stato, sez. VI, 11.7.2016, n. 3047; Id., sez. VI, 12.10.2017, n. 4733; in argomento, si rinvia M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, 14 ss.; più specificamente, si v. G. SERGES, *La giurisdizione in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d’Italia tra principi elastici di delega e reviviscenza di disposizioni abrogate*, in *Giur. cost.*, 2014, 1692 ss.

plicati, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie rilevante: quanto sopra in coerenza con il principio – costituzionale e comunitario – di effettività della tutela giurisdizionale. Tale principio impone che l'esercizio della discrezionalità tecnica sia verificabile nel giudizio di legittimità, sotto i profili della coerente applicazione delle regole tecniche, rilevanti per il settore, nonché della corrispondenza degli atti emessi ai dati concreti, in modo logico e non arbitrario; sia l'apprezzamento dei fatti che i profili tecnici, sottostanti al provvedimento, sono quindi censurabili, quando risulti superato il margine oggettivo di opinabilità delle scelte”⁸³.

Un siffatto modello di sindacato, d'altra parte, è stato ritenuto compatibile con le garanzie assicurate dalla CEDU e, in particolare, con il diritto ad un equo processo di cui all'art. 6 della Convenzione EDU⁸⁴.

Ciò significa che il sindacato di legittimità che i giudici possono esercitare esclude la possibilità, per questi, di invadere lo spazio dei poteri riservati alle Autorità indipendenti⁸⁵, ma consente di verificare se il potere attuato dall'Autorità sia stato esercitato correttamente⁸⁶.

Successivamente, tale riduttiva corrente interpretativa è stata superata dalla convinzione di riconoscere un congruo controllo di proporzionalità e ragionevolezza su tali valutazioni tecniche⁸⁷. Per cui si è pervenuti alla fondamentale sentenza del Cons. Stato 17.12.2007, n. 6469 nella quale, premesso che “*con riferimento alle valutazioni tecniche, sa che quando riferito ai c.d. concetti giuridici indeterminati, la tutela, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato veramente estrinseco ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione*”, lo stesso Supremo Giu-

⁸³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12.6.2015, n. 2888.

⁸⁴ Menarini Diagnostic c. Italia, n. 43509/08, 27.9.2011.

⁸⁵ Cfr. F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo ed energia: il sindacato del Tar Lombardia sugli atti dell'Autorità per l'energia e il gas*, in *Dir. ed economia*, 2007, 631 ss.

⁸⁶ A titolo esemplificativo si prenda ad esempio il caso Enel/Infostrada nel quale il giudice annullò una delle prescrizioni imposte dall'Autorità Antitrust, ma rimise nuovamente il caso all'esame dell'autorità senza rideterminare direttamente le prescrizioni ad essa rimesse.

⁸⁷ D. PROFILI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida Anac tra effettività e ragionevolezza*, cit., 1306.

dice ha abbandonato la contrapposizione tra sindacato “forte” e “debole”⁸⁸ concentrando l’attenzione solo sulla ricerca di un modello comune a livello europeo⁸⁹. In altri termini, si è manifestata l’intenzione di predisporre un sistema di controllo proteso ad un modello comune a livello comunitario, nel quale il principio di effettività della tutela si raffronti anche con la particolarità delle controversie⁹⁰.

Le menzionate precisazioni sviluppate dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato non ammettono limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti interessati all’attività delle *Authorities*, ravvisando solo per il giudice l’impossibilità di svolgere direttamente il potere rimesso dal legislatore alle Autorità⁹¹.

L’orientamento richiamato è stato ribadito anche dal giudice amministrativo di prime cure in diverse sentenze. In particolare, nel settore delle comunicazioni elettroniche, come nel settore dell’energia e del gas, si è dichiarato che il sindacato giurisdizionale deve svolgersi “con gli occhi dell’esperto”, diretto a valutare se, da un punto di vista tecnico specialistico, la scelta dell’*Authorities* si rilevi fondata e congrua⁹².

Questa posizione, del resto, è la naturale conseguenza della variata funzione ricoperta negli ultimi decenni dal Giudice amministrativo, funzione che ha risentito dei molteplici mutamenti intervenuti nel sistema istituzionale ed economico del Paese, i quali hanno fortemente contribuito all’aumento delle tecniche di tutela messe a disposizione del Giudice, proprio

⁸⁸ Si rinvia a M.A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d’ufficio*, in *Foro amm.-Tar*, n. 12/2008, 3533 ss., secondo cui “una volta venuta meno l’equiparazione tra la discrezionalità tecnica e il merito insindacabile, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. non è più circoscritto al mero controllo formale ed estrinseco dell’iter logico seguito dall’autorità amministrativa, ma può estendersi alla verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche eseguite per valutarne la correttezza”; si cfr. L. CARBONE, *Le Autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 1/2015, 2, il quale ritiene che il sindacato del giudice amministrativo non dovrebbe essere né forte né debole ma “consapevole delle enormi conseguenze della decisione della controversia”.

⁸⁹ Cons. Stato, sez. VI, 20.2.2008, n. 597, *Jetfuel*.

⁹⁰ Cons. Stato, sez. VI, 30.9.2016, n. 4048.

⁹¹ R. CHIEPPA, *Regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *La regolazione dei mercati di settore tra Autorità indipendenti e organismi europei*, cit., 107.

⁹² *Ex multis*, TAR Lazio, sez. III, 7.11.2016, n. 11020; TAR Lombardia, sez. II, 9.1.2017, n. 7; TAR Piemonte, sez. II, 3.11.2017.

allo scopo di rispondere alla sempre più sentita necessità di tutela effettiva, proveniente dai soggetti coinvolti dall'azione delle Autorità. La conseguenza di questo stato di cose è che il Giudice degli interessi non solo può sindacare con piena cognizione i fatti oggetto di esame da parte delle Autorità, ma può ampliare il suo sindacato anche al processo valutativo, attraverso il quale l'Autorità adotta al caso concreto la regola individuata. Un orientamento il quale non solo reclama un sindacato di piena giurisdizione sugli atti delle Autorità in argomento, ma, in aggiunta, considera tale controllo quale presupposto insostituibile per riconoscere legittimità al soggetto istituzionale in quanto tale. Quanto detto propone evidentemente di offrire una diversa chiave di lettura del tipo di controllo da parte del giudice amministrativo sugli atti regolatori che sembrerebbe più inflessibile di quello normalmente impiegato su altri settori dell'attività amministrativa⁹³.

Numerose, ormai, sono le decisioni da parte dei giudici amministrativi che dimostrano l'esistenza di un sindacato che si estende ai profili tecnici; venendo agli ultimi anni, il Consiglio di Stato ha esercitato un sindacato *ab intrinseco* su molti provvedimenti adottati dall'Autorità *antitrust*⁹⁴, giungendo a decisioni che, in alcuni casi, ne hanno sancito l'invalidità in base a un vizio della logica motivazionale seguita⁹⁵, in altre circostanze, invece, (giungendo) a sentenze che ne hanno dichiarato la validità proprio in base all'*iter* argomentativo seguito⁹⁶. A tal ultimo proposito, per esempio, è da considerare molto interessante quella decisione del Giudice di Palazzo Spada⁹⁷ che ha vagliato la validità dell'*iter* logico-argomentativo

⁹³ Riguardo ai poteri dell'Autorità anticorruzione (specificamente in tema di inconfirmità e incompatibilità degli incarichi all'interno delle pubbliche amministrazioni, ai sensi del d.lgs. n. 39/2013), il Cons. Stato, sez. V, 11.1.2018, n. 126, ha statuito che "*(fosse) necessario distinguere partitamente i diversi atti impugnati in ciascuno dei giudizi poi riuniti e verificare se, per ciascuno, sussista la norma primaria attributiva ad Anac dello specifico potere esercitato con il singolo atto. La ricostruzione dei rapporti tra Anac e Responsabile per la prevenzione della corruzione all'interno delle singole pubbliche amministrazioni non può che essere condotta con questo metodo, in ragione del principio di legalità, che concerne ogni singolo atto amministrativo e non già, sinteticamente, un'intera azione pubblica*".

⁹⁴ A. POLICE, *I "nuovi" poteri dell'Autorità garante della concorrenza e le prospettive in termine di tutela giurisdizionale*, cit., *passim*.

⁹⁵ Cons. Stato, 31.8.2016, n. 3769.

⁹⁶ Cons. Stato, sez. VI, 4.11.2014, n. 5423.

⁹⁷ Cons. Stato, sez. VI, 13.6.2014, n. 3032.

seguito dall'Agcm in rapporto agli ambiti di un determinato mercato rilevante e all'accertamento dell'illecito⁹⁸.

In altro giudizio, e a conferma di come la peculiarità di alcuni modelli di Autorità amministrative sortisca degli effetti sulle forme e sui metodi del sindacato giurisdizionale esercitabili avverso i loro atti, il Supremo Giudice, in merito a delibere dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas, attraverso un'attenta verifica dell'attendibilità delle valutazioni tecniche svolte dall'Autorità rispetto alla correttezza dei criteri utilizzati e applicati, ha modificato i criteri per la determinazione delle tariffe di trasporto e dispacciamento del gas naturale. In questa circostanza, il controllo esercitato non si è limitato a quella valutazione discrezionale secondo i noti criteri di congruità e completezza dell'istruttoria, bensì si è esteso all'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della correttezza dei criteri applicati⁹⁹.

Tuttavia, ove ne rilevi la legittimità, sulla base del regolare utilizzo delle regole tecniche sottostanti, il sindacato del giudice non può andare oltre, altrimenti si realizzerebbe un indebito avvicendamento nell'esercizio del potere di cui è invece titolare, in via esclusiva, l'amministrazione¹⁰⁰.

7. Le diverse valutazioni circa il sindacato sulle linee guida Anac

Le valutazioni appena fatte non sembrano coinvolgere l'Anac; in ef-

⁹⁸ Ciò non vuol dire che si permette che sia lo stesso Giudice a delineare secondo criteri diversi il mercato medesimo, così arrivando a un risultato non soltanto diverso, ma sostanzialmente fissato dal Giudice nell'*an* e nel *quomodo* con auto-assunzione di compiti sostanziali di amministrazione attiva. In tema cfr., anche Corte di Cassazione, 20.1.2014, n. 1013, che in ordine agli atti deliberati dall'Agcm ha affermato che il sindacato di legittimità del giudice degli interessi prevede il riscontro diretto dei fatti posti alla base del fondamento dell'atto impugnato, che si estende anche ai profili tecnici. Ma, nell'ipotesi che in tali profili tecnici siano interessate valutazioni che contengano un ampio margine di opinabilità, il controllo del giudice si limita all'accertamento che il provvedimento non abbia trascorso da quei margini.

⁹⁹ Cons. Stato, sez. VI, 12.6.2015, n. 2888.

¹⁰⁰ Il delicato rapporto tra l'effettività della tutela e il corretto esercizio del potere è stato acutamente indagato da F.G. SCOCA, *Autorità amministrative Indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere e effettività della tutela*, in *Giustamm.it.*, 2012.

fetti, anche se quest'ultimo affronta questioni di natura tecnica, i giudizi che la legge richiede che vengono chiariti, appunto, nelle linee guida sono soprattutto giuridici.

Ne consegue che il controllo che esercita il giudice amministrativo sulle linee guida vincolanti non dovrebbe differire dal controllo di legittimità esercitato sugli atti normativi secondari. Anzi, a dire il vero il giudice amministrativo dovrebbe esercitare un sindacato più penetrante che si spinga oltre il mero controllo del fondamento del potere di normazione secondaria, attraverso l'esame del suo rapporto con la legge¹⁰¹; un sindacato, pertanto, che giudichi la ragionevolezza e la proporzionalità di tali atti, alla medesima stregua del sindacato effettuato dalla Corte Costituzionale in tema di leggi e, specialmente, di leggi provvedimento¹⁰². La riconducibilità di potenziali vizi di legittimità degli atti presupposti all'eccesso di potere legislativo induce, quindi, a prendere le distanze dalla teoria che rapporta le linee guida in esame al *genus* degli atti amministrativi generali. L'adesione, poi, all'impostazione dottrinale che riconduce le linee guida vincolanti alle fonti regolamentari di rango secondario favorisce l'attendibilità dell'applicazione del regime della disapplicazione, come peraltro confermato dallo stesso Consiglio di Stato¹⁰³, pur se quest'ultimo non chiarisce fino in fondo se la disapplicazione debba essere solo il rimedio tradizionale dell'annullamento dell'atto secondario e, soprattutto, se oltre la disapplicazione rilevata incidentalmente da parte del giudice sia ammissibile anche quella su istanza di parte.

¹⁰¹ Si pensi a quelle linee guida che trovano il loro fondamento in una "delega in bianco", il giudice dovrà esercitare un controllo sulla base del criterio generale di ragionevolezza e di proporzionalità, sindacato che si constaterà indispensabile proprio in quanto avente ad oggetto un atto caratterizzato da ampi margini di discrezionalità.

¹⁰² *Ex multis*, V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, *passim*; C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, III, Padova, 1973, 1582; A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e società*, n. 3/1975, 563 ss.; F. SORRENTINO, *Garanzia giurisdizionale de diritti degli interessi e leggi provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1991, 2780 ss.; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir. Aggior.*, I, Milano, 1997, 889 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, *passim*; M. LUCIANI, *Si alle leggi provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1995, 2608 ss.; mi sia consentito, F. ZAMMARTINO, *Le leggi provvedimento nelle giurisprudenze delle Corti nazionali ed europee tra formalismo interpretativo e tutela dei diritti*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017.

¹⁰³ Cons. Stato, sez. IV, 8.2.2016, n. 475.

Quanto all'impugnabilità delle linee guida non vincolanti, nel caso queste non contengano regole obbligatorie cogenti, allora gli effetti saranno solo persuasivi nei riguardi delle Amministrazioni destinatarie, le quali dovranno motivare l'eventuale disapplicazione. Invece, qualora esse ledano direttamente posizioni giuridiche soggettive, sembra plausibile, come la stessa dottrina prevalente indica, che la questione venga risolta utilizzando le modalità di impugnazione previste per le direttive e le circolari. In quest'ultima circostanza, le limitazioni che s'impongono al controllo di legittimità saranno le medesime di quelle previste per l'impugnazione delle linee guida vincolanti sorte sul fondamento di norme di delega in bianco¹⁰⁴, poiché anche in questo caso la disposizione attributiva del potere, determina solo finalità e scopi della regolazione flessibile¹⁰⁵.

D'altro canto, un pieno sindacato giurisdizionale sugli atti di Anac che si estenda ai criteri dell'equità, della proporzionalità e della congruenza della norma adottata si renda necessario anche in ragione del fatto che tali atti normativi sono prodotti da un soggetto privo di legittimazione democratica¹⁰⁶. Il caso, dunque, evidenzia con chiarezza che la struttura e la forza delle linee guida non vincolanti sia quella tipica del *soft law*, capaci di imporsi solo in senso persuasivo e/o interpretativo, ma cedevoli (almeno formalmente) davanti al "dato normativo" dettato dalle fonti positive di *hard law*, a differenza di quanto accade invece per le linee guida vincolanti, nelle quali anche giurisprudenza recente individua un'evidente forza cogente.

¹⁰⁴ C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'Anac*, cit., 22.

¹⁰⁵ Anche se si ritiene che il loro carattere non vincolante intimi un controllo meno intenso, in quanto avente ad oggetto "norme flessibili", non direttamente vincolanti e quindi con una capacità lesiva potenziale e non certamente paragonabile a quella degli atti normativi in senso stretto.

¹⁰⁶ Si vedano recentemente, tra le altre, Cons. Stato, sez. III, 5.9.2017, n. 4192; Cons. Stato, sez. III, 5.9.2017, n. 4192; Cons. Stato, sez. III, 5.9.2017, n. 4192; Cons. Stato, comm. spec., 20.8.2018, n. 2052; Cons. Stato, comm. spec., 24.12.2018, n. 2942; Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, 14.2.2019, n. 445; Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, 5.3.2019, n. 667; TAR Lazio-Roma, 25.1.2017, n. 1324; TAR Campania-Napoli, 19.10.2017, n. 4884.

Capitolo Quinto

La potestà normativa delle singole Autorità amministrative indipendenti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Commissione nazionale per le società e la Borsa (Consob). – 3. Banca d'Italia. – 4. Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm). – 5. Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom). – 6. Garante della *privacy*. – 7. Istituto vigilanza sulle assicurazioni (Ivass). – 8. L'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (Arera). – 9. Autorità di regolazione dei trasporti (Art). – 10. Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sull'esercizio del diritto di sciopero (Cgsse). – 11. Autorità nazionale anti-corruzione (Anac).

1. Premessa

Quanto fin qui detto consente di sostenere che, nel nostro ordinamento, non c'è stata, e forse non c'è ancora, uniformità di vedute in merito alle Autorità indipendenti, in particolare riguardo alla loro natura, per cui se da un lato le si vede come soggetti necessari per dare attuazione agli artt. 3, secondo comma, e 97 Cost., o alla tutela di valori costituzionalmente protetti (ad esempio dall'art. 41 Cost.), da un altro le si è considerate addirittura “incostituzionali”; da un altro ancora se ne sostiene la natura “quasi-giurisdizionale”; da un altro, infine, se ne sostiene la natura amministrativa.

Pur nella difficoltà di individuare una definizione unitaria, però, un dato è certo, e cioè che tali figure hanno contribuito a conferire una nuova immagine della nostra forma di Stato grazie alla nostra stessa Costituzione che, evidentemente, ha reso possibile la loro istituzione pur senza averle previste specificamente.

Infatti, essa ha previsto ben tre modelli di Pubblica Amministrazione,

o forse, come precisato in dottrina¹, un solo modello ma suddiviso in tre parti disomogenee che, nello specifico, sono: 1) il modello di amministrazione come “apparato servente” del governo (*ex art. 95 Cost.*); 2) il modello di amministrazione come apparato a sé, regolato direttamente dalla legge e, quindi, non subordinato ad essa (*ex artt. 97 e 98 Cost.*); 3) il modello di amministrazione autonomistica e comunitaria.

La dialettica generata dalla contemporanea vigenza dei principi della subordinazione e della separazione dell'amministrazione dal potere politico che ha consentito un elevato grado di elasticità nel nostro sistema grazie al quale hanno potuto essere istituite strutture pubbliche in posizione di relativa indipendenza dall'autorità politica e, in particolare, sottratte alla diretta dipendenza dall'indirizzo governativo.

Questa breve premessa consente di sostenere che le Autorità amministrative indipendenti rappresentano, dunque, il punto di incontro tra la manifestazione del principio di separazione tra Pubblica Amministrazione e organi politici e la manifestazione dell'inadeguatezza ed insufficienza delle tradizionali formule organizzative ad assicurare effettività al principio di separazione – distinzione tra politica ed amministrazione². Esse, grazie alle funzioni di *administrative regulation* che sono chiamate a svolgere, rendono l'amministrazione più moderna e democratica e “*non più 'braccio operativo' delle scelte compiute dalla maggioranza politica*”³.

Le Autorità amministrative indipendenti sono, dunque, dei soggetti *prima facie* privi di legami politici con il Governo ed il Parlamento; costituite da membri scelti sulla base delle loro competenze e conoscenze tecniche al solo fine di tutelare e perseguire l'interesse specifico sotteso al proprio settore di appartenenza. In ragione dell'elevato tecnicismo che la disciplina di tali settori richiede, il legislatore abdica alla propria funzione legislativa e si limita a disciplinare l'istituzione delle singole Autorità, lasciando volutamente “sguarniti” gli ambiti sui quali ciascuna di esse dovrà intervenire sulla base degli ampi poteri normativi che vengono riconosciuti a loro diversamente da quanto accade per le altre amministrazioni.

L'ampiezza di tali poteri, però, è anche maggiore di quella che sarebbe

¹ F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 209.

² *Ibidem*, 210.

³ R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, cit., 3.

necessaria al perseguimento degli specifici interessi in ragione dei quali sono state istituite; interessi che richiedono un tecnicismo tale che consente di giustificare il fatto che esse non rispondano alla politica – data la distanza da essa – e, di conseguenza, che siano anche esenti da responsabilità e controlli, aspetti, questi, che inevitabilmente le pongono su di una posizione diversa rispetto a quella delle altre amministrazioni.

I poteri loro attribuiti mettono in discussione, inevitabilmente, la tradizionale tripartizione ed è essenzialmente questa la ragione per la quale ha destato, e desta tuttora, forti perplessità la natura normativa degli atti che esse pongono in essere – dai regolamenti ai provvedimenti, alle decisioni che, addirittura, possono derogare ad atti generali – specie se si considera che la coesistenza di tali tipologie di poteri in capo ad uno stesso soggetto – che, per di più, è dotato anche di poteri sostanzialmente giurisdizionali – crea difficoltà dal punto di vista proprio della tutela giurisdizionale⁴.

Le perplessità nascono, dunque, innanzitutto in ordine alla legittimità di tali atti; ci si chiede se, rispetto ad essi, siano rispettati, al contempo, il principio democratico, le esigenze di efficienza e quelle di competenza tecnica che i rapporti tra ordinamento generale ed ordinamenti particolari necessariamente determinano. Del resto, se si guarda al potere regolamentare disciplinato nel nostro ordinamento, esso si fonda sul principio di legalità, in ragione del quale è una fonte di rango primario che deve legittimare e giustificare un regolamento. Invece, i poteri conferiti alle Autorità indipendenti vanno ben oltre la mera esecuzione ed integrazione delle disposizioni di legge, in quanto queste ultime lasciano alle Autorità margini di discrezionalità così ampi “*da configurare delle vere e proprie deleghe in bianco*”⁵ tanto

⁴Le autorità indipendenti sono amministrazioni per il fatto che non sono ascrivibili né alla giurisdizione né alle Camere; la loro neutralità non è la stessa del giudice in quanto non sono del tutto distaccate dagli interessi che tutelano; sono enti politico-amministrativi e risolvono conflitti e quindi sono titolari di un potere amministrativo perché solo i giudici sono sottoposti esclusivamente alla legge secondo l'art. 101 Cost. Non attuano semplicemente la legge e sono titolari di una discrezionalità che, in alcuni casi, è affine a quella del potere politico, in altri è vicina alla giurisdizione (come nel caso delle ADR arbitrali, ma, spesso, è anche una vera e propria discrezionalità amministrativa. Si pensi, ad esempio, alle autorizzazioni in deroga delle intese restrittive della concorrenza, delle autorizzazioni, delle concentrazioni tra imprese o delle autorizzazioni all'esercizio dell'attività bancaria, cfr. F. CINTIOLI, *Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli e le autorità amministrative indipendenti, ieri e oggi*, su *federalismi.it*, n. 12/2019, 8.

⁵P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Torino, 2004, XV.

che si è parlato di regolamenti “per obiettivi” o “quasi indipendenti”.

Il Consiglio di Stato ⁶ ha affermato che il potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti “*non può non imporsi su fonti di rango primario*” dal momento che l’assegnazione di potere normativo ad un soggetto diverso dal legislatore (e, segnatamente, ad un organo amministrativo) “*deve necessariamente trovare fondamento in una previsione di legge, a garanzia di principi fondamentali dello Stato di diritto, sanciti dalla Costituzione*”. Esso si sostanzia in atti che hanno differenti denominazioni; si tratta di provvedimenti, di decisioni, di delibere e, ovviamente, di regolamenti veri e propri, ma anche di atti di regolazione diretti a determinati soggetti ma potenzialmente espandibili; di atti di regolazione che si combinano con atti di autonomia privata; di atti di impulso per la conclusione di accordi; di atti di indirizzo; di segnalazioni; di autorizzazioni in esenzione per categorie e fattispecie generali. Insomma, la c.d. *tertiary rules*. Ad essi si aggiungono, poi, le delibere, con le quali sono stabilite le condizioni giuridiche, tecniche ed economiche per l’accesso e l’interconnessione alle reti di comunicazione, che sono obbligatorie per l’ex monopolista e generano un effetto a favore dei concorrenti ⁷.

È opportuno, a questo punto, soffermarsi sulle tipologie che ciascuna Autorità adotta nell’esercizio dei suoi poteri normativi per riuscire meglio a comprenderne la portata, l’efficacia ed il ruolo nell’ambito del nostro ordinamento.

2. Commissione nazionale per le società e la Borsa (Consob)

La Commissione nazionale per la società e la Borsa è un’Autorità amministrativa autonoma istituita con la l. n. 216/1974 ⁸, avente una propria personalità giuridica e svolgente attività di tutela nei confronti degli

⁶ Sez. VI, sent. 11.11.2008, n. 5622; e sez. per gli atti normativi, parere del 14.2.2005, n. 11603.

⁷ F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti ne sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/do>, 17.9.2018, 7.

⁸ “Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 8.4.1974, n. 95, recante disposizioni relative al mercato mobiliare ed al trattamento fiscale dei titoli azionari”.

investitori, sia in merito alla trasparenza ed allo sviluppo del mercato immobiliare italiano, sia in merito al controllo nei confronti dell'operato degli intermediari che lavorano sul territorio⁹.

Tra le funzioni che le spettano c'è, *in primis*, quella di vigilanza, nei confronti delle società di gestione dei mercati e dei *broker*, sulla correttezza nello svolgimento delle negoziazioni e nelle azioni degli intermediari e sulla veridicità e completezza delle informazioni prodotte, sia di quelle che vengono erogate al mercato sia di quelle possedute dalle diverse società quotate in Borsa nei propri documenti contabili.

In buona sostanza, la Consob effettua il controllo sulla trasparenza delle società e dell'informazione fornita al pubblico e vigila sul corretto funzionamento delle borse valori. Dall'esercizio di tale potere deriva la possibilità di sanzionare eventuali mancanze o inadempienze.

Essa è sempre stata un organismo di difficile definizione per i peculiari poteri di cui gode ed anche per l'evoluzione normativa che l'ha caratterizzata. Infatti, a partire dal 1974 sono state numerose le leggi che sono succedute alla legge istitutiva, dando vita, per questo motivo, ad un organismo strutturato secondo moduli e modelli diversi¹⁰.

La l. del 1974 conferiva al Governo la delega ad emanare decreti legislativi integrativi che riguardassero il controllo contabile e la certificazione di bilanci delle società per azioni quotate in borsa¹¹; la disciplina del conto

⁹La Consob è composta da un presidente e da quattro membri, scelti tra persone di specifica e comprovata competenza ed esperienza e di indiscussa moralità ed indipendenza, nominati con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio stesso. Essi durano in carica cinque anni e possono essere confermati una sola volta. È con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del tesoro, che sono determinate le indennità spettanti al presidente e ai membri.

¹⁰Per una ricostruzione storico-legislativo della Consob, si v. *ex multis*, M.S. GIANINI, *Consob*, in G.M. FLICK (a cura di), *Consob. L'istituzione e la legge penale*, Milano, 1987; F. CARBONETTI, *Commissione nazionale per le società e la borsa – Consob*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988; G. MINERVINI, *La Consob. Lezioni di diritto del mercato finanziario*, Napoli, 1989; N. MARZONA, *La Consob e la regolazione del mercato mobiliare in Italia*, in *Jus*, 1991, 107 ss.; A. JANNUZZI, *La Consob: caratteri e funzioni*, Milano, 1990; E. CARDI-P. VALENTINO, *L'istituzione Consob. Funzioni e struttura*, Milano, 1993; G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, cit., 1993; G. DE MINICO, *Antitrust e Consob*, cit., 1997; S. CASSESE, *Dalla Sec alla Consob, ed oltre*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 903 ss.

¹¹D.p.r. n. 136/1975.

profitti e perdite delle società finanziarie e fiduciarie, delle assicurazioni e delle aziende di credito¹²; l'organizzazione ed il funzionamento delle borse valori e l'ammissione dei titoli alle quotazioni¹³. Di tali decreti sono rimasti in vigore gli artt. 16 e 18 del d.p.r. n. 138/1975¹⁴, dal momento che tutta la disciplina è stata abrogata dal d.lgs. n. 58/1998 contenente il Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (TUF) che, oltre ad attribuire alla Consob ampi poteri regolamentari, le ha esplicitamente assegnato il ruolo di tutela degli investitori in quanto garante della correttezza, della trasparenza dei mercati regolamentati e dell'ordinato svolgimento delle negoziazioni; dell'efficienza e trasparenza del mercato dei capitali e del mercato di controllo societario; della correttezza contabile dei bilanci societari.

Proprio in considerazione della pluralità di funzioni che essa svolge si può, dunque, sostenere che la Consob sia una organizzazione complessa, polifunzionale e polivalente che, tra i poteri che già l'art.1, ottavo comma, della l. n. 216/1974 le ha assegnato annovera quello di deliberare *“le norme concernenti la propria organizzazione ed il proprio funzionamento, disciplinando in ogni caso i rapporti tra il presidente ed i commissari anche ai fini della relazione in Commissione su singoli affari; quelle concernenti il trattamento giuridico ed economico del personale e l'ordinamento delle carriere, nonché quelle dirette a disciplinare la gestione delle spese nei limiti previsti dal presente decreto, anche in deroga alle disposizioni sulla contabilità generale dello Stato”*. Anche il contenuto e la struttura del bilancio di previsione, come previsto dal settimo comma di tale articolo, sono disciplinati da apposito regolamento che – precisa la norma – deve contenere *“le spese indicate entro i limiti delle entrate previste”* ed in cui devono essere disciplinate anche le modalità per le eventuali variazioni.

Sin dalla sua istituzione, dunque, alla Consob è stata riconosciuta un'ampia autonomia, tale da potere disciplinare, anche in deroga alle disposizioni sulla contabilità generale dello Stato, la propria organizzazione ed il proprio funzionamento¹⁵; quindi, non solo il potere politico le ha lasciato

¹² D.p.r. n. 137/1975.

¹³ D.p.r. n. 138/1975.

¹⁴ In materia di “Pubblicità e Comunicazioni” e di “Coordinamento tra forme di controllo ed ispezione”.

¹⁵ R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012, 81.

ampio spazio, senza prevedere grossi margini entro cui si dovesse muovere, ma le ha addirittura consentito la possibilità di derogare alle disposizioni generali della contabilità di Stato, riconoscendole, in tal modo, una autonomia forte, senza dubbio giustificata dal tecnicismo del suo operato.

Oltre a quella evidenziata, la l. n. 216/1974 ha attribuito a tale Autorità potestà regolamentare in materia di acquisizione e diffusione di informazione societaria¹⁶; di trasparenza della proprietà azionaria¹⁷; di vigilanza su tutte le “sollecitazioni del pubblico risparmio¹⁸”; di controllo sulle operazioni di Borsa e relativamente alla gestione del personale.

La Consob esercita i suoi poteri spesso in collaborazione con la Banca d'Italia, specialmente in materia di intermediazione finanziaria ed in numerosi ambiti del mercato mobiliare (spaziandosi dalla disciplina degli intermediari, alla disciplina dei mercati, alla regolamentazione del comportamento degli emittenti, al comportamento di chi opera in borsa). Ma mentre alla Consob spetta il compito di assicurare la trasparenza dell'operato degli intermediari, disciplinando i flussi di informazione che i soggetti abilitati devono assicurare al mercato, nonché gli strumenti che questi possono utilizzare e vigilando sul rispetto delle leggi e dei regolamenti in materia di informazione e di strumenti utilizzati¹⁹, alla Banca d'Italia spetta, invece, il compito di vigilare sulla solvibilità degli intermediari.

Va, però, evidenziato che, come si approfondirà a breve, il nono comma dello stesso art. 1 della legge istitutiva ha previsto una forma di controllo di legittimità da parte del Governo laddove stabilisce che le deliberazioni della Commissione concernenti i suddetti regolamenti sono adottate con non meno di quattro voti favorevoli e che sono sottoposti alla verifica di legittimità da parte del Presidente del Consiglio dei ministri che, sentito il Ministro del tesoro, li rende esecutivi, con proprio decreto, entro venti giorni dal ricevimento, a meno che non intenda formulare, entro lo stesso termine, proprie eventuali osservazioni, in unico contesto, sia sull'insieme del regolamento che sulle singole disposizioni.

¹⁶ Tali informazioni sono dovute alla Consob da parte delle società ed enti con titoli quotati in Borsa o svolgenti attività, esclusiva o principale, finanziaria, informazioni disciplinate dagli artt. 4, secondo comma, e 3, lett. c), l. n. 216/1974.

¹⁷ Art. 5, l. n. 216/1974.

¹⁸ Art. 18-ter, commi terzo, quarto e quinto, l. n. 216/1974.

¹⁹ F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 226.

Senza dubbio sono ampi i poteri lasciati alla Consob in merito al contenuto da conferire ai propri atti; ma tanta ampiezza appare bilanciata dalla suddetta previsione normativa che contiene una vera e propria forma di controllo esercitata da parte del Governo attraverso la possibilità di fare eventuali osservazioni come condizione per rendere esecutivi tali atti; ovviamente, si tratta di una forma di controllo formale, non potendo essere altrimenti, data la specificità del contenuto di essi.

La potestà normativa della Consob si traduce nel potere di emanare regolamenti nel mercato mobiliare – la tutela del quale è, oltre che un suo obiettivo, anche uno strumento funzionale al raggiungimento degli altri fini generali per cui la stessa è stata costituita; e tali regolamenti, poi, sono, dalla stessa Consob, aggiornati tramite delibere.

La l. n. 216/1974, pur essendo la legge istitutiva di tale Autorità, si è, però, limitata a determinarne la composizione e a prevedere per essa la figura del direttore generale (fissando il numero massimo di dipendenti), mentre in merito alla organizzazione non ha previsto nulla, lasciando ad essa la più ampia autonomia di provvedere²⁰.

²⁰ La norma in questione recita: *“La Commissione è composta da un presidente e da quattro membri, scelti tra persone di specifica e comprovata competenza ed esperienza e di indiscussa moralità e indipendenza, nominati con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio stesso. Essi durano in carica 5 anni e possono essere confermati una sola volta. I componenti della Commissione non possono esercitare, a pena di decadenza dall’ufficio, alcuna attività professionale, neppure di consulenza, né essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati, né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura. I dipendenti statali sono collocati fuori ruolo per l’intera durata del mandato. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per il tesoro, sono determinate le indennità spettanti al presidente e ai membri. La Commissione provvede all’autonoma gestione delle spese per il proprio funzionamento nei limiti del fondo stanziato a tale scopo nel bilancio dello Stato e iscritto, con unico capitolo, nello stato di previsione della spesa del Ministero del tesoro. Il rendiconto della gestione finanziaria è soggetto al controllo della Corte dei conti. La Commissione delibera le norme concernenti la propria organizzazione e il proprio funzionamento, nonché quelle dirette a disciplinare la gestione delle spese, anche in deroga alle disposizioni sulla contabilità generale dello Stato. I relativi regolamenti sono approvati con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. La Commissione ha diritto di richiedere notizie, informazioni e collaborazione a tutte le pubbliche amministrazioni. I dati, le notizie e le informazioni acquisiti dalla Commissione nell’esercizio delle sue attribuzioni sono tutelati dal segreto d’ufficio anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni, ad eccezione del Ministro per il tesoro. La Commissione trasmette, entro il 30 giugno di ciascun anno, al Ministro per il*

È stata proprio l'incompletezza del testo legislativo in questione a consentire alla Consob di disciplinare ambiti non regolati affatto dalla legge tramite un potere regolamentare di tipo indipendente, un potere di tipo quasi – legislativo, dal momento che essa può emanare norme sub-primarie, dirette a completare una disciplina lasciata incompleta dal legislatore: in pratica, a disciplinare materie attraverso norme aventi dignità legislativa, pur senza essere regolate dalla legge²¹.

Il TUF – approvato con il d.lgs. n. 58/1998 ed aggiornato, da ultimo, dal d.lgs. n. 49/2019²² – individua, all'art. 5, gli obiettivi verso i quali deve essere esercitata la vigilanza dalla Consob, e cioè: a) la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario; b) la tutela degli investitori; c) la stabilità e il buon funzionamento del sistema finanziario; d) la competitività del sistema finanziario; e) l'osservanza delle disposizioni in materia finanziaria. In merito a tali obiettivi essa è competente per la trasparenza e la correttezza dei comportamenti; la Banca d'Italia, invece, è competente per quanto riguarda il contenimento del rischio, la stabilità patrimoniale e la sana e prudente gestione degli intermediari. Entrambe esercitano poteri di vigilanza nei confronti dei soggetti abilitati; ciascuna vigila sull'osservanza delle disposizioni legislative e regolamentari secondo le competenze previste²³; inoltre, esse operano in modo coordinato anche al fine di ridurre al minimo gli oneri gravanti sui soggetti abilitati e si danno reciproca comunicazione dei provvedimenti assunti e delle irregolarità rilevate nell'esercizio dell'attività di vigilanza.

Proprio al fine del coordinamento dell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza, oltre che per ridurre al minimo gli oneri gravanti sui soggetti abilitati, esse stipulano un protocollo d'intesa, avente ad oggetto i compiti

tesoro una relazione sulla attività svolta nell'anno precedente. Trasmette altresì al Ministro per il tesoro le notizie ed i dati dal medesimo di volta in volta richiesti. Il Ministro per il tesoro riferisce al Parlamento, entro il 30 settembre di ciascun anno, sulla attività della Commissione”.

²¹ L'art. 3, terzo comma, del d.lgs. n. 58/1998 – Testo Unico per l'intermediazione finanziaria – stabilisce che i regolamenti di carattere generale della Consob sono pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale.

²² Trattasi del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, noto più semplicemente come testo unico della finanza – abbreviato TUF – o anche legge Draghi, e rappresenta la principale fonte normativa vigente in materia di finanza e di intermediazione finanziaria.

²³ E definite dai commi 2 e 3.

di ciascuna e le modalità del loro svolgimento, secondo il criterio della prevalenza delle funzioni e lo scambio di informazioni, anche con riferimento alle irregolarità rilevate e ai provvedimenti assunti nell'esercizio dell'attività di vigilanza²⁴.

I "poteri regolamentari" che l'art. 6 del TUF attribuisce alla Consob devono essere esercitati nel rispetto di principi quali la valorizzazione dell'autonomia decisionale dei soggetti abilitati, la proporzionalità, intesa come criterio di esercizio del potere "*adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari*", il riconoscimento del carattere internazionale del mercato finanziario e la salvaguardia della posizione competitiva dell'industria italiana, e l'agevolazione dell'innovazione e della concorrenza²⁵. Tenuti fermi tali principi, la Consob ha la possibilità di imporre, nei regolamenti, obblighi aggiuntivi rispetto a quelli previsti dall'art. 16, parr. 8, 9 e 10, della direttiva 2014/65/UE²⁶ e dai relativi atti delegati, nonché dall'art. 24 della direttiva medesima, solo nei casi eccezionali in cui tali obblighi sono obiettivamente giustificati e proporzionati in relazione alla necessità di far fronte a rischi specifici e che presentano particolare rilevanza nel contesto della struttura del mercato italiano al fine di garantire la migliore protezione per gli investitori o l'integrità del mercato stesso.

In pratica, la suddetta norma dell'art. 6, giustificando la "eccezionalità dei casi", autorizza i poteri della Consob ad andare oltre a quello che è stabilito dal Legislatore comunitario tramite le direttive, e questo, senza dubbio, perché l'"eccezionalità del caso" non si manifesta in astratto e

²⁴ Cfr. A. DI PIETRO, *La nuova Consob: ruolo, competenze e problemi ancora aperti*, in *Dir. ed economia*, 2008, 85 ss.

²⁵ Sui poteri regolamentari della Consob si v. R. RODORF, *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, in *Società*, 2005, 813 ss.; S. AMOROSINO, *Funzioni e poteri della Consob nouvelle*, in *Banca, borsa, tit. di credito*, 2008, I, 137 ss.

²⁶ Si tratta della direttiva relativa ai mercati degli strumenti finanziari, la quale modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE. In particolare, il suo art. 16 disciplina i requisiti organizzativi e ai punti 8, 9 e 10 prevede rispettivamente le misure che le imprese di investimento devono adottare nei casi di insolvenza dell'impresa quando detengono strumenti finanziari appartenenti ai clienti; impedire che i fondi dei clienti siano utilizzati dalle imprese per conto proprio quando detengono fondi appartenenti ai clienti; e che un'impresa di investimento non concluda contratti di garanzia finanziaria con trasferimento del titolo di proprietà con clienti al dettaglio al fine di assicurare o coprire obbligazioni presenti o future, effettive o condizionate o potenziali dei clienti.

non è prevedibile a priori. Il potere di prevedere obblighi aggiuntivi che consentiranno di disciplinare e gestire la situazione verificatasi nel modo migliore e maggiormente tutelato consente alla Consob di intervenire quando ne ravvisi la necessità. In ogni caso, comunque, tali obblighi devono essere inseriti all'interno dei regolamenti che, insieme con la Banca d'Italia, si comunicano al Ministero dell'economia e delle finanze.

In materia di negoziazione, la Consob può disciplinare con regolamento le ipotesi in cui la negoziazione degli strumenti finanziari trattati nei mercati regolamentati italiani deve essere eseguita, e in questo caso, come previsto dalla normativa comunitaria, stabilisce le condizioni in presenza delle quali l'obbligo non sussiste.

Rispetto alla disciplina degli intermediari, invece, essa deve assicurare la trasparenza dell'operato di questi ultimi, disciplinando i flussi di informazioni che i soggetti abilitati devono assicurare al mercato, oltre che gli strumenti che questi possono utilizzare, vigilando sul rispetto delle leggi e dei regolamenti in materia di informazioni e di strumenti utilizzati (la Banca d'Italia, poi, vigila sulla solvibilità degli intermediari).

I regolamenti emanati dalla Consob per disciplinare gli ambiti che il TUF ha previsto che le competano sono stati, ovviamente, negli anni modificati ed aggiornati.

Ad esempio, la gestione accentrata di strumenti finanziari – settore nel quale la Consob ha il potere di vigilanza sulle società di gestione²⁷ – era disciplinata dall'art. 80 TUF²⁸; tale articolo è stato abrogato dal d.lgs. n. 176/2016²⁹ ed il suo contenuto è confluito nell'art. 82 del capo IV del TUF recante “Attività e regolamento della gestione accentrata”, modificato di recente dal d.lgs. n. 49/2019.

²⁷ Prevedendo espressamente che l'attività di gestione ha carattere di impresa ed è esercitata nella forma di società per azioni, anche senza fini di lucro.

²⁸ “Attività di gestione accentrata di strumenti finanziari”.

²⁹ Recante “Adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) n. 909/2014 relativo al miglioramento del regolamento titoli nell'Unione europea e ai depositari centrali di titoli e recante modifica delle direttive 1998/26/CE e 2014/65/UE e del Regolamento (UE) n. 236/2012 per il completamento dell'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) n. 648/2012 sugli strumenti derivati OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni, nonché attuazione della direttiva 1998/26/CE concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli, come modificata dai Regolamenti (UE) n. 648/2012 e n. 909/2014”.

Tale norma prevede che l'attività di gestione accentrata sia esercitata da depositari centrali autorizzati dal Regolamento (UE) n. 909/2014³⁰ alla prestazione dei servizi di "Registrazione iniziale dei titoli in un sistema di scritture contabili ('servizio di notariato') e "Fornitura e mantenimento dei conti titoli al livello più elevato ('servizio di gestione accentrata')³¹" e relativi servizi accessori. Il suddetto art. 82 prevede che la Consob assicuri il perseguimento delle finalità di vigilare sui depositari centrali, avendo riguardo alla trasparenza, all'ordinata prestazione dei servizi svolti dai depositari centrali, all'integrità dei mercati e alla tutela degli investitori; l'attività di vigilanza viene svolta anche dalla Banca d'Italia, avendo riguardo alla stabilità e al contenimento del rischio sistemico³², tramite regolamento, sempre d'intesa con la Banca d'Italia³³.

In materia di gestione accentrata, prima che venisse abrogato l'art. 80 TUF, il 22.2.2008 era stato emanato dalla Consob, di intesa con la Banca d'Italia, il Regolamento recante la disciplina dei servizi di gestione accentrata, di liquidazione, dei sistemi di garanzia e delle relative società di gestione. Tale Regolamento è stato abrogato dal provvedimento Banca d'Italia/Consob del 13.8.2018, salvo quanto previsto dall'art. 59, del medesimo provvedimento, il quale reca la "Disciplina delle controparti centrali, dei depositari centrali e dell'attività di gestione accentrata ('provvedimento unico sul *post-trading*')" ed è stato emanato nell'esercizio di un potere normativo riconosciuto alla Consob (ai sensi del d.lgs. n. 58/1998) nel settore del mercato finanziario ed a cui il legislatore non pone limiti, data la necessità che il suddetto mercato riceva la tutela più adeguata in ragione dell'alta tecnicità che lo caratterizza.

Nel preambolo di tale Regolamento è richiamato anche l'art. 79-*sexies*,

³⁰ Relativo al miglioramento del regolamento titoli nell'Unione europea e ai depositari centrali di titoli.

³¹ Di cui alla sez. A, punti 1 e 2, dell'Allegato al medesimo regolamento.

³² Così come previsto dall'art. 79-*quaterdecies*, primo comma.

³³ Nel rispetto delle disposizioni del regolamento di cui al primo comma, della direttiva 2007/36/CE – relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate – e delle relative disposizioni attuative. La Banca d'Italia, tramite tale regolamento, deve disciplinare, tra le altre, anche le modalità di svolgimento e le caratteristiche del servizio di registrazione iniziale dei titoli in un sistema di scritture contabili, e dei servizi accessori di tipo non bancario (e cioè la fornitura, in qualità di agente, di servizi di gestione delle garanzie per i partecipanti a un sistema di regolamento titoli).

comma 3, del TUF, che attribuisce alla Banca d'Italia il potere di disciplinare, d'intesa con la Consob, le modalità di esercizio dei poteri di vigilanza informativa sulle controparti centrali e i requisiti supplementari per lo svolgimento dei servizi di controparte centrale. La norma, al settimo comma, prevede che il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Banca d'Italia e la Consob, determini con regolamento i requisiti in materia di onorabilità, professionalità e indipendenza dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo nella controparte centrale; il difetto di essi determina la decadenza dalla carica e, in caso di inerzia, la decadenza è pronunciata dalla Banca d'Italia o dalla Consob. In pratica, con tale norma si riconosce al Governo la possibilità di disciplinare un ambito – relativamente alla controparte centrale – che, evidentemente, non ha gli stessi requisiti di tecnicità che connotano gli altri ambiti demandati alla potestà normativa della Consob il cui ruolo non viene comunque diminuito, in quanto non solo essa deve essere “sentita”, con la Banca d'Italia, prima che sia determinato il contenuto di tale provvedimento ma poi entrambe possono pronunciarsi sulla decadenza.

I regolamenti della Consob disciplinano anche la prevenzione di condotte di abuso di mercato, attraverso, ad esempio, la comunicazione al pubblico delle informazioni privilegiate da parte degli emittenti; il tener traccia dei soggetti che, all'interno ed all'esterno della società emittente, sono venuti a conoscenza di una informazione privilegiata; la totale trasparenza, nei confronti del pubblico, delle operazioni compiute su strumenti finanziari dell'emittente da soggetti interni; la segnalazione delle operazioni sospette da parte degli operatori di mercato e, più in generale, il controllo delle negoziazioni svolto dalla Consob; infine, attraverso la disciplina delle ricerche e degli studi di carattere finanziario.

Il quadro che viene fuori da questa breve disamina, insomma, porta sempre alla stessa conclusione, e cioè che il Governo lascia uno spazio alla Consob amplissimo, ma che i poteri dell'uno finiscono con l'intrecciarsi con quelli dell'altra, tanto che questa può ingerirsi in quegli stessi ambiti nei quali al Governo sia riservata una competenza, “temperandola” e venendo quasi a sovvertire l'ordine delle fonti preconstituito nel nostro ordinamento.

Del resto, è proprio questa la ragione per cui la materia del potere normativo delle Autorità indipendenti è stata, ed è, da sempre, oggetto di analisi, discussioni e confronti sia a livello dottrinario che giurisprudenziale.

Si riconosce l'inversione dell'ordine delle fonti, perché, diversamente da quanto previsto per altre amministrazioni pubbliche, il Governo "attende" che le Autorità indipendenti provvedano a colmare le volute lacune legislative relative ad ambiti rispetto ai quali esso, non avendo la stessa competenza tecnica, può limitarsi ad effettuare un mero controllo formale che, comunque, non riduce la portata del loro potere normativo che, nello specifico della Consob, è quello di supervisore e "vigilante" dei mercati.

La normazione adottata dalla Consob, caratterizzata da alto tecnicismo, indipendenza e competenza, rappresenta quella segmentazione delle fonti che, gradualmente, si è venuta sostituendo alla tradizionale gerarchizzazione delle stesse.

Attualmente sono in vigore il Regolamento emanato in materia di disciplina del personale dipendente³⁴; il "Regolamento mercati"³⁵; il "Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio"³⁶. Tale ultimo regolamento, in particolare, disciplina la materia dell'organizzazione e delle procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio ed è stato adottato dalla Banca d'Italia e dalla Consob.

Quanto al "Regolamento emittenti"³⁷, esso è stato adottato a cura della "Divisione Tutela del Consumatore Ufficio Relazioni con il Pubblico", allo stesso modo del "Regolamento intermediari"³⁸. Infine, c'è il "Regolamento organizzazione e funzionamento"³⁹, che disciplina proprio l'organizzazione e il funzionamento della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa.

³⁴ Adottato con delibera n. 13859 del 4.12.2002. Si tratta del "Regolamento disciplinante il trattamento giuridico ed economico e l'ordinamento delle carriere del personale di ruolo della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa", il quale è stato aggiornato di recente dalla delibera n. 20937 del 15.5.2019.

³⁵ Adottato con la delibera n. 20249 del 28.12.2017 ed aggiornato con le modifiche apportate dalla delibera n. 21028 del 3.9.2019.

³⁶ Emanato tramite un provvedimento del 29.10.2007 ed aggiornato con delibera Consob n. 20307 del 15.2.2018.

³⁷ Adottato con delibera n. 11971 del 14.5.1999 ed aggiornato con le modifiche apportate dalla delibera n. 21016 del 24.7.2019.

³⁸ Adottato con delibera n. 20307 del 15.2.2018.

³⁹ Esso è stato adottato con la delibera n. 8674 del 17.11.1994 ed aggiornato dalla delibera 18591 del 26.6.2013.

Elemento comune a tutti i provvedimenti elencati ed attualmente vigenti è la continua evoluzione/aggiornamento che essi hanno subito dal momento in cui sono stati previsti dalla legge istitutiva e, successivamente, dalla disciplina del TUF. Data la continua evoluzione e trasformazione del mercato finanziario – sul quale influisce non solo l’andamento dell’ordinamento nazionale, ma anche quello europeo – la Consob deve necessariamente provvedere ad adeguare i suoi strumenti normativi a tali trasformazioni – e vi provvede tramite lo strumento della delibera – al fine di fornire la tutela più completa e adeguata ai consumatori che, in questo settore, rappresentano una categoria di soggetti senza dubbio diversi dai consumatori generici. Il mercato al quale essi attingono in quanto tali, infatti, è caratterizzato da una tale specificità e tecnicismo che le sue regole devono necessariamente essere predisposte da un soggetto altamente competente e qualificato. E non è un caso che l’atto con il quale vengono aggiornati i regolamenti sia proprio la delibera⁴⁰, che è un atto giuridico prodotto da un organo collegiale con il quale, in genere, la Pubblica Amministrazione esprime i propri indirizzi politico-amministrativi.

La Consob non nasce certo come organo politico, né può essere definita un organo dello Stato; essendo un’Autorità amministrativa indipendente, essa, come di recente ha confermato anche la giurisprudenza⁴¹, è

⁴⁰ La delibera può essere sia un atto normativo, che un provvedimento o un atto endoprocedimentale.

⁴¹ Cons. Stato, sez. III, 21.1.2015, n. 184 ha confermato l’orientamento che attribuisce a tali organismi matrice pubblicistica; mentre, più di recente, TAR Lazio, sez. III, 28.2.2018, n. 2252 ha affermato che le autorità amministrative indipendenti sono da considerare amministrazioni statali. Infatti, nell’art. 1, secondo comma, del d.lgs. n. 165/2001 rientrano le amministrazioni dello Stato e non c’è ragione di escludere, tra queste, le *Authorities*; confermerebbe tale considerazione l’affermazione contenuta nella legge sulla riforma della Pubblica Amministrazione – e cioè la l. n. 124/2015 – secondo cui uno dei criteri direttivi per la modifica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, dei Ministeri, delle agenzie governative e degli enti pubblici non economici è “*la razionalizzazione con eventuale soppressione degli uffici le cui funzioni si sovrappongono a quelle delle autorità indipendenti. La necessaria eliminazione di tali duplicazioni in sede di riforma rende palese la configurazione di queste ultime come amministrazioni statali*”. Lo stesso Cons. Stato, sez. VI, con la sent. 23.6.2017, n. 3080 ha ribadito tale indirizzo ritenendo legittimo l’inserimento di esse nell’elenco ISTAT, inserimento dal quale deriva, naturalmente, la loro equiparazione alle altre Pubbliche Amministrazioni anche ai fini dell’assoggettamento alle disposizioni in materia di contenimento della spesa pubblica (si evidenzia che a tale conclusione i giudici sono giunti discostandosi da una precedente sentenza, sempre della sez. VI, la n. 6014 del 28.11.2012, pronunciandosi definitivamente sulla questione

un'amministrazione statale e, dunque, tramite la delibera, esprime il proprio indirizzo politico – amministrativo, confermando e modificando quello già precedentemente espresso e contenuto nei regolamenti da aggiornare.

Certamente l'esercizio del potere regolamentare che le si è attribuito non richiede più il potere del Presidente del Consiglio dei Ministri, e la realtà che deriva da tale attribuzione consente di affermare che esista un governo di settore all'interno del quale, evidentemente, non può più applicarsi il principio di gerarchia, ma necessariamente quello della competenza, in quanto un settore così specifico può essere disciplinato solo dall'Autorità che ne ha la specifica competenza tecnica ed attraverso uno strumento – il regolamento – che, però, non ha gli stessi requisiti e gli stessi presupposti della fonte regolamentare disciplinata dal nostro ordinamento in ossequio a quanto richiesto dalla Costituzione. In ragione del principio di competenza, i regolamenti della Consob, pur rimanendo fonti secondarie, rendono sempre più sfumata la distinzione fra legge e regolamento⁴², dal momento che (fermi restando i principi di legalità e di gerarchia) gli spazi devoluti all'autonomia normativa (benché secondaria) sono sempre nuovi⁴³: la legge continua ad essere il fondamento del potere regolamentare, ma viene meno, come carattere indefettibile, la relazione di gerarchia⁴⁴. Questa ricostruzione appare in sintonia con la lettura dell'impianto costituzionale in cui alla legge viene riconosciuto in via di principio il compito di porre la disciplina generale delle diverse materie⁴⁵

a seguito dell'intervento in via pregiudiziale della Corte Giust. 28.7.2016, causa C-240/15). Cfr. M. FILICE, *Gli sviluppi del controllo giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, n. 6/2018, 787.

⁴² A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 42 ss.

⁴³ Ciò ha indotto taluni autori a definire tali atti quali "regolamenti di autonomia", poiché operanti con maggiore grado di autonomia rispetto alle fonti primarie, si v. E. CARDI, *Commento artt. 1-4*, cit., 288.

⁴⁴ In realtà il rapporto di gerarchia resta sullo sfondo come ultima possibilità per la legge di modificare l'intera disciplina "riappropriandosi" dei settori precedentemente devoluti al potere regolamentare; in dottrina, G. DE MINICO, *Lineamenti del potere regolamentare della Consob*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, Torino, 1997, 213 ss.

⁴⁵ Non si può non ricordare che la giurisprudenza amministrativa, in merito al contrasto fra norme del regolamento della Consob e norme di grado primario, ha affermato la subordinazione dei regolamenti della Consob alla legge. Si vedano, al riguardo, Cons. Stato, sez. VI, 29.10.1999, n. 1924 in *Foro it.*, 1999, III, 577; e TAR Lazio, sez. I, 21.10.1999, n. 2694, in *Foro it.*, 1999, III, 577.

In dottrina⁴⁶ si è evidenziato che il modello di disciplina seguito dalla Consob relativamente all'ordinamento del credito⁴⁷ si avvale dello schema "legge-d.p.r. delegato", ed in tale caso è il Parlamento che individua e compie le scelte "strategiche", mentre il Governo completa la successiva disciplina; invece, in merito all'intermediazione finanziaria – relativa alla disciplina delle SIM ed alle offerte pubbliche di acquisto e sull'*insider trading* – il modello seguito è quello della legge-regolamento Consob, ovvero di strumenti normativi rispetto a cui, se pure hanno un contenuto strategico individuato dal Parlamento, non si rinviene alcuna attività di completamento normativo da parte del Governo che non ha, dunque, alcun ruolo di intermediario.

Ed è proprio questo l'ambito – in particolare in merito alla organizzazione dei mercati – che rende la Consob una delle Autorità indipendenti con la potestà regolamentare più autonoma: i poteri normativi che le sono riconosciuti non appartengono a nessun altro ente analogo, nemmeno alla Banca d'Italia che, pur svolgendo delle funzioni caratterizzate da un alto tecnicismo, non è stata assunta a modello di Autorità amministrativa indipendente.

I poteri normativi della Consob, sin dalla sua istituzione, non sono mai stati influenzati dalla politica⁴⁸ ed i suoi regolamenti sono espressione, ormai condivisa e consolidata, di una potestà "ontologicamente" normativa. Essi possono costituire anche una fonte idonea ad incidere con modalità particolarmente incisive sulla sfera giuridica soggettiva dei destinatari delle norme⁴⁹, per cui, a meno che la disposizione che le prevede non sia illegittima, tali norme possono costituire fonte di invalidità o di ineffi-

⁴⁶ Cfr. E. DE MARCO, *Le funzioni delle "autorità indipendenti"*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le Autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, 1999, e N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, Padova, 1988, 95.

⁴⁷ Scelto dalla l. n. 218/1990, c.d. legge Amato.

⁴⁸ Sull'attribuzione di tale potestà normativa si è concentrata in particolare la l. n. 281/1985, istitutiva della c.d. "quarta Consob".

⁴⁹ Cfr. A. SEGNI, *I mercati e i valori mobiliari*, in *Dir. amm. speciale*, III, *I servizi pubblici, finanza pubblica e privata*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, 2964, secondo cui "l'attività regolamentare è fonte di atti normativi di carattere generale aventi efficacia esterna". E ancora, F. CAPRIGLIONE-G. MONTEDORO, *Società e Borsa (CONSOB)*, in *Enc. dir., Aggiorn.*, VI, 2006, 1036, secondo cui l'ampiezza dei poteri regolamentari si evince dalla circostanza per cui essi "toccano aspetti rilevanti della disciplina dei rapporti interprivati".

cacia di un negozio giuridico, ovvero fattispecie astratta con cui confrontare un comportamento colpevole o doloso ad esse contrario ed in relazione alla quale stabilire la responsabilità del suo autore⁵⁰.

Insomma, tali disposizioni costituiscono diritti che integrano l'ordinamento giuridico generale, ed oltre a condizionare l'autonomia negoziale e ad incidere sui rapporti interprivati, rappresentano anche un parametro generale ed astratto della validità degli atti e dei comportamenti realizzati dagli operatori del mercato. Pertanto, se l'efficacia esterna delle norme prodotte dalla Consob nell'esercizio della sua potestà regolamentare viene considerata dal punto di vista degli effetti prodotti sull'agire dei privati, essa non differisce dalle norme che derivano dall'interpretazione di una legge o di un regolamento governativo.

La constatazione dell'ampiezza dei poteri della Consob – che ha indotto ad interrogarsi sulla loro legittimità costituzionale con riferimento alle disposizioni di cui alla l. n. 400/1988, intesa come legge di attuazione con riferimento all'art. 87 Cost. – ha persuaso a cercare di ridurre la loro portata innovativa a quella propria degli atti amministrativi a contenuto generale non normativo, facendo leva soprattutto sugli indici formali e testuali della normativa di settore⁵¹. La realtà dei fatti è, però, che, anche definendo la potestà regolamentare della Consob come “regolativa”, e volendo “dequalificare” determinate sue potestà riconoscendo ad esse carattere provvedimentale, sicuramente da tale dequalificazione andrebbero esclusi i poteri di regolazione dei mercati finanziari che restano normativi⁵².

⁵⁰ È il caso di quegli autori che aderiscono a tesi talmente riduzioniste circa la portata dei regolamenti della Consob da porre addirittura in discussione la loro capacità di generare norme. In dottrina c'è chi ha negato efficacia esterna alle norme della Consob, avvicinando i suoi regolamenti ad atti meramente persuasivi, che, dunque, non possono vincolare i soggetti destinatari, quantomeno con riferimento all'ordinamento generale; cfr. P. LAZZARA, *La potestà regolamentare della Commissione Nazionale per le società e la borsa in materia d'intermediazione finanziaria*, in *Foro amm.*, fasc. 2, 2000, 703 ss., in F. DURANTE, *I regolamenti della Consob sostanzialmente indipendenti*, in *www.altalex.it*, 27.5.2004.

⁵¹ Nel potere esercitato dalla Consob è stata individuata l'introduzione di regole di condotta che incidono su determinati rapporti negoziali, come è nel caso dell'esercizio del potere di determinare il prezzo cui deve essere fissata l'offerta pubblica di acquisto, laddove è evidente la eterointegrazione di un elemento essenziale del rapporto, cfr. S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002, 57.

⁵² Tali poteri si suddividono in poteri relativi alla istituzione dei mercati e poteri rela-

La *ratio* di tale constatazione è da ricercarsi, inevitabilmente, nella già accennata e constatata mancanza di disciplina legislativa, circostanza, questa, che ha portato ad inquadrare i regolamenti della Consob nella categoria dei tipizzati regolamenti indipendenti, ai quali potrebbe di certo essere attribuita la materia *mercato* per conferire ad essa una disciplina in luogo della legge ordinaria alla quale tale materia è del tutto sconosciuta.

Questa lacuna spiega il perché di una delega così ampia e priva di criteri orientativi sufficientemente determinati da parte della legge; ma le norme che la Consob pone in essere, se pure sono dotate dei caratteri della generalità ed astrattezza allo stesso modo dei regolamenti governativi, sono manchevoli, rispetto a questi ultimi, della legittimazione politico-rappresentativa che, invece, caratterizza il Governo. Dunque, per riequilibrare il vuoto lasciato dalla legalità sostanziale, ai fini dell'emanazione di tali atti è necessario ricorrere alla legalità procedurale che viene a sostanzinarsi nell'obbligo di motivazione e nelle procedure di consultazione.

La Consob pone in essere sostanzialmente due tipologie di provvedimenti, una mera specificazione tecnica di aspetti disciplinati da norme primarie generali (come quelle del TUF), ed una disciplina più analitica di situazioni che trovano nella fonte primaria solo enunciazioni generali di principio. Nel primo caso ci si trova di fronte ad una forma di *integrazione* fra normativa primaria e normativa secondaria, necessaria in ragione dell'incapacità della prima di fornire una disciplina così complessa e tecnica al settore in questione; nel secondo caso, invece, ci si trova di fronte alla *segmentazione* delle fonti e l'integrazione tecnica è necessaria per regolamentare in maniera puntuale aspetti specifici sulla base delle generali enunciazioni del Legislatore.

Sembra preferibile non considerare esistente un metodo per "quantificare" in via generale l'ambito di scelte da delegare alla potestà normativa della Consob: adempiuto a ciò che è necessario perché sia rispettata la riserva di legge, il legislatore può discrezionalmente ripartire la sfera delle competenze. Tanto è vero che alla Consob è delegato uno spazio minore rispetto alla disciplina di alcuni aspetti dell'intermediazione (che il legislatore preferisce regolare in prima persona, essendo una fattispecie con-

tivi alla disciplina dei nuovi mercati delle *options* e dei *futures*; sul punto si v. M.C. CARDARELLI, *Potere regolamentare della Consob – informazione e mercati regolamentati*, Milano, 2007, *passim*.

siderata delicata) e maggiore rispetto ad altri, quali quello degli obblighi di informazione concernenti le sollecitazioni all'investimento, i meccanismi delle scalate ovvero la regola della concentrazione delle negoziazioni nei mercati regolamentati.

Ma non può essere la discrezionalità tecnica il *discrimen* tra l'ambito detenuto dal legislatore e quello devoluto alla Consob, pur senza negare che alla complessità di determinate fattispecie solo il tecnicismo della Consob può provvedere. Né, tantomeno, si può sostenere che essa abbia il compito di ridurre l'incompletezza delle norme primarie, distinguendo gli ambiti di *law* – laddove il legislatore detta norme dettagliate ed univoche ed è precluso alla Consob intervenire – da quelle di *policy*, laddove l'Autorità interviene, in luogo del giudice, a colmare le lacune della legge.

Nel medesimo filone di pensiero si indirizza la stessa giurisprudenza che, collocando i regolamenti adottati dalla Consob tra le fonti secondarie⁵³, afferma quasi unanimemente che tali atti hanno la funzione di attuare disposizioni di legge e di norme costituzionali⁵⁴.

Il limite oltre il quale il legislatore non può delegificare è segnato proprio dall'ampiezza della riserva di legge: se i regolamenti della Consob travalicano tale limite devono essere considerati illegittimi e, dunque, inefficaci sia nei rapporti interprivati, sia nei rapporti con la Commissione medesima.

Quale Autorità di regolazione dei mercati, la Consob agisce, oltre che tramite i regolamenti, anche attraverso una pluralità di altri atti, alcuni normativi, altri definiti atti amministrativi generali, altri ancora di semplice *moral suasion* che, pur non corrispondendo ad una specifica potestà attribuita dalla legge, sono, tuttavia, espressione della stessa posizione che l'Autorità riveste nell'ambito dell'ordinamento di settore⁵⁵.

In particolare, l'attività di *soft regulation* si esplica principalmente mediante la pubblicazioni di comunicazioni – sia nel Bollettino che nel sito *web* – aventi lo scopo di indicare gli orientamenti ufficiali della Consob sulla corretta interpretazione ed applicazione della normativa di settore, da un lato, e per rispondere ai singoli quesiti posti dagli operatori del mercato, dall'altro.

⁵³ Trib., Roma, 24.5.2007.

⁵⁴ App. Milano, 15.4.2009.

⁵⁵ Al riguardo si veda la sentenza del TAR Lazio, Roma, 9.5.2006, n. 3367.

Attraverso tale tipo di comunicazioni la Commissione risponde a domande poste dagli operatori del mercato in merito a fattispecie non del tutto ipotetiche e formula degli orientamenti che, proprio tramite la pubblicazione, assumono una capacità persuasiva che esplica i propri effetti ben al di là del caso singolo. Non si tratta di un'attività dovuta, ma tramite essa si forniscono indirizzi interpretativi e applicativi di norme che, rendendo omogenei i comportamenti degli operatori, contribuiscono alla tutela degli investitori e consentono un miglior raggiungimento dei fini istituzionali. Può anche accadere che i contenuti di una precedente comunicazione interpretativa vengano incorporati in un regolamento, come modifiche ed integrazioni al testo originario⁵⁶.

Insomma, gli atti di *soft law* – vale a dire ordini, circolari e chiarimenti, ma anche dichiarazioni a contenuto esortativo (con le quali si invitano gli operatori a conformarsi a determinati modelli di comportamento, nell'ottica di una prudente autoregolamentazione) – pur non avendo efficacia vincolante – e non potendo, per questo motivo, prevedere alcun tipo di sanzione in caso di loro violazione – possiedono una rilevanza comunque riconosciuta come istituzionale, dal momento che anche la direttiva MiFID⁵⁷ fa espressamente riferimento ad essi in quanto estrinsecazione del potere di emanare “orientamenti” relativi a circostanze particolari. In pratica, è l'autorevolezza dell'ente ad attribuire anche agli atti privi di forza cogente un rilievo determinante, ed è la stessa autorevolezza a dare grande forza alla *moral suasion* delle sue raccomandazioni⁵⁸.

⁵⁶ Ad esempio, nel corso del 2010, la CONSOB ha ritenuto opportuno trasporre nel Regolamento Emittenti i contenuti di una precedente comunicazione con la quale la Commissione aveva fornito indicazioni sui criteri generali da seguire per stabilire se un'operazione di fusione/scissione o di acquisizione/dismissione dovesse considerarsi significativa. In particolare, rispetto al testo della comunicazione e tenuto conto della prassi applicativa e dei quesiti sottoposti alla Commissione sul tema, si è proceduto ad allineare i criteri quantitativi, per l'individuazione delle predette operazioni straordinarie significative, ai criteri indicati nel Regolamento in materia di operazioni con le parti correlate per l'individuazione delle operazioni di maggiore rilevanza.

⁵⁷ L'acronimo MiFID sta per *Markets in Financial Instruments Directive*, e si tratta della direttiva 2004/39/CE emanata dal Parlamento europeo il 21.4.2004 al fine di costruire un mercato finanziario integrato, efficace e competitivo nell'Unione europea del quale definisce i principi generali.

⁵⁸ F. D'ALESSANDRO, *Autorità di vigilanza sul mercato finanziario e diritto penale*, Milano, 2012, 198 ss.

La Consob – proprio perché esercita le proprie funzioni attraverso atti normativi, atti amministrativi generali, provvedimenti amministrativi, atti endoprocedimentali e atti “commendatori” – può scegliere di fare ricorso ad atti diversi dai regolamenti – che la vincolano particolarmente – in modo da lasciarsi aperta la possibilità di derogare per casi singoli a quanto da essa precedentemente disposto ed evitare, in tal modo, un eccessivo irrigidimento della propria attività a vantaggio di una maggiore elasticità di manovra che le consenta di svolgere in maniera efficace i propri compiti.

Per accompagnare le imprese nel processo di transizione verso la nuova cornice normativa di riferimento e facilitarne la comprensione, la Consob si avvale, inoltre, di linee guida tramite le quali definisce una *policy* di vigilanza sul processo di autorizzazione dei prospetti al fine di migliorare sia l’efficienza (attraverso tempi più rapidi) che l’efficacia (attraverso la standardizzazione). Tale ultima pianificazione prevede che l’attività della Consob sia maggiormente orientata verso un dibattito approfondito con le associazioni di categoria e i collegi sindacali in merito ai compiti di vigilanza di questi ultimi, al fine di evidenziare eventuali criticità ed individuare le soluzioni più efficaci per rendere quanto più incisivo possibile l’operato dei sindaci.

Di natura diversa, ma comunque rilevante, è, poi, il “Piano Strategico” che la Consob emana, con durata biennale, dal 2010. Si tratta di uno strumento attraverso il quale essa definisce gli obiettivi che ritiene prioritari, sì da rispondere in maniera adeguata ai repentini e frequenti cambiamenti dello scenario economico e del quadro normativo i quali, inevitabilmente, si riverberano sul conseguimento dei fini istituzionali da essa stessa perseguiti e, dunque, sui risparmiatori, ai quali deve essere accordata la tutela più elevata.

Gli obiettivi identificati come prioritari devono essere pianificati anche a livello operativo, in modo da potere allocare risorse umane e finanziarie secondo criteri di efficacia ed efficienza. L’efficienza è l’obiettivo che viene evidenziato come primario già dalla premessa nel primo di questi Piani, quello del biennio 2010-2012 – attuato in conseguenza di un delicato momento di crisi economica verificatosi nel mercato – in quanto gli strumenti indicati come funzionali a superare il momento di crisi devono essere idonei a fronteggiare sia i rischi riconducibili a cambiamenti del sistema economico e finanziario (*market risk*), sia quelli riconducibili a cambiamenti del quadro normativo (*regulatory risk*). In considerazione del fatto che il rischio è rappresentabile come “*uno scenario indesiderato che*

presenta una realistica probabilità di accadimento e una sfavorevole conseguenza in termini di impatto negativo sulla missione perseguita dall'organizzazione" la valutazione di esso deve essere fatta senza potere prescindere dall'evoluzione dell'ambiente e del contesto normativo di riferimento, esaminando le reazioni a tali cambiamenti da parte dei soggetti vigilati e dei risparmiatori e l'impatto che tali reazioni hanno sulla possibilità per la Consob di realizzare i propri fini istituzionali.

Attraverso la pianificazione, dunque, si definiscono obiettivi "strategici", "operativi" e "finali" che la Consob deve conseguire, contribuendo attivamente alle evoluzioni dello scenario normativo internazionale che pongono sfide complesse per l'esigenza di garantire che tali sviluppi regolamentari riflettano anche le specificità del sistema finanziario domestico⁵⁹.

Infine, tra gli atti della Consob si annovera il Protocollo d'Intesa con la Banca d'Italia per l'istituzione di meccanismi e strumenti di collaborazione, di scambio informativo e di confronto per la delimitazione dei rispettivi ambiti di competenza nonché per iniziative di educazione finanziaria mirate.

3. Banca d'Italia

La Banca d'Italia è la banca centrale della Repubblica italiana, istituto di diritto pubblico regolato da norme nazionali ed europee e parte inte-

⁵⁹ Si evidenzia, infatti che, a titolo esemplificativo, che, nella pianificazione 2013-15, al fine di assicurare una rapida ed efficace soluzione alle vertenze originate dagli investitori *retail*, con riflessi positivi anche sulla fiducia nel sistema finanziario, la Consob ha inteso proporre al legislatore primario la modifica l'art. 32-ter TUF introducendo meccanismi di soluzione stragiudiziale delle controversie a partecipazione obbligatoria (e non più volontaria) degli intermediari, sul modello dell'Arbitrato. Nella pianificazione 2016-2018 si è compresa la necessità di mettere a disposizione del risparmiatore gli strumenti minimi per essere consapevole dei livelli di rischio che è in grado di sopportare e delle responsabilità che si assume quando investe in un prodotto finanziario al fine di elevare il livello di competenze finanziarie ed instaurare una rinnovata fiducia nel sistema finanziario ed una propensione al rischio effettivamente commisurata alle capacità e una maggiore diversificazione del portafoglio di investimento delle famiglie. Infine, nella pianificazione 2019 – 21, ancora in corso, la Consob si propone di potenziare la finanza di mercato e, nell'ambito delle proprie competenze, di ridurre gli ostacoli alla quotazione delle imprese al fine di favorire l'acquisizione di risorse stabili per il finanziamento della loro crescita e una maggiore diversificazione della loro struttura finanziaria anche mediante l'innalzamento del livello di conoscenza dei vantaggi che la quotazione produce per le stesse.

grante dell'Eurosistema, composto dalle banche centrali nazionali dell'area dell'euro e dalla Banca centrale europea.

Le sue finalità sono relative ai settori monetario e finanziario, all'interno dei quali essa si occupa del mantenimento della stabilità dei prezzi, della stabilità e dell'efficienza del sistema finanziario e degli altri compiti ad essa affidati dall'ordinamento nazionale⁶⁰.

Data la delicata funzione che la Banca d'Italia riveste, è essenziale che sia tutelata e garantita la sua indipendenza da condizionamenti esterni; pertanto, essa gode di una particolare autonomia, a fronte della quale sono previsti, però, stringenti doveri di trasparenza e pubblicità. Infatti, rende conto del suo operato al Governo, al Parlamento e ai cittadini attraverso la diffusione di dati e notizie sull'attività istituzionale e sull'impiego delle risorse, e si avvale di un sistema di pianificazione strategica tramite il quale delinea la visione, gli obiettivi di medio termine e le relative linee di azione.

In ragione di tali premesse e fermo restando quanto detto dell'attività da essa svolta d'intesa con la Consob, si evidenzia che il potere regolamentare della Banca d'Italia è di difficile collocazione rispetto a quello delle altre Autorità, in quanto è ancora maggiore rispetto a quello che si può evincere dalle leggi, pur essendo essa formalmente esclusa dal vertice organizzativo dei relativi settori economico – finanziari.

I suoi atti normativi sono concretamente adottati sotto forme diverse, in quanto non sempre si è in presenza di regolamenti amministrativi provvisti dei caratteri tipici secondo i canoni tradizionali: essi, infatti, hanno un contenuto che viene determinato dalla Banca d'Italia stessa (ad esempio i regolamenti per il credito ed il risparmio, sono adottati, su proposta della Banca d'Italia, dal CICR⁶¹).

Il suo potere regolamentare è specifico nell'esercizio della funzione di organo di vigilanza sulle aziende e gli istituti di credito ed in altri numerosi casi previsti dalla legge⁶².

⁶⁰ A livello europeo è l'autorità nazionale competente nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico (*Single Supervisory Mechanism*, SSM) sulle banche ed è autorità nazionale di risoluzione nell'ambito del Meccanismo di risoluzione unico (*Single Resolution Mechanism*, SRM) delle banche e delle società di intermediazione mobiliare.

⁶¹ Comitato per il credito ed il risparmio.

⁶² Ad esempio, in attuazione dell'art. 13 del d.lgs. n. 415/1996, la Banca d'Italia ha emanato provvedimento del 29.9.1996 contenente il "Regolamento attuativo dell'art. 13

Segnatamente, la l. n. 385/1993 – contenente il Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia – ha previsto, all’art. 4, primo comma, che la Banca d’Italia, nell’esercizio della sua funzione di vigilanza “*emana regolamenti nei casi previsti dalla legge*” e tra questi casi non appare chiaro se rientri anche l’art. 53 della suddetta legge – relativo alla Vigilanza regolamentare – che attribuisce alla Banca d’Italia (nello svolgimento della sua funzione di vigilanza sulle banche e che comprende anche la vigilanza informativa e quella ispettiva) il potere di emanare (sulla base delle deliberazioni del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio) “*disposizioni di carattere generale*” in materia di adeguatezza patrimoniale, di contenimento del rischio, di partecipazioni detenibili e circa l’organizzazione amministrativa e contabile ed i controlli interni⁶³.

Nell’ambito della nozione di vigilanza regolamentare rientrano istituti diversi, che coinvolgono l’intero campo dei poteri amministrativi oltre che quelli in cui la disciplina legislativa riconosce alla Banca d’Italia il potere di adottare disposizioni a contenuto generale ed astratto; in tale prospettiva la Banca d’Italia si verrebbe a trovare al vertice di un ordinamento sezionale. Essa è divenuta centro di determinazione autonomo dell’indirizzo politico monetario e tale indirizzo è prevalso sui poteri formali imputati agli organi di Governo; la sua indipendenza, connessa al governo della moneta, implicava l’eliminazione di ogni rapporto politico tra la Banca stessa ed il Governo e, come evidenziato in dottrina, le riforme dell’ordinamento creditizio degli anni ’90 hanno “*sancito tale affrancamento dagli organi governativi di indirizzo*”⁶⁴.

In realtà, però, la Banca d’Italia non è stata assunta a modello di amministrazione indipendente in quanto la “tecnicità” delle sue funzioni, separata dal circuito politico, rendeva incerta la definizione dell’autonomia

del d.lgs. 23.7.1996, n. 415, in materia di apertura di succursali e prestazione di servizi all’estero da parte di società di intermediazione mobiliare”; ancora, il provvedimento del 2.7.1991 recante il “*Regolamento emanato ai sensi dell’art. 3, secondo comma, lett. a) e dell’art. 9, quarto e quinto comma, della l. 2.1.1991, n. 1, riguardante: il capitale minimo iniziale delle SIM; le attività connesse e strumentali; la separazione organizzativa e contabile; i coefficienti minimi di patrimonio, di liquidità e di concentrazione ed il patrimonio utile a fini di vigilanza; le forme tecniche dei bilanci e delle situazioni periodiche, le segnalazioni per la redazione delle statistiche finanziarie*”.

⁶³ F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, (ad vocem), Roma, 2001.

⁶⁴ S. FOÀ, *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 54.

ad essa riconosciuta ed il fatto che essa non sia inquadrata tra le amministrazioni indipendenti discende dalla normativa di settore, *“intesa in termini di policentrismo nella determinazione dell’indirizzo politico governativo, da studiare nell’ambito dei rapporti tra organi costituzionali o costituzionalmente rilevanti”*⁶⁵.

In ogni caso, tra gli atti normativi di cui essa dispone sicuramente rientrano i regolamenti, tramite i quali definisce le modalità di regolazione dei settori che spettano alla sua competenza.

Recentemente, infatti, è stato emanato il Provvedimento del 9.7.2019 contenente il *“Regolamento recante la disciplina dell’adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale della Banca d’Italia nell’esercizio delle funzioni di vigilanza”*, ai sensi dell’art. 23 della l. 28.12.2005, n. 262⁶⁶. L’art. 23 in questione – che disciplina i *“Procedimenti per l’adozione di atti regolamentari e generali”* – prevede che *“I provvedimenti della Banca d’Italia, della Consob, dell’Isvap e della Covip aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti all’organizzazione interna, devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono”*.

In ragione di tale norma, dunque, la Banca d’Italia ha emanato il suddetto atto normativo con il quale innanzitutto ha differenziato gli *“atti di regolazione”* da quelli che non lo sono, e ha considerato rientranti nella prima categoria quelli aventi *“natura regolamentare o di contenuto generale di competenza della Banca d’Italia, adottati nell’esercizio delle funzioni di vigilanza bancaria e finanziaria, di risoluzione e di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo”*. Contestualmente, ha elencato quelli che non sono atti di regolazione, e cioè: *“a) gli atti adottati nell’esercizio di funzioni diverse da quelle di vigilanza bancaria e finanziaria, risoluzione e contrasto al riciclaggio e al terrorismo; b) i pareri, le intese e le altre valutazioni formulati dalla Banca d’Italia in relazione ad atti aventi natura regolamentare o di contenuto generale di competenza di altre Autorità; c) i protocolli d’intesa e gli altri accordi che disci-*

⁶⁵ *Ibidem*, 54-55.

⁶⁶ Si tratta della legge contenente le *“Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari”*. Il provvedimento di attuazione dell’art. 23 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 172 del 24.7.2019.

plinano i rapporti con altre Autorità; d) gli atti di mera revisione formale di atti di regolazione in vigore; e) le risposte a quesiti; f) gli atti aventi finalità esclusivamente interpretativa”.

Tale Regolamento, dunque, contiene la disciplina alla quale deve rifarsi la Banca d'Italia per adottare gli atti di regolazione, rispetto ai quali devono essere svolte le consultazioni, l'AIR⁶⁷ e la VIR⁶⁸. Esso puntualizza che nell'adozione di atti di regolazione o di loro schemi debba esserci la consultazione pubblica mediante la pubblicazione sul sito internet della Banca d'Italia di un documento (“documento di consultazione”) che chiarisce il contesto entro il quale si colloca l'atto di regolazione da adottare e le sue finalità, fermo restando che, per motivate esigenze, la Banca d'Italia può adottare modalità di consultazione diverse da quella pubblica⁶⁹.

Dopo che i soggetti interessati abbiano rilasciato i propri commenti secondo le modalità e i termini stabiliti dalla Banca d'Italia stessa, quest'ultima, ai fini dell'adozione degli atti di regolazione, svolge un'AIR prendendo in esame l'impatto sui destinatari, e valuta i commenti ricevuti durante la consultazione solo se pertinenti e rilevanti per la definizione del contenuto degli atti di regolazione⁷⁰.

Di questi è possibile, ovviamente, la revisione; pertanto, la Banca d'Italia svolge, di norma, la VIR sia sugli atti di regolazione, o loro parti, su cui è stata svolta l'AIR, sia su quegli atti che abbiano rivelato impatti significativi sui destinatari, o sul sistema economico e finanziario nel suo complesso, o per i quali è stata riscontrata l'esistenza di criticità in sede di attuazione⁷¹.

Il Regolamento in questione è previsto che debba essere applicato anche nei casi di adozione degli atti di regolazione da adottare d'intesa, o sulla base di altri accordi comunque denominati, con altre Autorità, “*salvo ove diversamente previsto dai protocolli d'intesa o dagli altri accordi*”.

⁶⁷ Analisi di impatto della regolazione.

⁶⁸ Verifica di impatto della regolamentazione.

⁶⁹ Come previsto dal terzo comma dell'art. 3 che prevede che la consultazione può essere ristretta alle associazioni di categoria ovvero a soggetti individuati dalla Banca d'Italia in base agli interessi coinvolti, ad esempio quando gli atti di regolazione abbiano per destinatari soggetti accomunati da interessi omogenei.

⁷⁰ I commenti non comportano obbligo di riscontro specifico e non costituiscono vincolo per l'istruttoria.

⁷¹ Art. 7.

La disciplina testé evidenziata è sintomatica della modalità tramite la quale l’Autorità in questione esercita le sue funzioni; infatti, essa non prescinde dalla interlocuzione con i destinatari della sua attività, che possono esprimersi tramite le consultazioni, ma, soprattutto, quanto statuito negli atti di regolazione può essere modificato in ragione degli impatti che gli atti stessi determinino sui destinatari. Insomma, autonomia ed indipendenza, sì, ma senza prescindere dal rapporto con le istituzioni ed i destinatari dell’attività di regolazione.

Oltre all’attività regolamentare, però, la Banca d’Italia si avvale anche di atti di *soft law*; anzi, bisogna evidenziare che il settore bancario è quello che ha consentito la migliore analisi di tale fenomeno.

Infatti, proprio la Banca d’Italia esercita una intensa azione di *moral suasion* in via informale; essa, insieme alla Consob, si è da sempre avvalsa di atti a carattere generale, quali le istruzioni e le raccomandazioni, per orientare i comportamenti dei soggetti regolati, ampliando, “di fatto”, in questo modo il loro potere normativo⁷².

Pertanto, tra i contenuti del Bollettino di Vigilanza pubblicato da tale Autorità e consultabile *on line*, in aggiunta agli atti che devono essere necessariamente pubblicati in base al T.U., sono pubblicate due tipologie di *soft regulation*, vale a dire le comunicazioni e le istruzioni di vigilanza, così come richiesto dall’art. 4 del T.U. Bancario⁷³. Si tratta di atti a carattere generale, funzionali ad interpretare ed individuare la normazione vigente e contenenti, spesso, indicazioni applicative e orientamenti sostanzialmente regolamentari.

Nell’ambito delle comunicazioni vanno annoverate anche le risposte ai quesiti posti da parte dei soggetti vigilati; gli indirizzi ed i chiarimenti operativi su disposizioni di vigilanza; le segnalazioni dell’entrata in vigore di nuove normative europee, sentenze del giudice amministrativo e qua-

⁷² S. MORETTINI, *Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in *Osservatorio sull’analisi d’impatto della regolazione*, cit., 7.

⁷³ Tale norma richiede che la Banca d’Italia “*emana regolamenti nei casi previsti dalla legge, impartisce istruzioni e adotta i provvedimenti di carattere particolare di sua competenza*”. Rientrano in tale tipologia di atti le Istruzioni di Vigilanza per le banche, le Istruzioni di Vigilanza per gli Intermediari del Mercato Mobiliare, le Istruzioni di Vigilanza per gli Intermediari Finanziari iscritti nell’“Elenco Speciale”, le Istruzioni per la compilazione delle segnalazioni di vigilanza su base consolidata degli enti creditizi, le Istruzioni per la compilazione delle segnalazioni sul patrimonio di vigilanza e sui coefficienti prudenziali e le Istruzioni per la Centrale dei rischi.

lunque strumento idoneo ad orientare i comportamenti delle imprese assoggettate a vigilanza⁷⁴.

Nell'ambito della categoria delle istruzioni⁷⁵, invece, molto rilevanti sono state quelle per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura⁷⁶, emanate nell'agosto 2009, perché quello dell'usura è un contesto rispetto al quale l'attività della Banca d'Italia ha svolto, proprio tramite le istruzioni, una intensa attività per riuscire a contrastarla, anche rispondendo e risolvendo quesiti interpretativi e segnaletici, sorti sulla base delle suddette istruzioni e sulla base delle indicazioni che la stessa Banca ha fornito in merito alla necessità di rimodulare la normativa in vigore in materia di usura. Sulla base di tale attività, la l. n. 108/1996 è stata, infatti, modificata nel 2011 grazie al d.l. n. 70⁷⁷, relativamente al meccanismo di calcolo dei tassi soglia, i quali, a loro volta, sono stati recentemente oggetto di una nuova modifica tramite il Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze 25.3.2019⁷⁸.

Le istruzioni già emanate possono essere oggetto di modifiche succes-

⁷⁴ Costituiscono un esempio di tale tipologia di atti, la Comunicazione del 20.4.2010, con cui la Banca d'Italia indica alcune cautele e indirizzi operativi agli operatori attivi nel comparto del credito *revolving* concesso attraverso l'emissione di carte di credito; ma anche la Comunicazione del 23.6.2010, emanata a seguito di richieste di chiarimenti pervenute dagli intermediari allo scopo di fornire precisazioni in materia di segnalazioni alla Centrale dei Rischi; ma anche la Comunicazione del 16.3.2011 con cui, a seguito dell'entrata in vigore di una Decisione della Banca Centrale Europea e con un quadro normativo nazionale ancora da definire in relazione ad essa, la Banca d'Italia da un lato richiama l'attenzione delle banche sulla estrema delicatezza dell'attività di trattamento del contante e dall'altro indica una serie di cautele da adottare in merito.

⁷⁵ Tali atti sono presenti nel Bollettino di Vigilanza e sono pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale quando hanno carattere generale e contengono disposizioni destinate anche a soggetti diversi da quelli sottoposti a vigilanza.

⁷⁶ L. n. 108/1996, recante "Disposizioni in materia di usura".

⁷⁷ Il c.d. decreto sviluppo, convertito con l. 12.7.2011, n. 106.

⁷⁸ Pubblicato sulla *G.U.* n. 76 del 30.3.2019. Esso è entrato in vigore dall'1.4.2019, fissa la soglia dei tassi antiusura per i mutui da applicare per il periodo che va dall'1-4 al 30.6.2019. L'Allegato "A" del Decreto citato riporta le medie aritmetiche dei tassi sulle singole operazioni delle banche e degli intermediari finanziari non bancari, corrette per la variazione del valore medio del tasso applicato alle operazioni di rifinanziamento principali dell'Eurosistema con riferimento alla rilevazione nel periodo 1.10.-31.12.2017. Infatti, l'art. 2, primo comma, della l. n. 108/1996, dispone che il Ministro del Tesoro rilevi trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per Imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari.

sive da parte della stessa Banca d'Italia che può integrarle per aggiornarne il contenuto in base ai chiarimenti resi noti agli operatori del settore con lettere di carattere generale⁷⁹.

Tra le istruzioni vanno menzionate, però, anche quelle di vigilanza per gli intermediari finanziari iscritti nell'“Elenco Speciale”, adottate con la Circolare n. 216 del 5.8.1996, cui è stato apportato un ultimo aggiornamento (il nono) il 28.2.2008. Si tratta di un atto indirizzato ai soggetti che devono iscriversi nell'elenco speciale e che sono individuati nell'ambito degli intermediari che svolgono nei confronti del pubblico attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, ma anche l'assunzione di partecipazioni, l'intermediazione in cambi, la prestazione di servizi di incasso, pagamento e trasferimento di fondi anche mediante emissione e gestione di carte di credito. Tramite tale atto, il Governatore della Banca d'Italia ha emanato le disposizioni relative alle modalità cui gli intermediari finanziari si attengono per l'iscrizione nell'elenco speciale nonché la composizione dei parametri rilevanti ai fini dell'iscrizione in tale elenco.

4. Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm)

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm), o *Anti-trust*, è un'Autorità amministrativa indipendente⁸⁰ che svolge la sua attività e prende decisioni in piena autonomia rispetto al potere esecutivo; essa è stata istituita con la l. 10.10.1990, n. 287⁸¹.

Il suo compito principale è quello di garantire il principio comunitario di concorrenza, vigilando affinché non si producano nel mercato fenomeni di intesa o concentrazione o abuso di potere dominante, che sono vietati dalla legislazione nazionale in base al diritto comunitario. Essa controlla le operazioni di concentrazione (*fusioni o take-over*) che superano un

⁷⁹ Ad esempio, il 17° aggiornamento delle “Istruzioni per la compilazione delle segnalazioni di vigilanza su base consolidata”, avvenuto il 9.2.2011.

⁸⁰ Si tratta di un organo collegiale composto da tre componenti, di cui uno è il presidente; attualmente – e cioè dal 2011 – il numero dei componenti è stato ridotto a tre (da cinque) che durano in carica 7 anni, non rinnovabili. Il responsabile della struttura è il segretario generale ed ha il compito di sovrintendere al funzionamento degli uffici.

⁸¹ Recante “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”.

certo valore; svolge attività di tutela nei confronti del consumatore in materia di pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie e pubblicità ingannevole; di valutazione e conseguenziali sanzioni per i casi di conflitto d'interesse dei componenti del Governo; e di valutazione e di attribuzione del punteggio di *rating* di legalità⁸².

La sua attività si svolge attraverso istruttorie o indagini conoscitive che possono concludersi con una diffida o una sanzione amministrativa; nei casi di necessità e urgenza può emettere provvedimenti cautelari, anche *inaudita altera parte*, per la tutela di interessi generali⁸³.

Segue, dunque, moduli di matrice contenziosa e adotta atti di natura provvedimentale in relazione a situazioni particolari e predeterminate impugnabili dinanzi al giudice amministrativo⁸⁴.

Successivamente alla sua istituzione, l'Autorità è stata investita di nuove ulteriori competenze dal legislatore, che ne hanno arricchito il profilo. Infatti, oltre agli evidenziati compiti, essa ha anche quello di proteggere i consumatori attraverso la repressione delle pratiche commerciali scorrette vietate dal Codice del Consumo⁸⁵.

Si tratta di una competenza evolutiva rispetto a quella originariamente attribuita all'Autorità in materia di pubblicità ingannevole e che è connessa alla tutela della concorrenza. La sua presenza offre al consumatore la possibilità di esercitare consapevolmente le proprie scelte economiche, selezionando i prodotti migliori ed alimentando, così, la dinamica concorrenziale fra le imprese.

A tali competenze, molto recentemente, si sono aggiunte anche quelle di tutela del Viaggiatore; infatti, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 62/2018⁸⁶ che ha modificato il Codice del Turismo del 2011, l'Agcm è stata investita del ruolo di accertare le violazioni in materia di disciplina del contratto di pacchetto turistico e di servizi turistici collegati e di ini-

⁸² Cfr. M. DE BENEDETTO, *L'Autorità garante delle concorrenza e del mercato*, Bologna, 2000, *passim*.

⁸³ P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2015, 767.

⁸⁴ Cfr. le considerazioni di G. DE MINICO, *Profili sistematici dei procedimenti dinanzi all'Antitrust*, a cura di F.B. SEVERI, Milano, 1998, 13 ss.

⁸⁵ D.lgs. n. 206/2006, artt. 18-27.

⁸⁶ Con tale decreto è stata recepita la direttiva 2015/2302/UE relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati.

birne la continuazione, – eliminandone gli effetti – avvalendosi degli strumenti della l. n. 689/1981 e del d.lgs. n. 206/2005, attraverso un sistema puntuale e completo di sanzioni amministrative che essa deve applicare alle singole fattispecie, che siano o meno gravi⁸⁷. Il Viaggiatore è, infatti, un Consumatore le cui esigenze sono specificamente legate al viaggio e vanno soddisfatte da parte delle figure che operano concretamente nel settore, vale a dire le Agenzie di Viaggio ed i Tour Operator, (rispettivamente Intermediario/Venditore ed Organizzatore).

L'Agcm è chiamata ad intervenire solo nella fase patologica del rapporto; per cui, ai sensi dell'art. 51-*octies* del Codice del Turismo, salvo che il fatto non costituisca reato o configuri una fattispecie di illecito amministrativo sanzionato con legge delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano⁸⁸, essa accerta le violazioni (d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse), ne inibisce la continuazione e ne elimina gli effetti, avvalendosi a tal fine degli strumenti, anche sanzionatori⁸⁹,

⁸⁷ Tale sistema di sanzioni è stato predisposto dalla sez. IX introdotta al Codice del Turismo del 2011 – “Tutela amministrativa e giurisdizionale” – e dagli artt. 51-*septies*, *octies* e *novies*.

⁸⁸ Art. 51-*septies*.

⁸⁹ Quando l'Autorità riceve una denuncia o raccoglie informazioni riguardo a possibili pregiudizi alla concorrenza, il caso viene assegnato alla Direzione competente per materia. La Direzione svolge un'indagine preliminare e propone all'Autorità di avviare o meno un'istruttoria. Nel caso che l'Autorità decida di avviare l'istruttoria, i soggetti direttamente interessati ne vengono ufficialmente avvisati. Le parti hanno il diritto di essere sentite e di prendere visione dei documenti che riguardano l'istruttoria, a meno che questi non siano coperti da riservatezza, secondo le disposizioni della l. n. 241/1990. Almeno trenta giorni prima della chiusura viene inviata alle parti, nonché ai soggetti interessati che siano stati ammessi a partecipare al procedimento, la comunicazione delle risultanze istruttorie, che indica le valutazioni che l'Autorità ha fin lì ritenuto di formulare sulla base dell'istruttoria. Le parti, che possono presentare memorie scritte fino a cinque giorni prima della chiusura dell'istruttoria, hanno diritto di essere ascoltate in audizione finale. Nel corso di tale audizione, le imprese interessate e la Direzione che ha condotto l'istruttoria esprimono le rispettive posizioni, discutendo i risultati dell'indagine, al cospetto del Collegio. Nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, l'Autorità può adottare, d'ufficio, misure cautelari per un determinato periodo di tempo e può infliggere sanzioni amministrative pecuniarie fino al 3% del fatturato qualora le imprese non vi adempiano. Nel caso delle concentrazioni il termine, fissato per legge, per decidere se aprire un'istruttoria è di 30 giorni e quello per concluderla è di 45 giorni. Per le intese e per gli abusi di posizione dominante l'Autorità fissa di volta in volta il termine per la conclusione del procedimento: in genere, dall'avvio dell'istruttoria viene fissato un termine di 240 giorni per la conclusione della stessa.

previsti dal d.lgs. 6.9.2005, n. 206⁹⁰.

In tale ambito, la competenza dell'Agcm è una novità, in quanto è espressamente richiamata dal nuovo Codice del Turismo, mentre, quando il Turista era considerato un semplice Consumatore e non specificamente un Viaggiatore⁹¹, la competenza dell'*Antitrust* nei suoi confronti era disciplinata dal Codice del Consumo. Il procedimento dinanzi ad essa è un procedimento amministrativo, che segue la disciplina della l. n. 241/1990 e si conclude con l'irrogazione della sanzione se, al termine dell'istruttoria, si sarà valutata la necessità di applicarla⁹².

Ogni attività di competenza dell'Agcm si svolge attraverso un procedimento amministrativo e la relativa disciplina, sulla base della normativa vigente, è contenuta in regolamenti che l'Agcm emana tramite delibera⁹³.

Ad esempio, con la delibera n. 25411 del 1.4.2015, essa ha emanato il Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie, ai sensi del d.lgs. 2.8.2007, n. 145 sulla pubblicità ingannevole e del d.lgs. 6.9.2005, n. 206 e successive modificazioni ("Codice del Consumo"). Tale Regolamento, nel disciplinare i procedimenti amministrativi dell'Autorità in tale ambito, prevede la figura del responsabile del procedimento, regola l'attività pre-istruttoria ed istruttoria, i ter-

⁹⁰ In base all'art. 27 del Codice del Consumo, l'Agcm inibisce d'ufficio, o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimina gli effetti, avvalendosi di poteri investigativi ed esecutivi. L'Autorità può disporre, con provvedimento motivato, la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette, laddove sussiste particolare urgenza. In ogni caso, comunica l'apertura dell'istruttoria al professionista e, se il committente non è conosciuto, può richiedere al proprietario del mezzo che ha diffuso la pratica commerciale ogni informazione idonea ad identificarlo.

⁹¹ E cioè prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 61/2018.

⁹² In linea generale, c'è da segnalare che inizialmente la giurisprudenza ha ommesso che la partecipazione a questi procedimenti potesse rivestire un ruolo "codecisionale", attribuendole, viceversa, una funzione meramente collaborativa, al fine di evitare un deciso rallentamento di procedimenti che, naturalmente, presuppongono tempi brevi e soluzioni rapide. La principale conseguenza di ciò è stato di ritenere non fondato l'attribuzione in capo alle Autorità né di un generale obbligo di motivazione dei regolamenti, né, soprattutto, di un obbligo specifico di contro dedurre alle osservazioni fatte dai privati.

⁹³ Cfr. A. DI NOCE, *Antitrust e regolazione nelle decisioni con impegni in materia di energia*, in *Mercato concorrenza regole*, 2011, 333 ss.

mini del procedimento, la partecipazione, l'accesso, le ispezioni e prevede che, all'esito dell'istruttoria, il Collegio possa adottare, come provvedimento finale, o la decisione di non ingannevolezza/illiceità del messaggio pubblicitario ovvero di non scorrettezza della pratica commerciale o di chiusura del procedimento per insufficienza degli elementi probatori; oppure la decisione di ingannevolezza/illiceità del messaggio pubblicitario ovvero di scorrettezza della pratica commerciale, accompagnata da diffida e sanzione pecuniaria ed eventualmente da pubblicazione di estratto del provvedimento e/o di una dichiarazione rettificativa e/o dall'assegnazione di un termine per l'adeguamento della confezione del prodotto.

Il provvedimento finale dell'Autorità contiene l'indicazione del termine ed il soggetto presso cui è possibile ricorrere; esso è comunicato alle parti ed ai soggetti eventualmente intervenuti nel procedimento oltre che essere pubblicato, entro venti giorni dalla sua adozione, nel bollettino presente sul sito istituzionale dell'Autorità, la quale può rendere note le proprie decisioni anche attraverso comunicati stampa.

La l. n. 287/1990 – come precisato all'art. 1, primo comma – è stata emanata in attuazione dell'art. 41 Cost. “*a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica*” e si applica “*alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese*”; è, dunque, una legge che autorizza un'attività – in capo all'Autorità – grazie alla quale possa essere attuata nel miglior modo possibile la norma costituzionale che disciplina e tutela l'iniziativa economica privata, affinché essa si possa svolgere liberamente e non in “*contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*”.

Questa stessa legge – al secondo comma dell'art. 10 – riconosce all'Agcm un'ampia autonomia, definendola un organo collegiale che “*opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione*”, facendo sì che essa sia soggetta soltanto alla legge. All'Agcm sono stati riconosciuti poteri simili a quelli della Consob e dell'Isvap (ora Ivass), tuttavia se ne differenzia sia per il grado di indipendenza sia per la disciplina delle procedure rimesse alla relativa competenza, con particolare riferimento alla fase istruttoria, che spetta al Governo⁹⁴.

⁹⁴ Analoga autonomia è riconosciuta anche alla Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali – disciplinata dalla l. n. 146/1990 – e, per chi ritiene di ricondurla nel novero delle ammini-

In buona sostanza, l'Agcm è un'istituzione che si distingue, quale vigilante *ex post*, dai regolatori *ex ante* dei mercati "semi-indipendenti" e cioè Agcom, Arera – già Aeegsi – e Consob⁹⁵.

Anche il suo potere normativo è molto ampio: esso riguarda sostanzialmente la propria organizzazione ed il proprio funzionamento.

L'art. 10 della l. n. 287/1990, infatti, la autorizza a deliberare "*le norme concernenti la propria organizzazione e il proprio funzionamento, quelle concernenti il trattamento giuridico ed economico del personale e l'ordinamento delle carriere, nonché quelle dirette a disciplinare la gestione delle spese nei limiti previsti dalla presente legge, anche in deroga alle disposizioni sulla contabilità generale dello Stato*"⁹⁶.

Inoltre, sempre con regolamento, essa disciplina l'ordinamento delle carriere e il trattamento giuridico ed economico del personale e, dunque, il rapporto di impiego di coloro che lavorano all'interno dell'Autorità stessa.

Le è riconosciuta anche un'ampia autonomia contabile e di spesa; infatti, il settimo comma dell'art. 10, così come modificato dalla l. n. 27/2012, prevede che essa provveda all'autonoma gestione delle spese per il proprio funzionamento, attraverso un contributo derivante da una percentuale relativa al fatturato risultante dall'ultimo bilancio approvato dalle società di capitale, con ricavi totali superiori a 50 milioni di euro. Disciplina con regolamento anche l'ambito relativo al contenuto e alla struttura del bilancio di previsione (il quale deve comunque contenere le spese indicate entro i limiti delle entrate previste) che disciplina anche le modalità per le eventuali variazioni⁹⁷.

strazioni indipendenti, all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (Avcp), ora sostituita da Anac.

⁹⁵ F. CINTIOLI, *Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli e le autorità amministrative indipendenti, ieri e oggi*, in *federalismi.it*, n. 12/2019.

⁹⁶ In ragione di tale potere di autoregolamentazione, il 12.12.1990 l'AGCM aveva approvato un ordinamento dei servizi e degli uffici contenente alcune norme sul funzionamento dei suoi uffici e la prima articolazione della sua struttura burocratica che avrebbe dovuto essere valida fino alla formazione della pianta organica del personale e all'espletamento delle relative assunzioni.

⁹⁷ Come previsto dal sesto comma dell'art. 10 che recita: "*L'Autorità delibera le norme concernenti la propria organizzazione e il proprio funzionamento, quelle concernenti il trattamento giuridico ed economico del personale e l'ordinamento delle carriere, nonché quelle dirette a disciplinare la gestione delle spese nei limiti previsti dalla presente legge, anche in deroga alle disposizioni sulla contabilità generale dello Stato*".

Gode, dunque, di un'autonomia contabile rispetto alle previsioni del bilancio dello Stato e di un'ampia autonomia di spesa; aspetti, questi due in particolare, che, già da soli, testimoniano la sua reale indipendenza. Ma la potestà di autoregolamentazione contabile è ancora più sintomatica della sua ampia autonomia, anche rispetto alle altre autorità.

Tra i regolamenti dell'Agcm c'è anche quello sul conflitto di interessi – approvato con la delibera Agcm n. 13779 del 16.11.2004⁹⁸ – relativo alle condotte omissive che assumono rilievo ai fini dell'accertamento del conflitto di interessi se realizzate in violazione di un obbligo giuridico derivante dalla legge o da altra fonte del diritto. Esso è stato emanato per assolvere all'ulteriore compito che la l. n. 215/2004 le ha attribuito, e cioè quello di vigilare sui conflitti di interessi affinché i titolari di cariche di governo, nell'esercizio delle loro funzioni, si dedichino esclusivamente alla cura degli interessi pubblici e si astengano dal porre in essere atti e dal partecipare a deliberazioni collegiali in situazioni di conflitto di interessi. Nei casi rientranti nella disciplina del suddetto Regolamento, l'Autorità, valutate preventivamente e specificamente le condizioni di proponibilità e ammissibilità della questione, entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della dichiarazione di incompatibilità ovvero d'ufficio, delibera l'avvio del procedimento⁹⁹, indicando, nella relativa comunicazione, gli elementi essenziali in merito alle presunte violazioni, il termine di conclusione del procedimento, il responsabile dello stesso e l'ufficio presso il quale si può prendere visione degli atti, dati, questi, che comunica anche al titolare della carica di governo interessato. Il procedimento, accertata la sussistenza della situazione di incompatibilità, si conclude con la richiesta agli organismi e alle autorità competenti di provvedere all'adozione degli atti previsti dalla l. n. 215/2004¹⁰⁰. Inoltre, l'art. 14 di tale

⁹⁸ Tale provvedimento contiene l'Approvazione del regolamento concernente i "*criteri di accertamento e procedure Istruttorie relativi all'applicazione della l. 20.7.2004, n. 215 recante Norme in materia di risoluzione dei conflitti di interessi. Esso è stato modificato da ultimo dalla delibera n. 26042 del 18.5.2016*".

⁹⁹ Ai sensi dell'art. 8 del Regolamento.

¹⁰⁰ In particolare, gli atti previsti dal primo comma dell'art. 6 di tale legge, che prevede che l'Agcm accerta la sussistenza delle situazioni di incompatibilità, vigila sul rispetto dei divieti conseguenti e promuove, nei casi di inosservanza: a) la rimozione o la decadenza dalla carica o dall'ufficio ad opera dell'Amministrazione competente o di quella vigilante l'ente o l'impresa; b) la sospensione del rapporto di impiego o di lavoro pubbli-

Regolamento prevede la partecipazione al procedimento da parte dei soggetti ai quali è stato comunicato l'avvio del procedimento, i quali hanno diritto di accedere agli atti dello stesso e di presentare memorie scritte e documenti.

I regolamenti dell'Agcm non sono soggetti ad alcuna forma di controllo – né di legittimità, né di merito – da parte di altri organi dello Stato; ma, sebbene si sia evidenziato che la potestà regolamentare di tale Autorità sia molto ampia – potendo essa emanare norme anche in deroga alle disposizioni sulla contabilità generale dello Stato – e che tale ampiezza si coniuga con l'autonomia contabile e di spesa che le conferisce una reale indipendenza ed autonomia, va, però, precisato che l'autonomia in questione è circoscritta alle materie evidenziate¹⁰¹.

Il regolamento sulle procedure da seguire davanti all'Autorità¹⁰², ad esempio, è adottato dal Governo. In applicazione di esso, l'Autorità predispose modelli e formulari per la comunicazione di operazioni di concentrazione o per la comunicazione di intese rispetto ai quali individua preventivamente alcuni aspetti di carattere interpretativo delle norme legislative che essa applica nello svolgimento della sua attività¹⁰³.

In tali casi, dunque, i suoi non sono atti normativi in senso proprio, ma delle *guidelines* da essa stessa elaborate tramite le quali si pronuncerà successivamente sulle comunicazioni inoltrate, e questa circostanza dà a tali atti una forza conformativa nei confronti degli operatori del mercato, fondata sull'aspettativa di decisioni coerenti con tali orientamenti.

Ad esempio, con la delibera n. 25152 del 22.10.2014, l'Agcm ha approvato le linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità stessa in applicazione dell'art. 15, primo comma, della l. n. 287/1990. All'interno di esse, l'Autorità evidenzia l'ampio margine di discrezionalità di cui dispone nell'esercizio del potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie, finalizzate non solo a punire coloro che hanno posto in es-

co o privato; c) la sospensione dall'iscrizione in albi e registri professionali, che deve essere richiesta agli ordini professionali per gli atti di loro competenza.

¹⁰¹ Cons. Stato, sez. VI, 28.11.2012, 6014.

¹⁰² D.p.r. 30.4.1998, n. 217 – Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

¹⁰³ Ad esempio, stabilisce cosa intende per “operazione di concentrazione” o “intesa”.

sere condotte illecite, ma anche a scongiurare la reiterazione delle stesse, e a dissuadere le altre imprese dall'attuare comportamenti vietati¹⁰⁴.

Lo scopo delle linee guida, dunque, è quello di illustrare i principi che essa applicherà per la quantificazione delle sanzioni nei casi di infrazioni gravi alle norme nazionali o comunitarie in materia di intese e di abuso di posizione dominante, per esplicitare la metodologia seguita per la quantificazione delle sanzioni – in modo funzionale a consentire alle parti di essere messe a conoscenza delle motivazioni e dell'*iter* logico che hanno indotto l'Autorità ad irrogare una determinata sanzione pecuniaria¹⁰⁵ – ma anche per consentire un grado più elevato di trasparenza e prevedibilità delle sanzioni applicabili agli illeciti concorrenziali al fine di scoraggiare le violazioni del diritto *antitrust*¹⁰⁶.

Come si sta di volta in volta evidenziando attraverso l'analisi dei poteri normativi delle singole Autorità indipendenti, le funzioni ad esse attribuite non sono inquadrabili all'interno di un'unica categoria¹⁰⁷ e non è detto che necessariamente le debbano svolgere tutte, dipendendo i poteri di ciascuna dallo specifico settore di competenza.

L'Agcm, insieme al Garante per la protezione dei dati personali, appartiene alla categoria delle Autorità indipendenti "trasversali", ovvero quelle che sono preposte alla tutela di specifici interessi di rilievo pubblico in ogni settore dell'ordinamento. Invece, la Consob, l'Ivass e l'Agcom appartengono alla categoria delle Autorità indipendenti "di settore" che, al contrario, sono Autorità preposte alla tutela di interessi di rilievo pubblicistico, peculiari di uno specifico settore economico.

¹⁰⁴ In particolare, nell'esercizio del proprio potere sanzionatorio, l'Autorità persegue il duplice obiettivo della deterrenza specifica nei confronti delle imprese o delle associazioni di imprese che si sono rese responsabili di una violazione delle norme in materia di intese e di abuso di posizione dominante (c.d. effetto dissuasivo specifico); e della deterrenza generale nei confronti degli altri operatori economici dall'assumere o continuare condotte contrarie alle norme di concorrenza (c.d. effetto dissuasivo generale).

¹⁰⁵ In tal modo facilitando al contempo un pieno sindacato giurisdizionale sull'operato dell'Istituzione.

¹⁰⁶ F. GHEZZI-G.D. PINI., *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Riv. società*, 2015, 1196 ss.

¹⁰⁷ Infatti, le attività generalmente svolte dalle Autorità indipendenti possono suddividersi in attività di regolazione, attività amministrative in senso stretto (rilascio di autorizzazioni e adozione di provvedimenti), funzioni arbitrali e contenziose, attività sanzionatorie, attività consultive.

Nel caso di pratiche commerciali scorrette può accadere che si pongano questioni relative ad attività che si svolgono in campi governati da una diversa Autorità indipendente di settore e che, quindi, si possa invadere il campo di azione di un'Autorità diversa.

Può accadere, insomma, che un'Autorità indipendente trasversale si trovi a vigilare su comportamenti che ledono l'interesse che essa è preposta a difendere ma che, al contempo, si svolgono in campi governati da una Autorità indipendente di settore. Un problema del genere si pone, ad esempio, tra Agcm e Agcom nel caso di pratiche commerciali scorrette nel settore delle telecomunicazioni e, ad esempio, nel caso di addebito di servizi non richiesti sulla SIM da parte delle compagnie telefoniche.

L'Agcm ha la funzione di vigilare sulla concorrenza e sul corretto funzionamento del mercato in generale, oltre che sul corretto funzionamento del mercato in specifici settori economici come, ad esempio, quello delle comunicazioni elettroniche; il Codice del Consumo prevede, inoltre, che essa abbia anche il compito di proteggere il consumatore da specifiche condotte abusive suscettibili di essere attuate nei più disparati settori economici (quali le condotte di addebito di servizi non richiesti sulla SIM da parte delle compagnie telefoniche)¹⁰⁸.

L'Agcom, a sua volta, esercita, invece, funzioni a tutela dell'utenza dell'ambito delle comunicazioni elettroniche¹⁰⁹.

L'art. 19, comma 3, del Codice del Consumo, nel recepire l'art. 3, par. 4, della direttiva 2005/29/CE, ha previsto che *“in caso di contrasto le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici”*. In pratica, in ragione del principio di specialità, le funzioni dell'Agcom devono prevalere sulle funzioni attribuite dalle disposizioni del Codice del Consumo all'Agcm.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta sul tema in varie occasioni¹¹⁰ ed ha affermato, sulla scorta del principio di specialità suesposto, che spetta all'Agcom, e non all'Agcm, la competenza a sanzio-

¹⁰⁸ L. FIORENTINI, *Autorità garante della concorrenza e del mercato e tutela dei consumatori*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 1040 ss.

¹⁰⁹ Funzioni disciplinate dall'apposito Codice delle comunicazioni elettroniche.

¹¹⁰ Con le sentt. nn. 11, 12, 13, 15 e 16/2012.

nare le violazioni delle prescrizioni dettate dal Codice delle Comunicazioni Elettroniche in materia di attività anticoncorrenziale da parte dei gestori degli impianti di telecomunicazioni.

Con un più recente orientamento¹¹¹, però, essa ha ritenuto necessario operare un distinguo, sostenendo che, alla luce delle generali attribuzioni disposte dalla legge, mentre la pratica commerciale aggressiva è senza dubbio di competenza dell'Agcm, la violazione degli obblighi informativi su servizi telefonici è, invece, di per sé, suscettibile di sanzione da parte dell'Agcom. Nello specifico caso di addebito di servizi non richiesti sulla SIM da parte delle compagnie telefoniche, si sarebbe in presenza del caso particolare di una pratica commerciale aggressiva che ingloba la violazione degli obblighi informativi contenuti nel Codice delle Comunicazioni elettroniche. Ciò posto, in tale occasione ha affermato la competenza dell'Agcm e non dell'Agcom, ma sempre sulla scorta del principio di specialità. Infatti, l'addebito di servizi non richiesti sulla SIM costituisce una progressione di più condotte lesive che, muovendo dalla violazione di meri obblighi informativi, ha come effetto ulteriore e specializzante quello di realizzare una pratica anticoncorrenziale vietata, ovvero di una pratica commerciale aggressiva. Tale affermazione dimostra che l'accento va posto non sulla specialità del settore delle comunicazioni rispetto alla concorrenza in genere, bensì sul fatto che la violazione degli obblighi informativi abbia comportato l'effetto ulteriore di dar luogo ad una pratica commerciale scorretta e, dunque, che il principio di specialità di cui all'art. 19 del Codice del Consumo non vada applicato avendo riguardo alle materie regolate, bensì alle fattispecie concrete.

In materia è intervenuta anche la Corte di Giustizia¹¹² alla quale era stato chiesto se il principio di specialità ostasse ad una interpretazione dell'art. 19 del Codice del Consumo che, pur in presenza di una disciplina di settore regolante in maniera compiuta le pratiche commerciali vietate in uno specifico settore economico (cioè quello del Codice della Comunicazioni Elettroniche), impone l'applicazione della normativa generale sulle pratiche scorrette del Codice del Consumo (con conseguente competenza dell'Agcm e non dell'Agcom). La Corte di Giustizia – dopo avere precisato, innanzitutto, che effettivamente la nozione di “*fornitura non richie-*

¹¹¹ Si veda la sent. n. 3/2016.

¹¹² Con la sent. 13.9.2018 nelle cause riunite C-54/17 e C-55/17.

sta¹¹³” ricomprende condotte consistenti nella commercializzazione, da parte di un operatore di telecomunicazioni, di carte SIM sulle quali sono preimpostati e preattivati determinati servizi (quali la navigazione Internet e la segreteria telefonica) senza che il consumatore sia stato previamente ed adeguatamente informato né di tale preimpostazione e preattivazione, né dei costi di tali servizi – ha concluso che non contrasta con il diritto europeo la normativa nazionale che attribuisce i poteri sanzionatori all’Agcm, con esclusione della competenza dell’Autorità di settore.

L’intervento del giudice è stato richiesto in molte altre questioni relative all’attività dell’Agcm.

Ad esempio, una questione senz’altro molto rilevante – e che coinvolge anche le altre Autorità indipendenti – è relativa al se l’Agcm possa sollevare questioni di legittimità costituzionale.

Sul punto si è recentissimamente espressa la Corte Costituzionale¹¹⁴, la quale ha statuito che le questioni di legittimità costituzionale sollevate dall’Agcm sono inammissibili per difetto di legittimazione del rimettente¹¹⁵.

La sua decisione coinvolge tutte le altre amministrazioni perché la Corte Suprema dichiara che l’Agcm – al pari di tutte le altre amministrazioni indipendenti¹¹⁶ – non è e non può essere giudice, in quanto è portatrice di un interesse pubblico specifico – che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato¹¹⁷ – che non la pone in “*posizione di indifferenza e neutralità ri-*

¹¹³ Ai sensi dell’allegato I, punto 29, della direttiva 2005/29/CE.

¹¹⁴ Sent. n. 13/2019, emanata relativamente al giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 93-ter, primo comma-bis, della l. 16.2.1913, n. 89 (Sull’ordinamento del notariato e degli archivi notarili), come introdotto dall’art. 1, quattrocentonovantacinquesimo comma, lett. c), della l. 27.12.2017, n. 205 (Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020), e dell’art. 8, secondo comma, della l. 10.10.1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), promosso dal Collegio dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, nel procedimento avviato nei confronti del Consiglio notarile di Milano, con ordinanza del 3.5.2018, iscritta al n. 86 del registro ordinanze 2018 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 24, prima serie speciale, dell’anno 2018.

¹¹⁵ Dubbi espressi sulla possibilità di considerare l’Agcm come giudice *a quo* v. M. CLARICH, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato come “giudice a quo” nei giudizi di costituzionalità*, in *Federalismi.it*, n. 15/2018; M. LIBERTINI, *Osservazioni sull’ordinanza 1/2018 (proc. 1803) dell’AGCM*, in *Federalismi.it*, n. 14/2018; S. STAIANO, *Essere giudice ‘a limitato fine’. Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, cit.

¹¹⁶ Come già statuito dalla Corte Cass., sez. I civ., sent. 20.5.2002, n. 7341.

¹¹⁷ Artt. 1 e 10 della l. n. 287/1990.

spetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale". Inoltre, la sua attività 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 parità¹¹⁸.

Ma oltre a questa si sono poste anche questioni relative all'accesso alle procedure istruttorie, rispetto alle quali è stato statuito che l'Agcm può disporre motivatamente il differimento dell'accesso ai documenti richiesti fino a quando non sia accertata la loro rilevanza ai fini della prova delle infrazioni, e comunque non oltre la comunicazione delle risultanze istruttorie¹¹⁹. Pertanto, in carenza di congrua motivazione, il differimento deve considerarsi illegittimo. Inoltre, si è deciso di sottrarre all'accesso ai sensi dell'art. 13, quinto comma, del Regolamento in materia di procedure istruttorie – conformemente a quanto è previsto a livello europeo – le note interne tra le Direzioni istruttorie dell'Autorità ed il Collegio, nonché la corrispondenza relativa alla collaborazione con la Guardia di Finanza.

Sempre in tema differimento di accesso, è stata ritenuta legittima la scelta dell'Agcm di rinviare l'accesso al momento della conclusione della consultazione pubblica, atteso che le esigenze di riservatezza dell'azione dell'Autorità non consentono ad un operatore di entrare anticipatamente in possesso di informazioni riguardanti uno schema di provvedimento, e quindi in forma privilegiata¹²⁰.

Nel bilanciamento fra la riservatezza delle informazioni e l'esigenza di assicurare il contraddittorio nei procedimenti *antitrust*, si è sostenuto che il diritto di accesso debba tendenzialmente prevalere su quello alla riservatezza, consentendo alle imprese di conoscere il contenuto dell'intero fascicolo, con indicazione degli atti secretati e del relativo contenuto. Inoltre, in relazione ai documenti costituenti elementi di prova a carico o richiesti dalle imprese al fine di esercitare il diritto di difesa, la secretazione deve essere strettamente limitata alle parti sensibili del documento, anche se tale preminenza non assume carattere assoluto ed impone alla parte di dimostrare la

¹¹⁸ Cons. Stato, sez. VI, sent. 26.3.2015, n. 1596; sez. VI, sent. 11.1.2016, n. 38.

¹¹⁹ Cfr. TAR Lazio, sez. I, sent. 18.12.2017, n. 12445.

¹²⁰ TAR Lazio, sez. I, sent. 29.7.2015, n. 10451.

connessione con gli atti di cui ipotizza la rilevanza a fini difensivi, non essendo sufficiente l'allegazione di esigenze genericamente enunciate.

Un cenno va fatto, poi, in merito alla estensione ed ai limiti del controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti connotati da discrezionalità tecnica, e, dunque, anche dell'Agcm. Infatti, superata la tesi del c.d. "sindacato estrinseco" – in base al quale il giudice poteva rilevare solo i vizi di manifesta illogicità ed incongruenza, senza potere entrare nel merito del provvedimento – l'orientamento ormai pacifico¹²¹ consente di esercitare un controllo *ab intrinseco*, non solo sui fatti posti a fondamento della decisione, ma anche sull'attendibilità del criterio tecnico adoperato e del procedimento applicativo seguito dall'Autorità¹²².

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹²³ hanno stabilito, in merito alla intensità di tale controllo con riferimento agli atti emanati dall'Agcm (se, cioè, debba essere forte o "sostitutivo" o, invece, debba essere "debole") che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche a profili tecnici, il cui esame è necessario per giudicare della legittimità del provvedimento stesso. Tuttavia, quando in siffatti profili tecnici sono coinvolte valutazioni che presentano un oggettivo margine di opinabilità, detto sindacato, oltre che ad un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità¹²⁴.

Sul punto è intervenuto anche il Consiglio di Stato¹²⁵ il quale ha affermato che il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti è pieno e particolarmente penetrante e può estendersi sino al

¹²¹ Cons. Stato, sez. IV, 9.4.1999, n. 601.

¹²² TAR Lazio, sez. I, 22.2.2016, n. 2309; Id., 9.3.2015, n. 3916; in dottrina, A. ATANASIO, *L'ambito della sindacabilità in tema di discrezionalità tecnica esercitata dalle autorità indipendenti* (Nota a TAR Lombardia, sez. IV, 10 luglio 2007, n. 5362), in *Merito*, fasc. 1, 2008, 87 ss.

¹²³ Sent. 20.1.2014, n. 1013; Id. 13.5.2013, n. 11345. Cfr. anche Cass., S.U., 29.4.2005, n. 8882; 17.3.2008, n. 7063.

¹²⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28.2.2017, n. 927; Id., 11.7.2016, n. 3047; Id., 30.6.2016, n. 2947.

¹²⁵ Sez. VI, 14.10.2016, n. 4266.

controllo dell'analisi compiuta dall'Autorità. Inoltre, i giudici hanno sostenuto che, piuttosto che su un sindacato forte o debole, l'attenzione vada posta unicamente sulla ricerca di un controllo tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie e in cui sia attribuito al giudice il compito di verificare se il potere a tal fine attribuito all'Autorità sia stato correttamente esercitato.

In base a tale orientamento, dunque, l'unico limite per la tutela giurisdizionale è l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal Legislatore all'Autorità¹²⁶.

L'Agcm, tra le varie Autorità, è quella che svolge le funzioni più omogenee, dal momento che, oltre a ricondurre i comportamenti a fattispecie previste dal legislatore, non è tenuta anche a rilasciare certificazioni, a curare albi ed altre attività che, invece, si rinvengono tra quelle delle altre Autorità. Essa gode di un'ampia discrezionalità nell'esercizio delle funzioni assegnatele dalla l. n. 287/1990 e la sua attività consultiva la rende capace di incidere in maniera determinante sulle politiche di tutela e promozione della concorrenza.

I suoi atti sono sia "para normativi", sia regolatori, sia di *soft regulation*¹²⁷.

In particolare la sua attività di *moral suasion* risulta essere particolarmente incisiva: infatti, essa comunica con il potere politico tramite la Relazione annuale inviata, entro il 31.3. di ogni anno, al Presidente del Consiglio¹²⁸ che, poi, la trasmette al Parlamento entro i successivi trenta giorni, e svolge una intensa attività consultiva attraverso l'espressione di pareri in merito alle iniziative di atti primari, di atti secondari e in merito a problemi relativi alla concorrenza ed al mercato, non solo su richiesta delle amministrazioni, ma anche qualora essa stessa lo ritenga opportuno. Svolge, inoltre, ampi poteri di segnalazione che, nei fatti, hanno maggiore incisività di quelli consultivi, in quanto, a seguito della segnalazione, l'Autorità può esprimere pareri finalizzati ad iniziative per rimuovere o prevenire le distorsioni della concorrenza.

¹²⁶ Cons. Stato, 30.9.2016, n. 4048.

¹²⁷ I. PERNA, "Authorities" e contratto. Considerazioni sull'eteronomia regolamentare dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in *Nuove autonomie*, 1, 2017, 113 ss.

¹²⁸ Come previsto dall'art. 23 della l. n. 287/1990.

I suoi poteri, dunque, (quelli di *moral suasion* – che le consentono di esercitare, nel settore della concorrenza e del mercato, funzione di orientamento e sollecitazione, ma anche di impulso e guida – e quelli decisori) sono sostanzialmente normativi e le attribuiscono un precipuo ruolo di preminenza, anche se va evidenziato che la sua indipendenza non è, però, del tutto sinonimo di estraneità alle decisioni politiche sulle quali, evidentemente, proprio per la sua attività consultiva, essa ha la possibilità di incidere, pur senza avere responsabilità di tipo politico.

5. Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom)

Il settore dei mezzi di comunicazione di massa è stato contrassegnato dall'avvicendamento di ben tre organismi di garanzia che sono stati soppressi ciascuno quando è stata istituita l'Autorità successiva. Essi sono stati il Garante dell'editoria, istituito con la l. 5.8.1981, n. 416; il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, istituito con la l. 6.8.1990, n. 223; e, da ultimo, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, istituita con la l. 31.7.1997, n. 249. Mentre il Garante dell'editoria era stato istituito “*per consentire la continuità dell'azione di vigilanza del Parlamento sull'attuazione della legge stessa*”, i successivi Garanti sono stati finalizzati dalle stesse leggi istitutive all'attuazione di valori costituzionali e all'esigenza di assicurare il godimento di libertà fondamentali soprattutto in seguito alla c.d. “liberalizzazione” del settore dell'editoria in un primo momento, della radiotelevisione, in seguito, ed infine di quello delle telecomunicazioni.

In particolare, la l. n. 223/1990 ha definitivamente posto fine al monopolio pubblico nel settore radiotelevisivo, dando vita ad un sistema “misto” costituito da un servizio pubblico¹²⁹ e da soggetti privati che svolgono, sulla base di apposite concessioni, attività radiofonica e televisiva.

Invece, la l. 31.7.1997, n. 249¹³⁰ istituì l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, prevedendo che essa operasse “*in piena autonomia e con*

¹²⁹ Che è affidato in concessione alla RAI S.p.A.

¹³⁰ Recante “Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni radiotelevisive”.

indipendenza di giudizio e di valutazione"¹³¹. Tale legge, in realtà, non contiene disposizioni disciplinanti il settore delle "telecomunicazioni", in quanto sembra, piuttosto, la legge di attuazione della precedente l. n. 481/1995 recante "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità e delle relative autorità di regolazione", accorpando all'originario settore delle telecomunicazioni anche quello della radiotelevisione e dell'editoria¹³². Essa prevede per tale Autorità una serie di regole flessibili su cui quest'ultima è chiamata a porre le norme di dettaglio e di "riempimento"¹³³.

Le competenze dell'Autorità sono disciplinate dall'art. 1 che le distribuisce tra gli organi in cui essa si articola al proprio interno, specificando quali appartengano alla Commissione per le infrastrutture e le reti¹³⁴, quali alla Commissione per i servizi e i prodotti¹³⁵ e quali al Consiglio¹³⁶.

Dunque, l'Agcom è un organo collegiale che gode di poteri di regola-

¹³¹ Tra i numerosi contributi, si v. V. ROPPO, *Note minime sulla costituenda "Autorità per le garanzie nelle comunicazioni"*, in *Pol. dir.*, 1997, 325 ss.; E. FRENI, *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1999; E. CHELI-G. AMATO, *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. dir., Aggior.*, vol. IV, Milano, 2000, 99 ss.; L. CUOCOLO, *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Dir. econ.*, 2001, 19 ss.; F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle telecomunicazioni*, Torino, 2007.

¹³² Infatti, del settore delle comunicazioni fanno parte sia quello delle comunicazioni, che quello delle telecomunicazioni e, infine, quelli dell'editoria e della multimedialità.

¹³³ Cfr. F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 239.

¹³⁴ Lett. a).

¹³⁵ Lett. b).

¹³⁶ Lett. c). A questi organi si aggiungono il Presidente e i Comitati regionali delle comunicazioni, istituiti con leggi regionali, funzionalmente intesi come organi dell'Autorità. Si segnala che il terzo comma di tale norma individua quali organi dell'Autorità il Presidente, la commissione per le infrastrutture e le reti, la commissione per i servizi e i prodotti e il consiglio. "*Ciascuna commissione è organo collegiale costituito dal presidente dell'Autorità e da due commissari. Il consiglio è costituito dal presidente e da tutti i commissari. Il Senato della Repubblica e la Camera dei deputati eleggono due commissari ciascuno, i quali vengono nominati con decreto del Presidente della Repubblica. [...] Il presidente dell'Autorità è nominato con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri d'intesa con il Ministro delle comunicazioni. La designazione del nominativo del presidente dell'Autorità è previamente sottoposta al parere delle competenti Commissioni parlamentari ai sensi dell'articolo 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481*".

zione e di controllo, sanzionatori e paragiurisdizionali, consultivi e di proposta, suddivisi tra i suoi organi. A tali poteri si aggiungono quelli in tema di accesso ai mezzi ed alle infrastrutture di comunicazione, al rilascio delle autorizzazioni, delle licenze, delle concessioni televisive, esercitati tramite “Provvedimenti” e “Deliberazioni”¹³⁷.

Segnatamente, l’Agcom cura “*la tenuta del registro degli operatori di comunicazione al quale si devono iscrivere in virtù della presente legge i soggetti destinatari di concessione ovvero di autorizzazione in base alla vigente normativa da parte dell’Autorità o delle amministrazioni competenti [...]*”¹³⁸. Il Registro unico degli Operatori di comunicazione (ROC) ha la finalità di garantire la trasparenza e la pubblicità degli assetti proprietari, di consentire l’applicazione delle norme concernenti la disciplina anticoncentrazione, la tutela del pluralismo informativo, il rispetto dei limiti previsti per le partecipazioni di società estere¹³⁹. Per l’organizzazione e la tenuta di tale registro – oltre che per la definizione dei criteri di individuazione dei soggetti tenuti all’iscrizione diversi da quelli già iscritti al registro alla data di entrata in vigore della legge stessa – l’Autorità ha adottato apposito regolamento¹⁴⁰.

Il potere normativo dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha ricevuto ulteriore impulso dalla l. n. 28/2000¹⁴¹ che promuove e disciplina l’accesso ai mezzi di informazione per la comunicazione politica, oltre che l’accesso ai mezzi di informazione durante le campagne per l’e-

¹³⁷ Tali atti sono esplicazione di poteri normativi in ambiti costituzionalmente tutelati e che danno vita a numerosi ambiti problematici perché incidono nella sfera giuridica di terzi.

¹³⁸ Art. 1, sesto comma, n. 5.

¹³⁹ Le attività relative alla gestione del Registro sono delegate, per le Regioni, ai Comitati Regionali per le Comunicazioni (Co.re.com.), per effetto dell’Accordo-quadro tra Agcom e Conferenze delle Regioni e dei Consigli regionali concluso in data 4.12.2008 nonché della successiva sottoscrizione di specifiche convenzioni bilaterali tra l’Autorità e i singoli Comitati che già hanno aderito al processo di delega e che pertanto risultano abilitati a svolgere le funzioni ivi previste.

¹⁴⁰ Con delibera CONS n. 666/08 del 26.11.2008, entrata in vigore il 2.3.2009, è stato approvato il Regolamento per l’organizzazione e la tenuta del Registro degli operatori di comunicazione (R.O.C.), che ha abrogato le disposizioni contenute nella delibera n. 236/01/CONS e nelle successive modifiche intervenute nel corso di questi anni, costituendo un testo unico in materia di organizzazione e tenuta del R.O.C.

¹⁴¹ Recante “*Disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica*”.

lezione al Parlamento europeo, per le elezioni politiche, regionali e amministrative e per ogni referendum, al fine di garantire la parità di trattamento e l'imparzialità rispetto a tutti i soggetti politici. L'Agcom e la Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi “*previa consultazione tra loro e ciascuna nell'ambito della propria competenza*” stabiliscono le regole per l'applicazione della disciplina introdotta dalla legge stessa¹⁴².

La normativa contenuta nelle suddette leggi è stata, da ultimo, completata dall'emanazione del d.lgs. dell'1.8.2003, n. 259 e S.M.I., recante il “Codice delle comunicazioni elettroniche” il quale prevede, tra l'altro, che l'Autorità possa imporre alle imprese di fornire informazioni al fine di “*pubblicare prospetti comparativi sulla qualità e sui prezzi dei servizi a vantaggio dei consumatori*”¹⁴³. In particolare, rispetto alle imprese designate alla fornitura del servizio universale¹⁴⁴, l'Agcom specifica – con appositi provvedimenti – contenuto, forma e modalità di pubblicazione delle informazioni, in modo da garantire che gli utenti finali e i consumatori abbiano accesso ad informazioni complete, comparabili e di facile impiego; essa, inoltre, controlla il rispetto degli obiettivi qualitativi da parte delle imprese designate. Invece, rispetto alle imprese fornitrici di servizi di comunicazione elettronica¹⁴⁵, l'Autorità [...] “*può prescrivere di pubblicare, a uso degli utenti finali, informazioni comparabili, adeguate ed aggiornate sulla qualità dei servizi offerti; precisa, tra l'altro, 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 [...]*”.

I poteri normativi dell'Agcom hanno una notevole ampiezza proprio perché, come detto, sono finalizzati a dare concretezza alle regole “flessibili” che la legge stabilisce. Tale ampiezza si evidenzia specialmente rispetto alla sua auto organizzazione – come già evidenziato per la Consob e per l'Agcm – disciplinata dall'art. 1, nono comma, della l. n. 249/1997 che le conferisce un'ampia potestà regolamentare, concernen-

¹⁴² Art. 2, quinto comma.

¹⁴³ Art. 33, primo comma, lett. d).

¹⁴⁴ Ai sensi dell'art. 61, terzo, quarto e quinto comma.

¹⁴⁵ Ai sensi dell'art. 72, primo e secondo comma.

te non solo l'organizzazione ed il funzionamento, ma anche i bilanci, i rendiconti e la gestione delle spese, nonché il trattamento giuridico ed economico del personale addetto, sulla base della disciplina contenuta nella l. n. 481/1995¹⁴⁶.

La stessa norma le riconosce, inoltre, il potere di adottare regolamenti sulle "modalità operative e comportamentali" del personale, dei dirigenti e dei componenti dell'Autorità attraverso l'emanazione di un documento denominato "Codice etico dell'Autorità per la garanzia nelle comunicazioni". In termini di autonomia di organizzazione rileva il riconoscimento a tale Autorità, attraverso il proprio regolamento, di un potere di "ridistribuzione" tra i diversi organi che la compongono delle competenze individuate puntualmente dal legislatore nella l. n. 249/1997, ed è la stessa legge istitutiva, in tale caso, ad ammettere deroghe alla disciplina di rango primario da parte di fonti regolamentari, più adatte alle esigenze di auto-organizzazione dell'Autorità¹⁴⁷.

Dunque, anche l'attività regolamentare dell'Agcom, così come quella delle altre Autorità amministrative indipendenti, si sviluppa intorno ad *"un tessuto procedimentale fortemente differenziato rispetto a quello tradizionale"*¹⁴⁸ che rende assolutamente necessari non solo la garanzia di un'ampia partecipazione degli amministrati alla formazione della decisione regolamentare, ma anche l'obbligo di motivazione dei conseguenti atti normativi.

Ma l'Agcom gode di ampio potere regolamentare anche relativamente

¹⁴⁶ Il nono comma, infatti, recita: *"L'Autorità, entro novanta giorni dal primo insediamento, adotta un regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento, i bilanci, i rendiconti e la gestione delle spese, anche in deroga alle disposizioni sulla contabilità generale dello Stato, nonché il trattamento giuridico ed economico del personale addetto [...]. L'Autorità provvede all'autonoma gestione delle spese per il proprio funzionamento nei limiti del fondo stanziato a tale scopo nel bilancio dello Stato ed iscritto in apposito capitolo dello stato di previsione della spesa del Ministero del tesoro. L'Autorità adotta regolamenti sulle modalità operative e comportamentali del personale, dei dirigenti e dei componenti della Autorità attraverso l'emanazione di un documento denominato Codice etico dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Tutte le delibere ed i regolamenti di cui al presente comma sono adottati dall'Autorità con il voto favorevole della maggioranza assoluta dei suoi componenti"*.

¹⁴⁷ G. REALE, *Sui regolamenti organizzativi dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Nuova rass.*, 2000, 2389 ss.

¹⁴⁸ V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 8.

alla individuazione delle controversie per le quali è possibile effettuare il tentativo di conciliazione; esso è contenuto nell'undicesimo comma dello stesso art. 1 che prevede che l'Autorità “*disciplina 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*”. La norma richiede che tali controversie debbano essere individuate con provvedimenti dell'Autorità, e che per esse non possa 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*”; a tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione. Tale potere è completato dalla previsione del successivo dodicesimo comma che prevede che l'Agcom emani dei provvedimenti con i quali definire 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. I suddetti criteri “*costituiscono principi per la definizione delle controversie che le parti concordino di deferire ad arbitri*”.

In attuazione del citato undicesimo comma della l. n. 249/1997, dunque, l'Agcom ha approvato il Regolamento di procedura con la delibera Cons n. 182/2002 del 19.6.2002 – successivamente sostituito da quello approvato con la delibera Cons n. 173/2007 del 19.4.2007 – tramite il quale ha individuato le controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche.

La previsione di tale norma ha suscitato delle perplessità, in quanto non si potrebbe riconoscere ai regolamenti in materia un potere normativo che consenta all'Agcom la discrezionale individuazione dell'ambito oggettivo e soggettivo della fattispecie di giurisdizione condizionata, perché ciò determinerebbe la violazione della riserva di legge (assoluta o relativa che sia)¹⁴⁹. In realtà, però, è stato chiarito che la norma legislativa

¹⁴⁹ Cfr. A.M. MARZOCCO, *Riserva di legge in materia processuale e potere regolamentare dell'Agcom: l'individuazione delle controversie sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione nel Reg. 173/07/Cons*, in C. IANNELLO (a cura di), *Le autorità indipendenti tra funzione regolativa e judicial review*, Napoli, 2018, 202 ss.

in questione non consente all’Autorità di individuare le controversie sottoposte e quelle sottratte al tentativo obbligatorio di conciliazione, ma si limita, piuttosto, ad attribuirle il compito di esplicitare cosa si intenda per controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, tutte già sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione dalla fonte legislativa. In ragione di quanto evidenziato, dunque, il giudice potrà fare propria l’esclusione dell’Agcom (contenuta nel Regolamento Cons n. 173/07), ma solo qualora la ritenga condivisibile, e questo perché le esclusioni compiute in tale Regolamento non possono vincolare l’autorità giudiziaria nel momento in cui deve valutare se la singola controversia tra utenti ed operatori sia o meno sottoposta alla condizione di procedibilità. Può accadere, inoltre, che l’interpretazione del giudice e quella dell’Agcom attraverso il Regolamento coincidano, ma che, in via interpretativa, l’autorità giudiziaria pervenga ad affermare che determinate controversie – anche se oggettivamente annoverabili tra quelle tra utenti ed operatori (individuate dall’art. 2, primo comma del Regolamento n. 173/07/CONS) – non siano sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione per ragioni sistematiche. Insomma, pur verificandosi tale coincidenza, comunque il giudice non è vincolato alle norme del Regolamento, pena il disconoscimento della riserva di legge in materia.

L’ampiezza dei poteri riconosciuti all’Agcom appare “temperata” dal successivo tredicesimo comma che evidenzia che, in realtà, i poteri conferiti all’Agcom ed esercitati sia verso l’esterno che al proprio interno, non si esplicano attraverso una totale indipendenza, rilevandosi condizionamenti politico-partitici che si manifestano già attraverso le modalità di elezione dei suoi membri e attraverso l’intreccio di competenze fra Autorità, Ministero delle Comunicazioni e Commissione parlamentare di vigilanza. Infatti, la norma in questione non solo prevede che l’Autorità si avvale “*degli organi del Ministero delle comunicazioni e degli organi del Ministero dell’interno per la sicurezza e la regolarità dei servizi di telecomunicazioni nonché degli organi e delle istituzioni di cui può attualmente avvalersi, secondo le norme vigenti, il Garante per la radiodiffusione e l’editoria*”, ma anche che, per esigenze di decentramento sul territorio che assicurino le necessarie funzioni di governo, di garanzia e di controllo in tema di comunicazione, essa abbia come suoi organi funzionali i comitati regionali per le comunicazioni e che, d’intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province au-

tonome di Trento e di Bolzano, individuati gli indirizzi generali relativi ai requisiti richiesti ai componenti, ai criteri di incompatibilità degli stessi, ai modi organizzativi e di finanziamento dei comitati, e adotti un regolamento per definire le materie di sua competenza che possono essere delegate ai comitati regionali per le comunicazioni. Infine, nell'esplicazione delle funzioni *“l’Autorità può richiedere la consulenza di soggetti o organismi di riconosciuta indipendenza e competenza”*.

Sembrerebbe, dunque, che, in un certo senso, il legislatore abbia voluto “bilanciare” quella ampiezza di poteri normativi che necessariamente ha dovuto prevedere in capo all’Agcom per consentire una migliore disciplina del settore delle comunicazioni, e che questo bilanciamento sia stato conseguito attraverso le forme di consultazione ed interazione, diretta o indiretta¹⁵⁰, con lo Stato di cui è sintomatica già la scelta¹⁵¹ di fare eleggere dal Senato e dalla Camera dei deputati due commissari ciascuno che vengono, poi, nominati con decreto del Presidente della Repubblica; così come, con decreto del Presidente della Repubblica è nominato anche il presidente dell’Autorità, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri d’intesa con il Ministro delle comunicazioni e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari¹⁵².

Insomma, da un lato la necessità di conferire la massima autonomia all’Autorità, lasciandole tutti gli spazi funzionali al suo ambito di competenza; dall’altro, quella di mitigare tale autonomia creando degli intrecci tra i suoi poteri e quelli governativi.

L’ampiezza della potestà regolamentare dell’Agcom ha, di recente, posto un problema di costituzionalità¹⁵³ relativamente al Regolamento emanato in materia *“di tutela del diritto d’autore sulle reti di comunicazione*

¹⁵⁰ Che la consultazione degli interessati nel processo di regolazione abbia ormai conseguito un ruolo fondamentale si ricava anche da alcuni interventi del legislatore. Basti pensare all’introduzione di forme di misurazione delle performance della regolazione, quale ad esempio l’Analisi d’impatto della regolazione diretta a misurare e a migliorare la qualità della regolazione sulla base di criteri dell’analisi economica, servendosi dell’istituto della consultazione.

¹⁵¹ Prevista dal terzo comma dell’art. 1 della l. n. 249/1997.

¹⁵² Ai sensi dell’art. 2, l. 14.11.1995, n. 481.

¹⁵³ M. RENNA, *Le questioni di legittimità costituzionale del regolamento dell’AGCOM sulla tutela del diritto d’autore on line*, in *Annuali it. dir. d’autore, cultura e spettacolo*, cit., 111 ss.

elettronica e procedure attuative ai sensi del d.lgs. 9.4.2003, n. 70”, tramite l’Allegato A della deliberazione Cons n. 680 del 12.12.2013.

Si tratta di un atto normativo attraverso il quale si mira a promuovere “*lo sviluppo dell’offerta legale di opere digitali e l’educazione alla corretta fruizione delle stesse e reca le procedure volte all’accertamento e alla cessazione delle violazioni del diritto d’autore e dei diritti connessi, comunque realizzate, poste in essere sulle reti di comunicazione elettronica*”. L’Autorità deve svolgere tale attività nel rispetto “*dei diritti e delle libertà di comunicazione, di manifestazione del pensiero, di cronaca, di commento, critica e discussione, nonché delle eccezioni e delle limitazioni di cui alla Legge sul diritto d’autore*”, tutelando i diritti di libertà nell’uso dei mezzi di comunicazione elettronica, il diritto di iniziativa economica ed il suo esercizio in regime di concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche¹⁵⁴.

In ragione di tale Regolamento, un soggetto legittimato che ritenga che un’opera digitale sia stata resa disponibile su una pagina *internet* in violazione della Legge sul diritto d’autore può presentare un’istanza all’Autorità, chiedendone la rimozione¹⁵⁵. Inizia, a questo punto, un procedimento amministrativo dinanzi all’Agcom che, ai sensi dell’art. 7 del suddetto Regolamento, comunica l’avvio del procedimento ai prestatori di servizi all’uopo individuati, nonché, ove rintracciabili, ai gestori della pagina e del sito *internet*, indicando specificamente non solo l’esatta individuazione delle opere digitali che si assumono diffuse in violazione della legge sul diritto d’autore, ma anche l’indicazione delle disposizioni che, nel caso specifico, sono state violate, grazie ad una sommaria esposizione dei fatti e dell’esito degli accertamenti svolti. Inoltre, trattandosi di un procedimento amministrativo, deve essere indicato l’ufficio competente ed il responsabile del procedimento al quale è possibile presentare eventuali controdeduzioni, oltre che, ovviamente, il termine di conclusione del procedimento stesso.

La questione di costituzionalità sorta a seguito dell’emanazione di tale

¹⁵⁴ G.M. RICCIO, *Relazione al seminario dal titolo “Il Regolamento AGCOM sulla tutela del diritto d’autore in rete. Un bilancio a un anno dall’entrata in vigore”*, Università “L. Bocconi”, Milano, 23.2.2015.

¹⁵⁵ Cfr. E.M. LOMBARDI, *Il potere sanzionatorio dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: crimina sine lege o responsabilità da “irresponsabile” sanzione?*, in *Giust. civ.*, n. 1143/2007.

atto normativo ha comportato conseguenze molto interessanti che hanno riguardato specificamente e ad ampio spettro la potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti in genere.

Segnatamente, il TAR Lazio – nel 2015 – ha rilevato che l'Agcom non era legittimata all'uso della fonte regolamentare per disciplinare profili di tutela del diritto d'autore *on line* facendo, in particolare, riferimento ad alcune disposizioni¹⁵⁶ che apparivano in contrasto con i principi di riserva di legge e di iniziativa economica *ex artt.* 2, 21, primo comma, 24 e 41 Cost. e che comunque non erano “*sostenute dalla previsione di garanzie e di tutele giurisdizionali per l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero sulla rete almeno equivalenti a quelle sancite per la stampa, con la conseguente violazione degli articoli 21, secondo comma e seguenti, 24 e 25, primo comma, della Carta fondamentale*”.

La Corte Costituzionale, nel dichiarare inammissibili le questioni di legittimità presentate dal TAR Lazio perché caratterizzate da molteplici profili di contraddittorietà, ambiguità e oscurità nella formulazione della motivazione e del *petitum*, ha precisato che nessuna norma di legge, in sé considerata, “*dispone specificamente l'attribuzione all'autorità di vigilanza di un potere regolamentare qual è quello esercitato con l'approvazione del regolamento*”¹⁵⁷. Data la dichiarazione di inammissibilità, il TAR Lazio è tornato sul punto e, con la sent. 30.3.2017, n. 04101 si è pronunciato in via definitiva sul tema riconoscendo la legittimità del Regolamento dell'Agcom ed individuando il fondamento del suo potere normativo in merito alla regolazione del diritto d'autore su *internet* in una visione sistematica delle norme del settore, aderendo così ad una nozione “allargata” di norma attributiva del potere. Esso ha avallato la posizione dell'Autorità secondo la quale l'attribuzione della potestà regolamentare discende dal conferimento esplicito nella normativa, specificamente in capo ad Agcom, di una funzione di vigilanza nel settore.

Come già si è argomentato al par. 5 del cap. I del presente lavoro, l'in-

¹⁵⁶ Specificamente, il TAR Lazio ha fatto riferimento agli artt. 5, primo comma, 14, terzo comma, 15, secondo comma e 16, terzo comma, del d.lgs. n. 70/2003 (“Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico”) e dell'art. 32-*bis*, terzo comma, del d.lgs. n. 177/2005 (Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici).

¹⁵⁷ La sentenza della Corte Cost. in questione è la n. 247 del 3.12.2015.

dividuaione delle competenze normative in capo alle Autorità può conseguire all'applicazione della "teoria dei poteri impliciti"¹⁵⁸.

La giurisprudenza amministrativa adotta tale teoria per giustificare l'attività di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti: essa consente di giustificare la "*dequotazione del principio di legalità sostanziale*" a favore dell'esercizio dei poteri delle Autorità stesse che, in ragione dell'elevato tecnicismo dei settori da disciplinare, sono le sole a potere determinare specificamente le funzioni amministrative più idonee a soddisfare la finalità pubblica sottesa all'esercizio del potere stesso. In pratica, grazie alla teoria dei poteri impliciti è possibile ammettere che determinati settori non siano disciplinati dal legislatore ordinario, ma dal potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti a vantaggio della garanzia della funzionalità del sistema, anche se questa forma di supplenza a carattere eccezionale dell'organo amministrativo rispetto al titolare della funzione legislativa, proprio perché eccezionale, deve sempre rispettare i principi di adeguatezza e proporzionalità rispetto agli obiettivi da perseguire.

In realtà, però, in dottrina si è evidenziato¹⁵⁹ che il Regolamento dell'Agcom in questione non sembra essere affatto caratterizzato da una elevata dimensione tecnica, ed il procedimento amministrativo descritto dall'art. 7 citato non prevede la partecipazione dei soggetti a cui vengono contestate le violazioni del diritto d'autore (per essi c'è solo la possibilità

¹⁵⁸ F. CINTIOLI, *I regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, cit., 2003.

¹⁵⁹ ID., 17-18. Questa dottrina evidenzia che se non sembrano esserci dubbi sull'applicabilità della disciplina sul procedimento all'attività delle amministrazioni indipendenti, "*la stessa comunanza di vedute non è dato riscontrare in ordine alla quantità e pervasività delle regole utilizzabili, così, se da un lato c'è chi sostiene che la legge sul procedimento non si estenda "meccanicamente alle Autorità, per le quali valgono solo i principi da essa dettati"* (cit. S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, 1999, 38.), dall'altro c'è chi afferma che, a causa della loro estraneità allo schema classico dell'amministrazione legittimata dall'indirizzo politico, alle stesse debbano "*applicarsi, non i principi, generali desunti dalla legge sul procedimento amministrativo, bensì le regole integrali del contraddittorio paritario del giusto processo*". Una traccia, quest'ultima, che esprime la valenza totalizzante della regola del contraddittorio, quale strumento che trovi attuazione non solo quando è in gioco la spendita di poteri normativi da parte delle authorities, ma anche nell'ambito dell'esercizio delle funzioni di regolazione e, come nel caso oggetto del nostro interesse, dei compiti di vigilanza, specie quando gli stessi contemplino l'uso di poteri d'ordine".

di controdeduzioni cartacee, da rendersi, peraltro, nello stretto termine di cinque giorni a decorrere dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento).

Tale atto normativo ha, dunque, portato dottrina e giurisprudenza a rimarcare la peculiarità della potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti e questa non è stata la sola problematica sollevata relativamente agli atti dell'Agcom.

Infatti, si è discusso anche in merito alle misure per favorire la trasparenza e la comparazione delle condizioni economiche dell'offerta dei servizi di comunicazione elettronica. Il TAR Lazio ha respinto, in più di una decisione¹⁶⁰, i ricorsi avverso una delibera¹⁶¹ adottata dall'Autorità per inibire l'emissione di fatture ed il rinnovo delle offerte con cadenza inferiore al mese, dal momento che ciò comportava un aumento unilaterale e generalizzato delle tariffe, avendo i principali operatori scelto di adottare un periodo di fatturazione di ventotto giorni. Il giudice ha riconosciuto all'Autorità il potere di intervenire sulla cadenza della fatturazione delle offerte, al fine di promuovere la tutela degli interessi di utenti e consumatori, basando la decisione sulla considerazione che il mercato è in rapida evoluzione ed al suo interno sussistono offerte dal contenuto assai diversificato. In ragione di quanto evidenziato, deve ritenersi legittimo il potere esercitato dall'Autorità limitato sostanzialmente ad agevolare il confronto da parte degli utenti, ferma restando la libertà degli operatori di articolare le proprie offerte nel modo più utile ed efficace¹⁶².

Altra questione su cui si è pronunciato il giudice riguardava di diritto di accesso nel quadro delle procedure di risoluzione delle controversie nel settore delle comunicazioni¹⁶³; in merito, è stata richiamata la delibera che regola la portata di tale diritto, chiarendo che esso è contemplato in capo alle parti del procedimento solo relativamente ai documenti dallo stesso originati, prevedendo dei limiti nei confronti dei soggetti terzi estranei alla controversia¹⁶⁴.

¹⁶⁰ TAR Lazio, sez. III, 22.3.2018, n. 3258; Id., 12.2.2018, n. 1659.

¹⁶¹ 121/17/CONS.

¹⁶² M. FILICE, *Gli sviluppi del controllo giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, n. 6/2018, 790 ss.

¹⁶³ La n. 352/08/CONS.

¹⁶⁴ TAR Lazio, sez. I, 10.11.2015, n. 12703.

Infine, il giudice si è pronunciato riguardo ai poteri sanzionatori dell'Agcom¹⁶⁵, affermando che, a norma dell'art. 5, secondo comma, dell'Allegato A della delibera n. 136/2006/Cons (modificata dalla delibera n. 173/2007/Cons) il momento del completo accertamento del fatto non coincide con la conclusione dell'ispezione, ma con l'espletamento delle attività preistruttorie, con la conseguenza che i limiti temporali entro cui l'Autorità deve provvedere alla notifica della contestazione sono collegati non alla data di commissione della violazione, ma a quella della effettiva conclusione dell'accertamento¹⁶⁶. Si è rimarcato che l'onere della prova della tardività grava sulla parte che la eccepisce, la quale, dunque, deve rigorosamente ed inequivocabilmente provare la data in cui è avvenuto il completo accertamento del fatto, nel rispetto degli ordinari criteri di riparto, non essendo considerata sufficiente l'allegazione di mere presunzioni. Il governo e la gestione della fase istruttoria del procedimento sanzionatorio spettano all'Agcom che deve coniugare la complessiva durata con le esigenze di un accertamento completo ed adeguato¹⁶⁷.

L'Autorità emana, inoltre, atti relativamente alla risoluzione di controversie tra imprese, così come disciplinato dall'art. 23 del Codice delle Comunicazioni; tali atti sono emanati all'esito di procedure alternative di risoluzione delle controversie, la cui procedura è stata definita dal giudice amministrativo strumento "alternativo a quello giurisdizionale di cui condivide gli obiettivi". Il giudice ha precisato che, in questi casi, l'Agcom, in quanto Autorità di regolazione "*non esercita funzioni amministrative ma paragiurisdizionali, assumendo il ruolo di un vero e proprio giudice di una controversia, di tal che l'intero procedimento che si svolge dinanzi ad Agcom segue le regole del procedimento paragiurisdizionale e non amministrativo*"¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Cfr. TAR Lazio, sez. III, 21.6.2017, n. 5287.

¹⁶⁶ TAR Lazio, sez. III, 4.5.2017, n. 5287.

¹⁶⁷ TAR Lazio, sez. III, 23.1.2018, n. 821.

¹⁶⁸ TAR Lazio, sez. I, 10.11.2015, n. 12703; TAR Lazio, sez. III-ter, 7.12.2006, n. 14517. Cfr. G. TESAURO, *Esiste un ruolo paragiurisdizionale dell'Antitrust nella promozione della concorrenza?*, in AA.VV., *Le Autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Roma, 2001, 165; M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, Relazione per il corso di formazione per Magistrati amministrativi organizzato dall'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa in collaborazione con il TAR Lombardia, svoltosi il 14 e 15.2.2019, presso il TAR Lombardia, 8.

In pratica, grazie ai poteri riconosciuti all'Agcom, si è creato un meccanismo di tutela a doppio binario, in particolare per la tutela del già citato diritto d'autore *on line*, per il quale sono previsti, da un lato il tradizionale "rimedio inibitorio esperibile dinanzi al giudice ordinario" e dall'altro un "*public enforcement*" che si concretizza nell'adozione da parte dell'Agcom di ordini di cessazione delle violazioni del diritto d'autore e di rimozione dei contenuti pregiudizievoli¹⁶⁹. Questo tipo di tutela per il diritto d'autore *on line*, a differenza di quanto accade per la disciplina dell'*antitrust*¹⁷⁰, prevede che l'intervento dell'Autorità di regolazione non sia complementare, ma alternativo a quello giurisdizionale, ed essendo posto a tutela delle stesse posizioni giuridiche soggettive a carattere disponibile esso è attivabile su istanza di parte e non d'ufficio.

La conseguenza dell'ammissione da parte del giudice amministrativo della natura non amministrativa, ma paragiurisdizionale delle funzioni esercitate dalle Autorità di regolazione quando emettono decisioni di risoluzione delle controversie è che, siccome anche in questo tipo di attività esse devono perseguire gli obiettivi generali della regolazione, gli atti puntuali di regolazione delle controversie possano tradursi in vere e proprie raccomandazioni, ovvero in atti di *moral suasion* che, per tale motivo, sono rispettati dall'intero settore, nonostante siano indirizzati alle sole parti coinvolte, e, dunque, abbiano uno specifico ambito soggettivo di applicazione. Essi assumono una funzione generale di tipo regolatorio che porta a riconoscere un inquadramento amministrativo alle funzioni delle Autorità di regolazione¹⁷¹.

Ed è proprio tale tipologia di atti, vale a dire quelli di *moral suasion*, che induce ad una riflessione ulteriore su cui si ritornerà, in quanto la loro natura non ha niente a che vedere con quella degli atti espressione dell'ampia potestà regolamentare che la legge istitutiva riconosce all'Agcom come alle altre Autorità.

¹⁶⁹ M. RAMAJOLI, *ivi*, cit., 8; v. anche, P. COSTANZO, *Quale tutela del diritto d'autore in internet?*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2015, 2343 ss.

¹⁷⁰ In tale settore l'attività è attivabile d'ufficio; essa è complementare e non alternativa a quella dinanzi al giudice ordinario perché sono differenti gli interessi da essi tutelati.

¹⁷¹ La c.d. *regulation by litigation*, cfr. M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, cit., 9.

Le leggi istitutive, infatti, prevedono i suddetti poteri regolamentari e lasciano che essi siano anche particolarmente ampi perché, tramite essi, possa trovare compimento la più adeguata disciplina di settori caratterizzati da un elevato tecnicismo per la quale è apparso inidoneo il legislatore ordinario. L'ampiezza di tali poteri è, spesso, contestata, perché attribuita a soggetti che non nascono democraticamente come gli organi istituzionali; ecco, dunque, la necessità di compensare la carenza di legalità sostanziale con la necessaria presenza di legalità procedimentale, che si attua attraverso garanzie quali quella della partecipazione e della motivazione.

Ma gli atti di *soft law*, che si caratterizzano per il fatto di essere informali e non vincolanti, pur avendo effetti giuridici – e che sono così definiti per distinguerli, appunto, da quelli di *hard law* – assolvono, in realtà, ad una funzione regolatoria che appare di ancora più difficile collocazione rispetto a quelli regolamentari, perché, attraverso di essi, le Autorità pongono regole al di là di procedure formali ed i soggetti che contribuiscono alla loro formazione non sono istituzioni di governo.

Atti di tal genere non sembrerebbero potersi considerare fonti come quelle previste dal nostro ordinamento, eppure, tramite essi vengono predisposte “nuove” formule di gestione dei processi decisionali¹⁷² che intervengono a colmare lacune o ad anticipare un successivo atto vincolante e, dunque, il loro peso non è inferiore a quello regolamentare previsto dalle leggi istitutive per disciplinare puntualmente settori specifici.

6. Garante della *privacy*

Il Garante per la protezione dei dati personali è un'Autorità amministrativa indipendente¹⁷³ istituita dalla c.d. Legge sulla *privacy* – la n. 675 del 31.12.1996¹⁷⁴. Tale legge è stata abrogata dall'art. 183, primo com-

¹⁷² M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, cit., 1.

¹⁷³ Si tratta di un organo collegiale, composto da quattro membri eletti dal Parlamento, i quali rimangono in carica per un mandato di sette anni non rinnovabile.

¹⁷⁴ Recante la “Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali”.

ma, lett. a), del Codice in materia di protezione dei dati personali, entrato in vigore nel 2003 tramite il d.lgs. n. 196 il quale, a sua volta, è stato modificato, ed in parte abrogato, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 10.8.2018, n. 101¹⁷⁵.

L'art. 51 di tale ultimo decreto ha confermato che il Garante è l'Autorità di controllo designata anche ai fini dell'attuazione del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (UE) n. 679/2016¹⁷⁶ – GDPR.

Il GDPR è un atto normativo che ha segnato una svolta epocale in materia di protezione dati, in quanto fornisce una disciplina di più ampio respiro, innovativa e capace di rispondere alle esigenze derivate dallo sviluppo delle nuove tecnologie. Grazie ad esso si impone il principio di *accountability*, vale a dire la responsabilizzazione dei titolari e responsabili del trattamento che devono adottare comportamenti tali da dimostrare la concreta adozione di misure finalizzate ad assicurare l'applicazione del regolamento.

Ai sensi della sua legge istitutiva¹⁷⁷, il Garante per la *privacy* è un'Autorità che tutela i diritti, le libertà fondamentali, la dignità delle persone fisiche con particolare riguardo alla riservatezza ed alla identità personale; esso tutela, inoltre, i diritti delle persone giuridiche e di ogni altro ente o associazione. Tra i suoi compiti rientrano, senza dubbio, l'istituzione e la tenuta del registro generale dei trattamenti sulla base delle notificazioni ricevute; ma vi rientrano anche il controllo del legittimo trattamento dei dati personali; la segnalazione a titolari e responsabili delle modifiche da apportare nella elaborazione dei dati; la ricezione delle segnalazioni e dei richiami interessati; la vigilanza sulla cessazione dei trattamenti dei dati.

¹⁷⁵ Recante “Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) n. 679/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27.4.2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 1995/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) (G.U., serie generale, n. 205 del 4.9.2018)”.

¹⁷⁶ La legge del 1996 lo aveva denominato “Garante per la tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali”, successivamente, tale denominazione è stata cambiata in Garante della *privacy* dal d.lgs. n. 123/1997. Si tratta di un organo collegiale composto da quattro membri, eletti due dalla Camera dei deputati e due dal Senato che restano in carica per quattro anni e possono essere confermati solo una volta; essi eleggono il loro Presidente.

¹⁷⁷ Art. 1, primo comma.

L'Autorità si preoccupa, inoltre, della promozione della sottoscrizione di codici deontologici per alcuni settori di operatori particolarmente impegnati nel trattamento delle informazioni e può segnalare al governo l'opportunità di nuovi interventi normativi in materia.

A differenza delle leggi istitutive delle Autorità amministrative finora analizzate, si deve evidenziare che quella del Garante per la *privacy* non ha assegnato direttamente a tale Autorità un potere regolamentare di auto-organizzazione: infatti, l'art. 33 della l. n. 675/1996 ha previsto che tale ambito fosse disciplinato con regolamento governativo¹⁷⁸, ma "*previo parere del Garante stesso*"¹⁷⁹.

Pertanto, dal punto di vista dell'autonomia organizzativa, il Garante dispone di un potere senza dubbio più limitato rispetto a quello conferito alle altre Autorità¹⁸⁰, atteso che, per effetto del terzo comma dell'art. 33 della l. n. 675/1996, le norme concernenti l'organizzazione ed il funzionamento dell'ufficio sono adottate con d.p.r. in seguito ad un procedimento che prevede esclusivamente il "parere conforme" del Garante stesso sulla proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri.

¹⁷⁸ Tant'è che, in attuazione della suddetta norma è stato adottato il d.p.r. 31.3.1998, n. 501 ("Regolamento recante norme per l'organizzazione ed il funzionamento dell'Ufficio del garante per la protezione dei dati personali, a norma dell'art. 33, comma 3, l. 31.12.1996, n. 675"), il quale contiene anche le norme relative al procedimento dinanzi allo stesso Garante per la tutela dei diritti dell'interessato ex art. 29, l. n. 675/1996.

¹⁷⁹ "*In sede di prima applicazione della presente legge, le norme concernenti l'organizzazione ed il funzionamento dell'ufficio del Garante, nonché quelle dirette a disciplinare la riscossione dei diritti di segreteria e la gestione delle spese, anche in deroga alle disposizioni sulla contabilità generale dello Stato, sono adottate con regolamento emanato con decreto del Presidente della Repubblica, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con i Ministri del tesoro, di grazia e giustizia e dell'interno, e su parere conforme del Garante stesso. Nel medesimo regolamento sono determinate le indennità di cui all'articolo 30, comma 6, e altresì previste le norme concernenti il procedimento dinanzi al Garante di cui all'articolo 29, commi da 1 a 5, secondo modalità tali da assicurare, nella speditezza del procedimento medesimo, il pieno rispetto del contraddittorio tra le parti interessate, nonché le norme volte a precisare le modalità per l'esercizio dei diritti di cui all'articolo 13, nonché della notificazione di cui all'articolo 7, per via telematica o mediante supporto magnetico o lettera raccomandata con avviso di ricevimento o altro idoneo sistema. Il parere del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento è reso entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta; decorso tale termine il regolamento può comunque essere emanato*".

¹⁸⁰ Allo stesso modo di quanto lo fosse l'autonomia organizzativa del Garante per la radiodiffusione e l'editoria.

Tramite la l. n. 51/1999, all'art. 33 è stato successivamente introdotto il primo comma-*bis* che, dopo avere istituito il ruolo organico del personale dipendente, ha previsto che fosse il Garante, con proprio regolamento, a definire l'ordinamento delle carriere e le modalità del reclutamento, e dell'inquadramento in ruolo del personale in servizio alla data dell'entrata in vigore del regolamento stesso ed infine il trattamento giuridico ed economico del personale.

Attualmente, la disciplina sul Garante per la *privacy* è contenuta nel Codice in materia di protezione dei dati personali, così come modificato dal d.lgs. n. 101/2018 emanato a seguito dell'entrata in vigore del GDPR¹⁸¹. Tra i suoi poteri, ai sensi dell'art. 154-*bis*, c'è quello di adottare linee guida di indirizzo riguardanti le misure organizzative e tecniche di attuazione dei principi del Regolamento, anche per singoli settori, e quello di approvare le regole deontologiche; mentre, ai sensi dell'art. 154 *ter*, esso è legittimato ad agire in giudizio nei confronti del titolare o del responsabile del trattamento in caso di violazione delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali¹⁸².

In ragione di tali poteri, dunque, il Garante per la *privacy* adotta atti di varia natura, ma con delle differenze rispetto ad altre Autorità.

Esso adotta le Regole deontologiche¹⁸³, che sono regole comportamentali riferite a determinate categorie professionali. Si tratta di veri e propri codici che il Garante ha il compito di promuovere nell'ambito delle categorie interessate e nell'osservanza del principio di rappresentatività, verificandone, poi, la conformità alle leggi ed ai regolamenti, anche attraverso

¹⁸¹ Regolamento (UE) n. 679/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio.

¹⁸² All'Ufficio del Garante, si applicano i principi riguardanti l'individuazione e le funzioni del responsabile del procedimento, nonché quelli relativi alla distinzione fra le funzioni di indirizzo e di controllo, attribuite agli organi di vertice, e le funzioni di gestione attribuite ai dirigenti.

¹⁸³ Tale potere è stato riconosciuto al Garante per la *privacy* dall'art. 31 della l. n. 675/1996. Attualmente, costituiscono un esempio di regole deontologiche quelle relative al trattamento di dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica pubblicate ai sensi dell'art. 20, quarto comma, del d.lgs. 10.8.2018, n. 101-29.11.2018; o, ancora, quelle per trattamenti a fini statistici o di ricerca scientifica effettuati nell'ambito del Sistema Statistico nazionale pubblicate ai sensi dell'art. 20, quarto comma, del d.lgs. 10.8.2018, n. 101 del 19.12.2018; e, sempre ai sensi dell'art. 20, quarto comma, del d.lgs. 10.8.2018, n. 101-19.12.2018, quelle relative ai trattamenti di dati personali effettuati per svolgere investigazioni difensive o per fare valere o difendere un diritto in sede giudiziaria.

so l'esame di osservazioni di soggetti interessati, contribuendo a garantire la diffusione ed il rispetto. Il riconoscimento al Garante di questo potere non si traduce nel conferimento di un potere normativo diretto, posto che gli sono affidati tre compiti relativamente alla sottoscrizione ed all'esecuzione di tali codici – e cioè il compito di promozione, quello di controllo sulla conformità alle fonti vigenti e quello di vigilanza e di promozione nella fase esecutiva. In questi casi il ruolo dell'Autorità indipendente diventa strumentale rispetto all'"autodisciplina" ed alla produzione normativa proveniente dagli stessi settori interessati, ovvero al fenomeno per il quale una pluralità di soggetti, *"accomunati dall'esigenza di conformare il proprio comportamento a regole di correttezza, decide di sottomettersi a norme di comportamento comuni, nonché a norme strumentali tese a far rispettare le prime mediante appositi strumenti coercitivi"*¹⁸⁴.

I codici di autodisciplina nascono all'interno di gruppi (ordini) e sono considerati norme "interne", ovvero giuridiche per il gruppo ma non per l'ordinamento statale, pure se viene loro attribuito un effetto giuridico anche nell'ambito dell'ordinamento dello Stato.

Il potere regolamentare degli ordini e dei collegi professionali si estrinseca, di regola, attraverso l'elaborazione di regolamenti amministrativi interni che disciplinano i comportamenti professionali degli iscritti all'albo e dettano regole particolari di condotta sotto il profilo deontologico. In caso di irrogazione di sanzioni disciplinari previste dai regolamenti professionali, tale attività normativa extra statale diventa rilevante anche per l'ordinamento giuridico statale, a causa degli effetti che può provocare all'esercizio di un diritto soggettivo del cittadino.

Rispetto ai codici di autodisciplina emanati dal Garante per la *privacy*, lo Stato abdica dalla regolamentazione autoritativa del comportamento degli operatori del settore, affidando la tutela del corrispondente interesse generale ad una autoregolamentazione¹⁸⁵ di tipo "condizionato" ed "assistito". Tali codici non possono essere considerati fonte di diritto in senso proprio, ma l'essere stati certificati dal Garante incrementa indubbiamente il peso della regola deontologica ed anche la possibilità che essa sia

¹⁸⁴ S. FOÀ, *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 86.

¹⁸⁵ H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009, *passim*.

presa in considerazione dal giudice. Essi sono stati considerati delle “fonti secondarie atipiche”, in cui, in luogo di una legittimazione di natura politica, ci sarebbe un fondamento combinato di neutralità e competenza tecnica da un lato (proprie del Garante) e rappresentatività degli interessi organizzati dall’altro (da parte degli organismi delle categorie di settore). In ordinamenti come quello americano, tali nuove fonti atipiche stanno divenendo un modello normativo alternativo rispetto alla fonte regolamentare¹⁸⁶: lo stesso potere normativo delle Autorità indipendenti di settore varia in ragione dell’effettivo ruolo rivestito nella determinazione delle regole di comportamento degli operatori della categoria di riferimento. Per cui si deve ammettere che, nell’ambito del “policentrismo di fonti”, vanno ricompresi anche i codici di autodisciplina ispirati al modello americano, assistiti, corretti e parzialmente definiti da Autorità amministrative indipendenti.

Si segnala che, recentemente – e precisamente nel mese di febbraio 2019 – sono state emanate, dal Comitato Europeo per la Protezione dei Dati, le prime linee guida in materia di codici di condotta – la linee guida dell’EDPB¹⁸⁷ – aventi lo scopo di promuovere ed incentivare lo sviluppo di questi sistemi di auto-regolamentazione attraverso indicazioni, anche di natura procedurale, sui contenuti minimi necessari che hanno reso più chiare le procedure e le norme relative alla presentazione, all’approvazione e alla pubblicazione dei codici di condotta a livello sia nazionale che europeo.

Ma tra gli atti del Garante non troviamo solo i codici; infatti questi emana anche i provvedimenti, attraverso i quali delibera, ad esempio, di avviare consultazioni pubbliche relativamente a determinati ambiti a cui invita tutti i soggetti interessati a far pervenire le osservazioni, i commenti, le informazioni, le proposte e tutti gli elementi ritenuti utili.

Ancora, vi sono le deliberazioni e le autorizzazioni generali¹⁸⁸, all’interno delle quali il Garante indica non solo l’ambito di applicazione, ma anche gli interessati ai quali i dati si riferiscono, le finalità del tratta-

¹⁸⁶ Cfr. S. PIAZZA, *Natura giuridica del Garante per la protezione dei dati professionali*, a cura di, F. SEVERO SEVERI, Milano, 1998, 91.

¹⁸⁷ *European Data Protection Board*.

¹⁸⁸ Ad esempio, l’Autorizzazione n. 1/2016 – Autorizzazione al trattamento dei dati sensibili nei rapporti di lavoro – 15.12.2016.

to, le categorie di dati, le modalità di trattamento, la conservazione, la comunicazione e la diffusione dei dati, le richieste di autorizzazione e l'efficacia temporale.

Infine, anche il Garante emana le linee guida, che, segnatamente, costituiscono atti che mirano a fornire indicazioni di carattere generale in relazione al trattamento di dati personali in vari ambiti¹⁸⁹; il loro scopo è quello di garantire la corretta applicazione dei principi stabiliti dal Codice¹⁹⁰. In pratica, le regole previste dal Codice vengono specificate ed attuate in maniera più puntuale grazie alle linee guida che esplicano e rendono più chiaro il suo contenuto nei vari singoli contesti relativamente ai quali esse sono state emanate. A seguito dell'entrata in vigore del GDPR, esse vanno chiaramente rapportate alla nuova disciplina da questo introdotta.

Ma rientra nell'attività del Garante anche quella di risposta a “quesiti”, sotto forma di pareri che esso rilascia in merito alle questioni sulle quali viene interpellato¹⁹¹, e questa sua attività, come quella delle linee guida,

¹⁸⁹ F. MIDIRI, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, Napoli, 2017, *passim*.

¹⁹⁰ Le Linee guida sono state emanate, dal 2006 al 2015, in materia di Dossier sanitario (4.6.2015); di trattamento di dati personali per profilazione on line (19.3.2015); di riconoscimento biometrico e firma grafometrica (12.11.2014); di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati (15.5.2014); di attività promozionale e contrasto allo spam (4.7.2013); di attuazione della disciplina sulla comunicazione delle violazioni di dati personali (26.7.2012); di trattamento di dati personali per finalità di pubblicazione e diffusione nei siti web esclusivamente dedicati alla salute (25.1.2012); di trattamento di dati per lo svolgimento di indagini di *customer satisfaction* in ambito sanitario (5.5.2011); di trattamento di dati personali contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato da soggetti pubblici per finalità di pubblicazione e diffusione sul web (2.3.2011); di dati personali nella riproduzione di provvedimenti giurisdizionali per finalità di informazione giuridica (2.12.2010); di referti on line (19.11.2009); di Fascicolo sanitario elettronico (Fse) e di dossier sanitario (16.7.2009); di trattamento di dati personali da parte dei consulenti tecnici e dei periti ausiliari del giudice e del pubblico ministero (26.6.2008); per i trattamenti di dati personali nell'ambito delle sperimentazioni cliniche di medicinali (24.7.2008); di trattamento di dati personali della clientela in ambito bancario (25.10.2007); di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro in ambito pubblico (14.6.2007); di trattamento di dati personali per finalità di pubblicazione e diffusione di atti e documenti di enti locali (19.4.2007); per posta elettronica e Internet (1.3.2007); di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati (23.11.2006).

¹⁹¹ Si veda, ad esempio, il recente parere su una istanza di accesso civico – 2.10.2019.

rientra tra quelle di *soft law*, ormai molto diffuse anche nel contesto interno, oltre che in quello internazionale ed europeo¹⁹².

Come già evidenziato, gli atti di *soft law* sono atti o interventi di c.d. *moral suasion* o *dissuasion* che le Autorità indipendenti elaborano spesso e che hanno la caratteristica di essere informali; per questo motivo, essi non possono essere considerati fonti normative tipizzate, rappresentando, piuttosto, delle *tertiary rules*. Sebbene abbiano comunque effetti giuridici, tali atti non hanno la capacità di modificare l'ordinamento normativo in maniera esplicite: le modifiche cui danno vita sono il frutto dell'opera di persuasione e dell'autorevolezza dell'Autorità che li utilizza per riportare equilibrio nel settore di competenza, le regole in essi contenute sono poste al di là di procedure formali ed i soggetti che contribuiscono alla loro formazione non sono istituzioni di governo¹⁹³. Attraverso di essi si pongono in essere "nuove" formule di gestione dei processi decisionali grazie alle quali le Autorità indipendenti possono colmare lacune o anticipare un successivo atto vincolante o scegliere di farvi ricorso per non irrigidire eccessivamente le regole del mercato di riferimento.

Sicuramente gli atti di *soft law* non devono essere sottoposti ad analisi di impatto della regolazione (AIR) o indicare preventivamente ai possibili destinatari gli obiettivi ed i vantaggi che si propongono di conseguire, ma non è escluso che si possa valutare *ex ante* il loro potenziale impatto sul mercato che, rispetto ad un atto di *hard law*, è tendenzialmente minore, ma non inesistente, dal momento che anche tramite essi viene incrementata la regolazione.

Il processo di formazione di un atto di *moral suasion* richiede la fondamentale partecipazione degli *stakeholders*, assicurando garanzie procedurali – necessarie a compensare la riduzione di legalità sostanziale di cui si è detto – quantomeno sotto forma di consultazione preventiva dei soggetti interessati, di rispetto del principio del contraddittorio, di trasparenza, di motivazione e di pubblicità degli atti, a maggior ragione perché per essi non è previsto un processo decisionale in qualche modo raccordabile al circuito politico parlamentare.

Sotto questa prospettiva, l'interessamento degli *stakeholders* mediante

¹⁹² Ad esempio, la Banca d'Italia rilascia istruzioni, la Consob le comunicazioni, mentre l'Isvap rilasciava orientamenti interpretativi come la Covip.

¹⁹³ E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, cit., 20 ss.

consultazione contribuisce certamente ad arricchire il *set* informativo a disposizione delle Autorità: i portatori di interesse possono inserire nel flusso decisionale informazioni non considerate precedentemente, le quali, se ben internalizzate e “composte”, possono effettivamente produrre innovazione nell’ambito del processo di *policy making*¹⁹⁴.

Il Garante, dunque, esercita la sua attività di *moral suasion* sia definendo le linee guida sull’applicazione della normativa¹⁹⁵, sia rispondendo a quesiti formulati dal pubblico; in particolare le risposte ai quesiti (che costituiscono un numero molto elevato) gli consentono di esprimere la sua posizione ufficiale in merito agli aspetti trattati e tale posizione può anche rappresentare la base per l’adozione di una regolamentazione di natura vincolante, come è accaduto, ad esempio, con l’emanazione del d.lgs. 30.6.2003, n. 196, che ha sistematizzato e recepito a livello di fonte primaria talune regole suggerite precedentemente dall’Autorità.

Quanto alle linee guida contenenti indicazioni di carattere generale in relazione al trattamento di dati personali in vari ambiti, dal 2006 ad oggi il Garante ne ha pubblicate in molteplici ambiti, da quello sanitario, a quello bancario, a quello giuridico.

Di particolare rilievo sono senz’altro quelle pubblicate nel 2009 in tema di Fascicolo sanitario elettronico e di Dossier sanitario, perché hanno avuto il merito di uniformare ed armonizzare in tutte le Regioni questa importante innovazione in campo sanitario. Quelle relative al Dossier sanitario (del giugno 2015) hanno avuto una notevole importanza in quanto il dossier sanitario è lo strumento attraverso il quale sono rese accessibili informazioni inerenti allo stato di salute di un individuo, relative ad eventi clinici presenti e trascorsi (ad es., referti di laboratorio, documentazione relativa a ricoveri, accessi al pronto soccorso) e volte a documentarne la storia clinica; esso è costituito presso un organismo sanitario in qualità di unico titolare del trattamento (ad es., ospedale, azienda sanitaria, casa di cura) al cui interno operino più professionisti.

¹⁹⁴ Per un quadro generale del problema, cfr. T.C. BEIERLE, *Discussing the Rules: Electronic Rulemaking and Democratic Deliberation, Resources for the Future*, Washington, 2003, 5 e S.J. BALLA-B.M. DANIELS, *Information technology and public commenting on agency regulations*, in *Regulation & Governance*, n. 1/2007, 46.

¹⁹⁵ Le linee guida sono disponibili *on line* e sono pubblicate anche nel Bollettino istituzionale.

La differenza tra il Dossier ed il Fascicolo sta nel fatto che i documenti e le informazioni sanitarie accessibili tramite il Dossier sono state generate da un solo titolare del trattamento e non dà più strutture sanitarie in qualità di autonomi titolari, come avviene, invece, per il Fascicolo.

Altrettanto rilevanti sono anche le linee guida in materia di trattamento di dati per lo svolgimento di indagini di *customer satisfaction* in ambito sanitario, del 5.5.2011, e quelle in materia di trattamento di dati personali contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato da soggetti pubblici per finalità di pubblicazione e diffusione sul *web*, del 2.3.2011.

Come detto, la procedura di adozione delle linee guida da parte del Garante per la *privacy* – interventi di *soft law* a carattere generale, che non sono procedimentalizzati in alcun regolamento interno – è preceduta dalla pubblicazione nel sito internet di un documento ufficiale da sottoporre a consultazione pubblica che riporta i contenuti dell'atto di *moral suasion* proposto dal Garante. La pubblicazione ha lo scopo di invitare tutti i soggetti interessati ad inviare per *e-mail* commenti e proposte di modifica al testo entro un determinato termine, scaduto il quale il Garante pubblica *on line* la versione definitiva delle linee guida adottate, senza, tuttavia, prendere alcuna posizione sulle osservazioni pervenute.

La pubblicazione è relativa solo al documento di consultazione e non anche all'identità ed ai commenti dei partecipanti, così come le stesse eventuali risposte dell'Autorità, che restano atti ed informazioni riservati e non conoscibili dall'esterno.

Alla luce di quanto evidenziato, sembra di potersi sostenere che il Garante della *privacy* sia un'Autorità indipendente che dispone, senza dubbio, di un ampio potere normativo interno, mentre il potere regolamentare sembra più l'esercizio di un potere di attuazione di quanto previsto dall'art. 33 della l. n. 675/1996 che si realizza mediante atti che, in questo caso, andrebbero definiti atti amministrativi generali, così come pure le sue "autorizzazioni generali" al trattamento di dati personali relativamente a determinati settori, che sono anch'esse espressione di potestà normativa.

Il Garante riveste un ruolo di supplenza legislativa *pro-tempore* per effetto del d.lgs. n. 135/1999: posto che spetta alla legge indicare espressamente quali dati sensibili possano essere trattati dai soggetti pubblici e con quali modalità, fino a che non intervenga la fonte primaria spetta all'Autorità indipendente autorizzare in via generale il trattamento di determinati dati sensibili. In buona sostanza, il suo potere normativo può defi-

nirsi “interpretativo” della fonte di grado primario e, dunque, i suoi atti sono atti di grado primario o *sub primario*¹⁹⁶.

Anche rispetto ad esso ci si pone lo stesso interrogativo già prospettato in sede di analisi dei poteri normativi dell’Agcom, e cioè quale sia, effettivamente, il ruolo degli atti di *soft law*, difficilmente monitorabili, ma che svolgono una funzione essenziale di interpretazione, di chiarimento e di indirizzo oltre che di accompagnamento degli atti normativi generali come i codici e di cui in particolare il Garante per la *privacy* si serve molto frequentemente anche allo scopo di fornire un orientamento che costituisce un importante punto di riferimento innanzitutto per gli *stakeholders*.

7. Istituto vigilanza sulle assicurazioni (Ivass)

L’Ivass è l’Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni; è un ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico che persegue la stabilità del sistema e dei mercati finanziari e che opera per garantire l’adeguata protezione degli assicurati gestendo le imprese di assicurazione e riassicurazione oltre che la loro trasparenza e correttezza nei confronti della clientela¹⁹⁷.

Al fine di garantire gli obiettivi istituzionali, l’Ivass esercita una supervisione sui soggetti vigilati (c.d. vigilanza microprudenziale) effettuando controlli patrimoniali, finanziari e tecnici sulla *corporate governance* e sugli assetti proprietari, e svolge funzioni di vigilanza sulla stabilità del sistema (c.d. vigilanza macroprudenziale). Accanto a queste funzioni, essa esercita pure attività ispettive presso i gruppi e le imprese del mercato assicurativo e riassicurativo e presso gli altri soggetti vigilati, anche in collaborazione con la Banca d’Italia, con altre Autorità pubbliche o con

¹⁹⁶ Così, F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 244.

¹⁹⁷ L’Ivass è parte del SEVIF (Sistema europeo di vigilanza finanziaria) nell’ambito del quale collabora alla convergenza delle prassi di vigilanza. A tal fine coopera con l’EIOPA (*The European Insurance and Occupational Pensions Authority*), il Comitato congiunto delle tre Autorità di vigilanza europee, l’ESRB (*European Systemic Risk Board*) e le Autorità di vigilanza degli altri Stati membri. Inoltre, esso partecipa anche alla IAIS (*International Association of Insurance Supervisors*) e contribuisce alla predisposizione della normativa europea presso il Consiglio o la Commissione.

altre Autorità di vigilanza assicurativa dell'Unione europea; così come le competono attività di vigilanza sull'operato degli intermediari assicurativi e riassicurativi, attraverso la verifica della conformità dei loro comportamenti alla normativa di settore, con particolare riguardo al rispetto degli obblighi di separazione patrimoniale e d'informativa, alla correttezza e alla trasparenza nelle relazioni con il cliente.

Inoltre, l'Ivass è tenuto alla cura del Registro unico degli intermediari assicurativi e riassicurativi (RUI) e, nell'ottica di protezione del consumatore, promuove la diffusione di buone prassi tra gli operatori.

Il testo normativo di riferimento in materia assicurativa è il d.lgs. 7.9.2005, n. 209 – contenente il c.d. Codice delle assicurazioni private – e successive modificazioni e integrazioni da ultimo apportate con il d.lgs. n. 74/2015 che ha recepito la direttiva 2009/138/CE¹⁹⁸. Il suddetto Codice è una legge di principi e di attribuzione di poteri che stabilisce le norme fondamentali e definisce le competenze dell'Ivass; in particolare, esso attribuisce all'Istituto il potere di emanare norme secondarie come i regolamenti o i provvedimenti, e di adottare interventi di carattere prudenziale¹⁹⁹.

La legge istitutiva dell'Ivass, invece, è la l. n. 135/2012, di conversione, con modifiche, del d.lgs. n. 95/2012. Il suo art. 13²⁰⁰, in particolare, contempla l'istituzione dell'Ivass al fine di *“assicurare la piena integrazione dell'attività di vigilanza nel settore assicurativo, anche attraverso un più stretto collegamento con la vigilanza bancaria”*, con la precisazione che la sua istituzione non ha modificato i poteri di vigilanza regolamentare, informativa, ispettiva e sanzionatori esercitati dalla Consob sui soggetti abilitati e sulle imprese di assicurazione.

Ai sensi del sesto comma del suddetto art. 13, essa svolge le funzioni già affidate all'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (Isvap) nelle quali è succeduto dal momento in cui quest'ultimo è stato soppresso, e cioè dalla stessa data in cui è entrato in vigore lo Statuto che disciplina Ivass.

Lo Statuto detta disposizioni in ordine all'assetto organizzativo; in

¹⁹⁸ Solvency II.

¹⁹⁹ Altre norme primarie di rilievo per il settore sono quelle relative alla disciplina antiriciclaggio e alla lotta al finanziamento del terrorismo (d.lgs. 21.11.2007, n. 231 e s.m.), della revisione contabile, ecc.

²⁰⁰ Recante *“Istituzione dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni”*.

particolare, tra gli altri, esso disciplina il funzionamento degli organi, definisce i principi e i criteri ai fini del conferimento delle deleghe da parte degli organi collegiali; le modalità dell'esercizio delle funzioni istituzionali nei casi di necessità e di urgenza; le norme relative alla consulenza e rappresentanza in giudizio dell'Istituto.

L'Ivass opera sulla base di principi di autonomia organizzativa, finanziaria e contabile, oltre che di trasparenza e di economicità, mantenendo i contributi di vigilanza annuali previsti dal Codice delle assicurazioni private²⁰¹; i componenti dei suoi organi operano con piena autonomia e indipendenza e non sono sottoposti alle direttive di altri soggetti pubblici o privati. Essa può fornire dati al Ministro dello sviluppo economico e al Ministro dell'economia e delle finanze, esclusivamente in forma aggregata, e trasmette annualmente al Parlamento e al Governo una relazione sulla propria attività.

Tra i suoi organi che la legge prevede²⁰² è il Consiglio²⁰³ quello a cui spetta l'amministrazione generale dell'Ivass e che, in particolare, adotta il regolamento organizzativo dell'Istituto, delibera in ordine al trattamento normativo ed economico del personale dipendente adottando il relativo regolamento i provvedimenti di nomina, assegnazione, promozione e cessazione dal servizio dei dipendenti²⁰⁴.

Anche l'accertamento delle condotte illecite da parte dei soggetti vigilati e la conseguente applicazione delle sanzioni amministrative-pecuniarie e disciplinari è disciplinato da un apposito Regolamento (il n. 39 del 2.8.2018)²⁰⁵; così come la vigilanza sulla correttezza dei comportamenti

²⁰¹ Le entrate dell'Ivass sono costituite dai contributi a carico dei soggetti vigilati, il cui ammontare è definito annualmente con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze adottato, su proposta dell'Ivass, in modo da assicurare la copertura finanziaria degli oneri di funzionamento dell'Istituto.

²⁰² E cioè: a) il Presidente; b) il Consiglio; c) il Direttorio di cui all'art. 21 dello Statuto della Banca d'Italia, operante nella composizione integrata di cui al diciassettesimo comma. Il Presidente dell'Istituto è il Direttore Generale della Banca d'Italia; questi è anche il legale rappresentante dell'Istituto e presiede il Consiglio.

²⁰³ Come previsto dal quindicesimo comma.

²⁰⁴ Tra gli altri poteri esercitati dal Consiglio si evidenziano quello di conferire gli incarichi di livello dirigenziale; di approvare gli accordi stipulati con le organizzazioni sindacali; di provvedere alla gestione dei contributi dei soggetti vigilati; di esaminare ed approvare il bilancio; di esercitare le ulteriori competenze indicate dallo Statuto e di deliberare sulle questioni che il Direttorio integrato eventualmente ritenga di sottoporli.

²⁰⁵ Tale Regolamento è stato modificato dal Provvedimento n. 86 del 14.5.2019, re-

delle imprese nei confronti del consumatore e sulla trasparenza dei prodotti assicurativi, la quale viene attuata grazie a regole di comportamento stabilite dall'Ivass e che le imprese e gli intermediari sono tenuti ad osservare nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti, verificandone il puntuale adempimento.

È l'Ivass a precisare i casi di esclusione ed omissione nonché – per ragioni di necessità, urgenza o riservatezza – di possibile deroga a tutte o alcune disposizioni del procedimento di regolamentazione; inoltre, tale istituto illustra le conseguenze della regolamentazione sull'attività degli operatori del mercato e degli altri destinatari e motiva le scelte effettuate, anche con comparazione dei costi e benefici delle opzioni valutate.

Anche per questa Autorità si registrano poteri regolamentari ampi, che si sostanziano in atti connotati da un alto tecnicismo ed un grado di dettaglio non rinvenibile nelle fonti primarie; essi sono diretti agli operatori del settore assicurativo, con carattere generale e natura vincolante²⁰⁶.

La legge primaria, infatti, ammette addirittura la possibilità che gli atti regolamentari dell'Ivass deroghino, anche se in via temporanea, alla disciplina già vigente, come è accaduto per il Regolamento n. 43 del 12.2.2019 emanato per dare attuazione delle disposizioni sulla sospensione temporanea delle minusvalenze nei titoli non durevoli introdotta dal d.l. 23.10.2018, n. 119²⁰⁷. Il Regolamento in questione contiene una disciplina che, grazie alle previsioni del suddetto decreto-legge, “*deroga, in via temporanea, alle norme previste dal codice civile*” per affrontare la situazione di turbolenza dei mercati finanziari che si è registrata nel corso del 2018. Il Legislatore

cante Modifiche ai Regolamenti Ivass n. 1 dell'8.10.2013 e n. 39 del 2.8.2018, concernenti la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative.

²⁰⁶ Tra i regolamenti adottati dall'Ivass i più recenti sono il Regolamento n. 44 Ivass del 12.2.2019 in materia di antiriciclaggio su organizzazione, procedure e controlli interni e adeguata verifica della clientela; il Regolamento n. 43 Ivass del 12.2.2019 concernente l'attuazione delle disposizioni sulla sospensione temporanea delle minusvalenze nei titoli non durevoli; il Regolamento n. 42 Ivass del 2.8.2018 recante disposizioni in materia di revisione esterna dell'informativa al pubblico; il Regolamento n. 41 Ivass del 2.8.2018 in materia di informativa, pubblicità e realizzazione di prodotti assicurativi; il Regolamento n. 40 Ivass del 2.8.2018 recante disposizioni in materia di distribuzione assicurativa e riassicurativa; il Regolamento n. 39 Ivass del 2.8.2018 recante la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative e le disposizioni attuative.

²⁰⁷ Recante disposizioni urgenti in materia fiscale e finanziaria e convertito con l. 17.12.2018, n. 136.

ordinario, dunque, prendendo atto della necessità di una disciplina specifica anche in considerazione delle difficoltà del momento storico, ha autorizzato l’Autorità, tramite la decretazione d’urgenza, ad intervenire nel suo settore di competenza attraverso norme dotate di un elevato tecnicismo alle quali, per aggiungere maggiore incisività ed immediatezza nel perseguimento dell’obiettivo, è stata consentita – anzi, addirittura autorizzata – la possibilità di una temporanea deroga alla disciplina già vigente.

Anche nel caso dell’Ivass, dunque, ci si trova di fronte al consueto schema che vede la legge primaria autorizzare la normazione secondaria di settore ad intervenire per riempire vuoti normativi intenzionalmente lasciati²⁰⁸. Quindi, anche in questo caso la legalità sostanziale, così come la si è tradizionalmente intesa nel nostro ordinamento, è disattesa ma, al contempo, è compensata da una serie di garanzie procedurali che, nell’adozione degli atti normativi, anche l’Ivass deve provvedere a rispettare, al fine di realizzare comunque un procedimento regolamentare connotato dai requisiti della chiarezza, della trasparenza e della consapevolezza affinché tali atti siano caratterizzati dalla c.d. legalità procedurale. Si fa riferimento, ovviamente, al rispetto dei principi di trasparenza degli interventi regolatori²⁰⁹, di proporzionalità – intesa come esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minor sacrificio degli interessi dei destinatari²¹⁰ – e di partecipazione attiva dei soggetti interessati dall’atto regolamentare anche attraverso la fase di pubblica consultazione²¹¹. Quest’ultima riveste una particolare importanza, in quanto consente agli

²⁰⁸ Cfr. G. MORBIDELLI, *Il potere regolamentare di ISVAP dopo il Codice delle Assicurazioni*, in *Scritti in onore di Giovanni Grottanelli de Santi*, Milano, 2007, 599 ss.

²⁰⁹ Al riguardo si segnala il Provvedimento n. 73 del 26.4.2018, recate Modifiche al Regolamento in materia di pubblicità e trasparenza dei dati e delle informazioni concernenti l’organizzazione e l’attività dell’Ivass.

²¹⁰ In argomento, cfr. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

²¹¹ Tra i documenti più recenti in pubblica consultazione si segnalano il Documento di consultazione n. 3/2019, recante Modifiche al Regolamento n. 43 del 12.2.2019; il Documento di consultazione n. 2/2019, recante lo Schema di Provvedimento Ivass contenente modifiche e integrazioni ai Regolamenti nn. 23/2008, 24/2008, 38/2018, 40/2018, 41/2018; ed il Documento di consultazione n. 1/2019 Schema di Regolamento Ivass recante disposizioni in materia di requisiti di governo e controllo dei prodotti assicurativi.

interessati di esprimere valutazioni su atti da emanare durante il periodo in cui essi sono pubblicati al fine della pubblica consultazione. L'Autorità raccoglie tali osservazioni e valuta se prenderle o meno in considerazione e, se del caso, modifica o aggiunge norme al testo normativo giungendo, in tal modo, all'emanazione di un atto adottato attraverso un confronto partecipato con i suoi destinatari e non autoritativamente imposto.

Nell'ambito dei provvedimenti che tale Autorità emana oltre ai regolamenti, si distinguono quelli normativi da quelli amministrativi. Pertanto, alla prima categoria appartengono atti a contenuto normativo, attraverso i quali essa fissa aliquote, modifica regolamenti precedentemente emanati, stabilisce modalità e termini per comunicazioni; mentre, alla seconda categoria appartengono atti aventi prevalentemente contenuto autorizzatorio ma anche avvisi.

Anche l'Ivass ricorre alla *soft regulation*; infatti essa interagisce con il mercato di competenza attraverso raccomandazioni, circolari, orientamenti, comunicazioni e lettere al mercato; divulga, altresì, documenti esplicativi, a carattere non vincolante, volti a condividere con i vigilati le aspettative dell'Istituto su specifiche materie. Si tratta, anche in questo caso, di atti tramite i quali essa indirizza, in maniera non vincolante, i consumatori; infatti, in particolare l'attività di orientamento viene svolta tramite il Contact Center, predisposto al fine di consentire ai consumatori di presentare reclami scritti e segnalazioni su cui l'Ivass può intervenire, in presenza di problematiche ricorrenti o di particolare rilievo, attraverso azioni mirate di vigilanza che le consentono di fornire il suo orientamento. Dunque, anche in questo caso, gli atti di *moral suasion* servono per assumere delle posizioni di cui possano avvalersi i consumatori per una migliore gestione del settore delle assicurazioni, ma che, poi, si traducono in vere e proprie condotte da seguire negli specifici casi di specie.

Si tratta di atti appartenenti alla normazione secondaria emanata dall'Ivass; in particolare le circolari hanno un contenuto dispositivo che consente all'Autorità di monitorare e disciplinare determinati ambiti valutando l'idoneità degli strumenti a disposizione per intervenire.

Tramite le Comunicazioni, l'Istituto emana, poi, le Linee guida (le più recenti risalgono al 2013²¹², perché le precedenti Linee guida sono state

²¹² Comunicazione n. 1 del 14.2.2013 recante Linee guida del processo ispettivo di vigilanza.

adottate dall'Isvap); ma a differenza delle altre Autorità, l'Ivass ha la possibilità di scegliere di aderire alle linee guida emanate dall'EIOPA²¹³ – che rappresenta l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali – come misure di terzo livello, volte a supportare la convergenza dell'applicazione delle disposizioni delle direttive tramite un meccanismo di *comply or explain*. Questo meccanismo le consente di dichiarare pubblicamente se intende aderire o meno a tali linee guida, indicando, in tale caso, le ragioni per la mancata adesione.

Alle competenze dell'Ivass si aggiunge anche la cura delle relazioni con le Associazioni dei consumatori, in particolare nei confronti dei consumatori – viaggiatori, ed in questo settore essa si avvale di strumenti di *soft law*, in particolare le lettere al mercato.

Infatti, tramite l'art. 9 della l. 29.7.2015, n. 115²¹⁴ – che ha modificato l'art. 50 del Codice del Turismo – è stato introdotto²¹⁵ l'obbligo per gli operatori del settore turistico (organizzatori di viaggi e rivenditori dei relativi pacchetti) di munirsi di idonea garanzia bancaria o assicurativa per provvedere, anche nei casi di propria insolvenza o fallimento, al rimborso del prezzo versato dal viaggiatore-cliente per l'acquisto del pacchetto turistico e al suo rientro immediato.

Eliminato ogni meccanismo di garanzia pubblica preesistente²¹⁶, la tutela degli interessi dei viaggiatori-assicurati è stata, quindi, interamente affidata ai privati ed ai contratti tra questi conclusi.

Tale nuovo sistema impone una verifica puntuale, da parte dell'Ivass, dell'effettività ed ampiezza della garanzia offerta dalle polizze in circolazione, evitando che, con condizioni di contratto non adeguate, si finisca in concreto per *“svuotare del tutto o limitare fortemente il contenuto e la stessa funzione della garanzia in chiave di tutela della sfera patrimoniale del viaggiatore-assicurato rispetto ai rischi di insolvenza e di fallimento dell'Agenzia di Viaggio e del Tour Operator”*.

²¹³ Ad EIOPA spettano compiti di sostegno della stabilità del sistema finanziario, di trasparenza dei mercati e dei prodotti finanziari, nonché di tutela degli assicurati e dei membri e beneficiari di regimi pensionistici.

²¹⁴ Legge europea 2014.

²¹⁵ Con decorrenza 30.6.2016.

²¹⁶ Infatti, l'art. 9 della l. n. 115/2015 ha infatti abrogato, dal 30.6.2016, l'art. 51 del Codice del Turismo che aveva istituito e regolamentato il Fondo nazionale di garanzia.

Con una lettera al mercato, il 6.3.2017, dopo aver ricevuto segnalazioni di anomalie riscontrate nelle polizze proposte da due compagnie, l'Ivass ha invitato le compagnie assicurative attive nel settore viaggi a rivedere le condizioni di polizza proposte ai diversi operatori turistici per consentire agli stessi di adempiere all'obbligo assicurativo contemplato dal Codice del Turismo e fornire una protezione piena, generale ed effettiva dei viaggiatori-assicurati alla sfera patrimoniale del consumatore/assicurato per i casi di insolvenza e fallimento degli operatori del settore turistico, pur in presenza di un quadro normativo frammentato e disomogeneo soprattutto per quanto attiene alla formula idonea ad assolvere l'obbligo assicurativo.

Insomma, sebbene le modalità di normazione di questa Autorità non si discostino da quelle delle altre Autorità e gli strumenti normativi siano gli stessi, anche dall'analisi dei poteri dell'Ivass emerge con chiarezza che non è possibile trarre un "sistema" di poteri validi per tutte, né è possibile dedurre dai poteri di una Autorità quelli da attribuire ad un'altra, per analogia.

Ognuna ha le sue specifiche competenze ed anche nella stessa funzione possono riscontrarsi delle diversità, come accade nella funzione di vigilanza; tale funzione assume modalità di esercizio e finalità diverse, individuabili in una funzione *preventiva*, con finalità principalmente interpretativa ed integrativa della normativa, nonché orientativa e conformativa delle attività dei soggetti vigilati, che si concretizza soprattutto nell'adozione di regolamenti e di atti e provvedimenti generali, anche di *soft law*; e in una funzione *successiva*, con finalità correttive e conformative e con una portata tendenzialmente generale che, di solito, è esercitata tramite provvedimenti individuali di regolazione, inseriti talvolta all'interno di schemi provvedimentali tradizionali, rubricati, ad esempio, come autorizzazioni o diffide o atti individuali di *moral suasion*²¹⁷. In entrambi i casi un ruolo rilevante è giocato dagli atti di *soft law* che, anche in questo settore, riescono ad imprimere delle condotte dalle quali, poi, non ci si discosta e che, dunque, continuano a far riflettere circa la loro natura.

²¹⁷ C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, cit., 98.

8. L'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (Arera)

L'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (Arera), fino all'emanazione del d.l. 23.12.2013, n. 145²¹⁸, è stata Aeeg (Autorità per l'energia elettrica e il gas), istituita con la l. 14.11.1995, n. 481 e, fino al 27.12.2017, è stata Autorità per l'energia elettrica il gas ed il sistema idrico (Aeegsi).

Si tratta di un'Autorità formalmente indipendente che, come l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) e l'Autorità di regolazione dei trasporti (Art), ha la funzione di favorire lo sviluppo di mercati concorrenziali nelle filiere elettriche, del gas naturale e dell'acqua potabile, principalmente tramite la regolazione tariffaria, dell'accesso alle reti, del funzionamento dei mercati e la tutela degli utenti finali. È stata istituita, nel 1995, a seguito delle decisioni del 1996 e del 1998 dell'Unione europea di liberalizzare il settore dell'energia elettrica e quello del gas naturale, al fine di sostituire i monopoli presenti nella maggior parte dei Paesi aderenti all'Unione. Essa è, dunque, il soggetto regolatore dei mercati liberalizzati.

L'Arera svolge attività di regolazione e controllo nei settori dell'energia elettrica, del gas naturale, dei servizi idrici, del ciclo dei rifiuti e del telecalore, oltre ad esercitare attività consultiva e di segnalazione al Governo e al Parlamento nelle materie di propria competenza, anche ai fini della definizione, del recepimento e dell'attuazione della normativa comunitaria. Le risorse per il suo funzionamento non provengono dal bilancio dello Stato ma da un contributo sui ricavi degli operatori regolati.

La l. n. 481/1995²¹⁹ è stata emanata con la finalità di “*garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità*”, oltre che di garantire adeguati livelli di qualità nei ser-

²¹⁸ Tale decreto-legge, c.d. decreto “Destinazione Italia”, recante “*Interventi urgenti di avvio del piano “Destinazione Italia”, per il contenimento delle tariffe elettriche e del gas, per la riduzione dei premi RC-auto, per l'internazionalizzazione, lo sviluppo e la digitalizzazione delle imprese, nonché misure per la realizzazione di opere pubbliche ed EXPO 2015*”, è stato convertito nella l. 21.2.2014, n. 9. Esso trasforma l'Aeeg in Arera all'art. 13, tredicesimo comma, che recita: 13. All'art. 2, primo comma, primo periodo, della l. 14.11.1995, n. 481, dopo le parole: “*per l'energia elettrica sono inserite le seguenti: ‘, il gas ed il sistema idrico*” e le parole: “*e il gas*” sono soppresse.

²¹⁹ Essa reca “*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*”.

vizi medesimi in condizioni di economicità e redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale. In buona sostanza, essa tutela gli interessi di utenti e consumatori, in armonia con la normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo, incentivando la partecipazione al mercato libero dell'energia, attraverso la riduzione dei prezzi secondo uno specifico sistema tariffario.

All'art. 3, tale legge disciplina espressamente l'Autorità per l'energia elettrica e il gas attribuendole, appunto, le funzioni in materia di energia elettrica e gas.

Come le altre Autorità, anche questa gode di un potere regolamentare circa l'organizzazione, il funzionamento e la pianta organica del personale di ruolo²²⁰, l'ordinamento delle carriere ed il trattamento giuridico ed economico del personale.

Nel contempo, il quarto comma dell'art. 2 prevede che *“la disciplina e la composizione di ciascuna Autorità sono definite da normative particolari che tengono conto delle specificità di ciascun settore sulla base dei principi generali del presente articolo”*: ciò vuol dire che i vari “settori” (ovvero i servizi di pubblica utilità) regolati dalla l. n. 481/1995 hanno ciascuno una propria e differente disciplina.

Segnatamente, l'Arera è un organo collegiale²²¹ preposto alla regolazione ed al controllo del settore dell'energia, opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione e si occupa, tra le altre, di promuovere l'efficienza energetica, la sicurezza e l'adeguamento delle tariffe energia elettrica e/o gas naturale; di regolamentare la pubblicità e la trasparenza di servizio dei fornitori; di promuovere un utilizzo sostenibile dell'energia ed aggiornare costantemente le condizioni del servizio di maggior tutela; di migliorare i livelli di tutela e di informazione dei consumatori; e di eseguire attività di monitoraggio e controllo, imponendo sanzioni quando occorrono²²².

²²⁰ Che non può eccedere le centoventi unità.

²²¹ Costituito da un Presidente e da due membri scelti fra persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore che sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del ministro competente e che durano in carica sette anni senza potere essere riconfermati.

²²² In dottrina, per un profilo anche ricostruttivo di tipo storico-politico dell'organismo, si v., *ex plurimis*, G. DE VERGOTTINI, *Attività regolatoria e autorità indipendenti*:

Infatti, il dodicesimo comma del citato art. 2 disciplina i poteri regolamentari delle Autorità dei vari settori²²³ e, quindi, anche di Arera, pre-

l'autorità per l'energia ed il gas, in *Resp., com. impr.*, fasc. 2, 1996, 241 ss.; G. QUADRI, *L'Autorità indipendente per il settore energetico*, in *Quaderni rass. giur. ENEL*, 1996, 125 ss.; S. CASSESE, *La disciplina del mercato dell'elettricità*, in *Rass. giur. ENEL*, 1997, 553 ss.; A. COLAVECCHIO, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario. Alla ricerca di un giusto bilanciamento fra regole di concorrenza ed esigenze di servizio pubblico*, Bari, 2000; G.G. GENTILE, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore (la parabola dell'energia)*, in *Rass. giur. ENEL*, 2001, 429 ss.; ID, *Energia (energia elettrica: riforma)*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 2002; F. VETRÒ, *La regolazione pubblica del mercato elettrico. Sull'ordine giuridico del mercato libero dell'energia elettrica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 811 ss.; P. CIRIELLI, *La completa liberalizzazione dei mercati energetici (commento al d.l. 18.6.2007, n. 73)*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 280 ss.

²²³ Art. 2, dodicesimo comma: "Ciascuna Autorità nel perseguire le finalità di cui all'articolo 1 svolge le seguenti funzioni: a) 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, nei limiti delle leggi esistenti, proponendo al Governo le modifiche normative e regolamentari necessarie in relazione alle dinamiche tecnologiche, alle condizioni di mercato ed all'evoluzione delle normative comunitarie; b) propone ai Ministri competenti gli schemi per il rinnovo nonché per eventuali variazioni dei singoli atti di concessione o di autorizzazione, delle convenzioni o dei contratti di programma; c) 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; d) propone la modifica delle clausole delle concessioni e delle convenzioni, ivi comprese quelle relative all'esercizio in esclusiva, delle autorizzazioni, dei contratti di programma in essere e delle condizioni di svolgimento dei servizi, ove ciò sia richiesto dall'andamento del mercato o dalle ragionevoli esigenze degli utenti, definendo altresì le condizioni tecnico-economiche di accesso e di interconnessione alle reti, ove previsti dalla norma vigente; e) stabilisce e aggiorna, in relazione all'andamento del mercato, la tariffa base, i parametri e gli altri elementi di riferimento per determinare le tariffe di cui ai commi 17, 18 e 19, nonché le modalità per il recupero dei costi eventualmente sostenuti nell'interesse generale in modo da assicurare la qualità, l'efficienza del servizio e l'adeguata diffusione del medesimo sul territorio nazionale, nonché la realizzazione degli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse di cui al comma 1 dell'articolo 1, tenendo separato dalla tariffa qualsiasi tributo od onere improprio; verifica la conformità ai criteri di cui alla presente lettera delle proposte di aggiornamento delle tariffe annualmente presentate e si pronuncia, sentiti eventualmente i soggetti esercenti il servizio, entro novanta giorni dal ricevimento della proposta; qualora la pronuncia non intervenga entro tale termine, le tariffe si intendono verificate positivamente; f) emana le direttive per

vedendo, in particolare – alla lett. e) – che essa stabilisca ed aggiorni la tariffa base, i parametri e gli altri elementi di riferimento per determinare

la separazione contabile e amministrativa e verifica i costi delle singole prestazioni per assicurare, tra l'altro, la loro corretta disaggregazione e imputazione per funzione svolta, per area geografica e per categoria di utenza evidenziando separatamente gli oneri conseguenti alla fornitura del servizio universale definito dalla convenzione, provvedendo quindi al confronto tra essi e i costi analoghi in altri Paesi, assicurando la pubblicizzazione dei dati; g) 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 di cui al comma 37, nel contratto di programma ovvero ai sensi della lettera h); h) 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; tali determinazioni producono gli effetti di cui al comma 37; i) assicura la più ampia pubblicità delle condizioni dei servizi; studia l'evoluzione del settore e dei singoli servizi, anche per modificare condizioni tecniche, giuridiche ed economiche relative allo svolgimento o all'erogazione dei medesimi; promuove iniziative volte a migliorare le modalità di erogazione dei servizi; presenta annualmente al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei ministri una relazione sullo stato dei servizi e sull'attività svolta; l) pubblicizza e diffonde la conoscenza delle condizioni di svolgimento dei servizi al fine di garantire la massima trasparenza, la concorrenzialità dell'offerta e la possibilità di migliori scelte da parte degli utenti intermedi o finali; m) valuta reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti o dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio nei confronti dei quali interviene imponendo, ove opportuno, modifiche alle modalità di esercizio degli stessi ovvero procedendo alla revisione del regolamento di servizio di cui al comma 37; n) verifica la congruità delle misure adottate dai soggetti esercenti il servizio al fine di assicurare la parità di trattamento tra gli utenti, garantire la continuità della prestazione dei servizi, verificare periodicamente la qualità e l'efficacia delle prestazioni all'uopo acquisendo anche la valutazione degli utenti, garantire ogni informazione circa le modalità di prestazione dei servizi e i relativi livelli qualitativi, consentire a utenti e consumatori il più agevole accesso agli uffici aperti al pubblico, ridurre il numero degli adempimenti richiesti agli utenti semplificando le procedure per l'erogazione del servizio, assicurare la sollecita risposta a reclami, istanze e segnalazioni nel rispetto dei livelli qualitativi e tariffari; o) propone al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione per i casi in cui tali provvedimenti siano consentiti dall'ordinamento; p) controlla che ciascun soggetto esercente il servizio adotti, in base alla direttiva sui principi dell'erogazione dei servizi pubblici del Presidente del Consiglio dei ministri del 27 gennaio 1994, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 43 del 22 febbraio 1994, una carta di servizio pubblico con indicazione di standards dei singoli servizi e ne verifica il rispetto”.

le tariffe in relazione all'andamento del mercato. Deve, inoltre, provvedere alle modalità per il recupero dei costi eventualmente sostenuti nell'interesse generale in modo da assicurare la qualità, l'efficienza del servizio e l'adeguata diffusione del medesimo sul territorio nazionale; gli obiettivi che deve perseguire non sono solo di carattere sociale, ma anche di tutela ambientale e, quindi, essa deve puntare ad un uso efficiente delle risorse tenendo separato dalla tariffa qualsiasi tributo od onere improprio.

La lett. *f*) di questo stesso articolo conferisce all'Autorità il potere di emanare le direttive per la separazione contabile e amministrativa e per verificare i costi delle singole prestazioni per assicurare la loro corretta disaggregazione e imputazione per funzione svolta, per area geografica e per categoria di utenza evidenziando separatamente gli oneri conseguenti alla fornitura del servizio universale definito dalla convenzione. Devono essere emanate direttive anche in merito alla produzione e all'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi stessi, *“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”*²²⁴.

La legge istitutiva, inoltre, attribuisce ad Arera anche il potere di regolamentare audizioni periodiche delle formazioni associative nelle quali i consumatori e gli utenti siano organizzati, prevedendo che nello stesso regolamento siano disciplinati anche audizioni periodiche delle associazioni ambientaliste, delle associazioni sindacali delle imprese e dei lavoratori e lo svolgimento di rilevazioni sulla soddisfazione degli utenti e sull'efficacia dei servizi²²⁵.

I poteri fin qui evidenziati sono senza dubbio molto ampi; ma è facile constatare che le funzioni che la legge attribuisce a tale Autorità sono alquanto generiche ed indeterminate proprio perché la materia è caratterizzata da un tecnicismo troppo elevato perché possa provvedere il legislatore ordinario a fornire la disciplina più adeguata, anche rispetto ai poteri regolamentari in materia di auto organizzazione.

Il settore in questione è nato, come detto, al fine di agevolare la libera-

²²⁴ Art. 2, dodicesimo comma, lett. *h*).

²²⁵ Art. 2, ventitreesimo comma.

lizzazione e la formazione di un mercato più competitivo e contendibile, senza situazioni di monopolio²²⁶. L'attività di regolazione, dunque, è finalizzata proprio a superare le imperfezioni del mercato, creando, invece, condizioni di effettiva competitività e di libertà. L'esistenza e l'essenza delle Autorità indipendenti e, nello specifico caso, di Arera, consentono di correggere le conseguenze che deriverebbero dal fallimento del mercato lasciato a sé stesso, non solo per le diverse posizioni degli operatori che in esso operano, ma anche per la disparità che esiste tra i soggetti che esercitano il servizio e il cliente finale.

Proprio perché è il mercato il vero protagonista, l'intervento regolatorio delle Autorità dovrebbe essere considerato, dunque, un'eccezione²²⁷, confermata dal loro ruolo di sostanziale neutralità: esse non sono imparziali come la Pubblica Amministrazione, ma sono "distanti" dagli interessi in gioco, indifferenti ad essi e, pertanto, non possono interferire con una propria linea "politica" di sviluppo del mercato. In realtà, però, la loro neutralità, intesa come indifferenza verso gli interessi delle parti in conflitto, deve essere vista in maniera sfumata, in quanto le loro funzioni sono finalizzate a tutelare quegli stessi interessi da cui dovrebbero mantenersi distanti, e questo aspetto è evidente rispetto ad ogni Autorità fin qui analizzata. Esse sono autorizzate dalla legge a riempire i vuoti normativi in settori specifici nei quali possono prevedere autonomamente, ma sulla base delle proprie competenze tecniche, la disciplina più adeguata ed efficace.

Il Consiglio di Stato, infatti, rispetto ad Arera, ha osservato che la legge che la istituisce è una "*legge di 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*"²²⁸. Così ragionando, ad esempio, nel potere di tutelare la sicurezza degli impianti rientra anche il potere di imporre una garanzia assicurativa per gli infortuni derivanti dall'uso del gas fornito da im-

²²⁶ Cfr. V. MILANI, *Principio di legalità e poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Giornale dir. amm.*, 2003, 35; K. MARCANTONIO, *Principio di legalità e concorrenza nel settore energetico: verso la convergenza regolatoria?*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 1117 ss.

²²⁷ F. CINTIOLI, *I regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, cit., 11 ss.

²²⁸ Cons. Stat, sez. VI, 17.10.2005, n. 5827.

pianti di distribuzione a tutti gli utenti finali civili²²⁹.

Inoltre, a proposito della possibilità, per l'Autorità, di dettare tariffe per la fornitura del gas naturale, a seguito della liberalizzazione del settore, sempre il Consiglio di Stato²³⁰, a fronte della interpretazione della disciplina per cui il potere di regolazione sarebbe venuto meno (fatta propria dal TAR Lombardia) ha, invece, ritenuto ancora sussistente tale potere in quanto "strumentale alla salvaguardia delle dinamiche concorrenziali"²³¹. Esso, infatti, ha sostenuto che i poteri di regolazione di cui l'Autorità è titolare anche nei settori liberalizzati sono necessari affinché siano salvaguardate le dinamiche concorrenziali, a tutela dell'utenza. Grazie a questi poteri è regolabile ogni segmento della filiera delle attività dei settori energetici. Ad avviso di tale Giudice, il fatto che un mercato sia liberalizzato non comporta automaticamente il passaggio ad una situazione di sola concorrenza, la cui promozione rientra tra le competenze dell'Autorità; i poteri di regolazione da questa esercitati per favorire la concorrenza non dipendono dal regime giuridico che caratterizza tali attività, e anche quando esse siano liberalizzate questi poteri non coincidono con quelli tariffari, poiché comprendono anche il potere di creare le condizioni affinché si realizzi una effettiva concorrenza (col conseguente contenimento dei prezzi), a tutela degli utenti e consumatori. L'Autorità, dunque, può legittimamente vigilare sull'andamento del mercato indicando *ex ante* le regole in assenza delle quali possano verificarsi (o aggravarsi) effetti distorsivi, perché, alla volontà del legislatore di liberalizzare un settore deve corrispondere, secondo quanto sostenuto dal Consiglio di Stato, il potere-dovere dell'Autorità di adoperarsi con ogni misura al fine di favorire l'affermarsi di un mercato caratterizzato da una effettiva concorrenza, anche nell'interesse dell'utenza e, dunque, "*non solo con azioni repressive ex post, ma anche imponendo comportamenti che ex ante possano rimuovere o prevenire effetti distorsivi*".

Il potere riconosciuto ad Arera²³², grazie al quale essa può incidere, con gli effetti tipici dell'art. 1339 c.c., sulle obbligazioni che caratterizzano lo svolgimento dei contratti di utenza, è stato confermato anche dal-

²²⁹ *Contra*, TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 14.12.2004, n. 6392, era stato di diverso avviso.

²³⁰ *Ivi*.

²³¹ G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti*, cit.

²³² Dall'art. 2, dodicesimo comma, lett. h) e 37, della l. 14.11.1995, n. 481.

la Corte di Cassazione che ha chiarito che “*Il potere normativo secondario (o, altrimenti, il potere di emanazione di atti amministrativi precettivi collettivi) dell’Autorità per l’Energia Elettrica ed il Gas (A.E.E.G.) [...] si può concretare anche nella previsione di prescrizioni specifiche, che non lascino al destinatario margini di scelta sul quando e sul quomodo, le quali, tramite l’integrazione del regolamento di servizio, di cui al comma 37 dello stesso art. 2 citato, possono in via riflessa integrare, ai sensi dell’art. 1339 c.c., il contenuto dei rapporti di utenza individuali pendenti anche in via derogatoria delle norme di legge*”²³³.

La Corte Suprema sostiene, in buona sostanza, che tale potere possa essere esercitato dall’Autorità a condizione che le norme di legge eventualmente derogate rivestano natura meramente dispositiva, essendo, dunque, derogabili dalle stesse parti, e che la deroga sia posta in essere dall’Autorità al fine di tutelare l’interesse dell’utente o del consumatore. Infatti, a meno che non lo consenta una previsione speciale di legge o una fonte comunitaria ad efficacia diretta, non è possibile derogare a disposizioni di legge di contenuto imperativo o a disposizioni normative dispositive ma con finalità contrarie all’interesse dell’utente e consumatore.

La competenza specifica delle Autorità, e quindi di Arera, la loro indipendenza ed i poteri esclusivi che ad esse spettano hanno portato la giurisprudenza ad affermare che, nonostante l’evoluzione in materia di sindacato sugli atti discrezionali, nei settori affidati alle Autorità indipendenti il controllo giurisdizionale incontra un limite almeno in parte diverso dalle altre forme di sindacato, in quanto le valutazioni da queste effettuate trovano come parametri di riferimento non solo regole – scientifiche, esatte e non opinabili – ma anche valutazioni di natura prognostica, a carattere economico, sociologico e comunque non ripercorribili in base a dati univoci. Per tali ragioni, oltre che ad un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, lo scrutinio è limitato alla verifica della non esorbitanza dei suddetti margini di opinabilità, non potendo, per ovvi motivi, il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell’Autorità²³⁴.

²³³ Corte Cass., sez. III, sent. 27.7.2011, n. 16401. Tali statuizioni sono state confermate anche da Cass. civ., sez. VI, 13.7.2012, n. 11992, nonché dall’ord., sempre della sez. VI, 8.11.2012, n. 19333.

²³⁴ Cfr. TAR Lazio, sez. III, 7.11.2016, n. 11020; Id., 20.9.2016, n. 9847.

Nel settore dell'energia elettrica e del gas in particolare, i giudici amministrativi²³⁵ hanno affermato che le scelte regolatorie compiute da tale Autorità, specie se incidono sui meccanismi tariffari, sono caratterizzate da un elevato tasso di complessità a fronte del quale il sindacato giurisdizionale deve avvenire riutilizzando le stesse regole tecniche impiegate dall'Autorità. In altri termini, il giudice 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 della inadeguatezza della motivazione. La necessità di un sindacato intrinseco sotto questo profilo rappresenta, pertanto, una forma di garanzia non solo per il privato, ma anche, e prima ancora, per l'Autorità, al fine di evitare che scelte regolatorie, pur supportate da una adeguata motivazione tecnica, possano, invece, essere censurate perché, magari, risultano di difficile comprensione se guardate dall'esterno²³⁶.

Il sindacato sugli atti delle Autorità indipendenti, dunque, si configura come un controllo di legittimità che non si estende al merito, salvo, però, per quanto attiene ai profili sanzionatori. In tale ambito, infatti, il giudice esercita uno scrutinio che può sfociare nella modificazione dell'entità della sanzione pecuniaria in sostituzione della correlativa determinazione dell'Autorità. La conseguenza sarà l'adozione di una sentenza ad efficacia costitutiva, a completamento della fattispecie sostanziale, con riferimento al *quantum* della sanzione come rideterminata in sede giudiziale.

Dunque, gli atti di regolazione generale dell'Arera sono caratterizzati da un elevato tecnicismo: essi hanno come destinatari i soggetti che operano nel settore che costituisce oggetto della regolazione e si suddividono, a loro volta, in atti di "regolazione tariffaria" e atti di "regolazione non tariffaria"²³⁷.

I primi non regolano un mercato libero, ma un servizio pubblico²³⁸, al fine di individuare la tariffa applicabile come controprestazione della fornitura del servizio medesimo. La caratteristica prevalente di tale tipologia

²³⁵ Cons. Stato, sez. VI, 19.1.2016, n. 162; Id., 10.12.2014, n. 6041.

²³⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11.9.2014, n. 4629; TAR Lazio, sez. III, 7.11.2016, n. 11020; TAR Lombardia, sez. II, 3.11.2016, n. 2009.

²³⁷ E. QUADRI, *I provvedimenti tipici dell'Arera; la loro classificazione e i riflessi sull'ambito del sindacato giurisdizionale*, cit., 5.

²³⁸ Ad esempio l'intera filiera idrica.

di atti è quella di riconoscere, nell'ambito della tariffa, oltre ai costi per la fornitura del servizio, anche la qualità della prestazione, in quanto l'atto di regolazione tende ad incentivare un servizio sempre più performante, tenendo presente che, rispetto ai costi, la tariffa è interessata principalmente dalle modalità di riconoscimento del costo del capitale piuttosto che dai costi operativi²³⁹.

Ovviamente si deve distinguere tra servizio elettrico e servizio gas, in quanto nell'ambito del primo sono oggetto di regolazione la trasmissione, la distribuzione e il dispacciamento dell'energia elettrica attraverso la rete; mentre, nell'ambito del secondo, lo sono lo stoccaggio, il trasporto, la distribuzione e la rigassificazione (GNL), oltre al mercato di tutela.

Gli atti di "regolazione non tariffaria", invece, si occupano della regolazione economica e contrattuale del mercato, tipicamente del mercato elettrico e del gas, tenendo ben presente che, nell'ambito del mercato elettrico, l'Arera detta le regole del mercato "in tempo reale" (chiamato MSD), cioè il mercato dei servizi del dispacciamento, lasciando al Ministero dello Sviluppo Economico, dietro parere dell'Autorità, il compito di tracciare i confini del mercato libero e al GME²⁴⁰ la gestione della c.d. borsa elettrica.

Nel settore del gas, invece, l'Arera si occupa della regolazione del mercato del bilanciamento²⁴¹, chiamato MB. Rilevante, inoltre, è il tema delle aste per la capacità di stoccaggio, che costituisce un tipico esempio di concorrenza per il mercato, in quanto grazie ad esse i venditori si assicurano maggiore capacità di stoccaggio da cui deriva un aumento dell'offerta di gas²⁴².

Oltre ai provvedimenti di regolazione generale, però, l'Autorità emette anche provvedimenti individuali, che hanno, cioè, singoli destinatari determinati, e tra questi si annoverano i provvedimenti di approvazione ta-

²³⁹ Ad esempio mediante le stratificazioni, le immobilizzazioni, l'ammortamento, ecc.

²⁴⁰ Gestore del mercato elettrico.

²⁴¹ Il bilanciamento è diretto ad assicurare il mantenimento dell'equilibrio tra immissioni e prelievi all'interno della rete, al fine di garantire la sicurezza del sistema e la continuità delle forniture, attraverso l'immissione o il prelievo di gas nella rete da parte del gestore del servizio, qualora rilevi che non vi sia equilibrio fra immissioni, da parte dei venditori, e prelievi, da parte dei clienti finali. Cfr. E. QUADRI, *ivi*.

²⁴² *Ibidem*.

riffaria, quelli prescrittivi, quelli sanzionatori²⁴³ ed anche quelli di *moral suasion*.

Dall'analisi dei poteri conferiti a tale Autorità emerge che quelli di auto – organizzazione appaiono “sovradimensionati”, in quanto si tratta di ampi poteri regolamentari che si esauriscono, però, nell'organizzazione interna e del personale (della pianta organica del personale di ruolo, dell'ordinamento delle carriere e del trattamento giuridico ed economico del personale in base a criteri fissati dal contratto collettivo di lavoro); e di disciplina del procedimento davanti alle Autorità indipendenti (quelli relativi, ad esempio, alla disciplina delle audizioni periodiche delle formazioni associative o delle associazioni ambientaliste, previste dal ventitreesimo comma). Infatti, il regolamento relativo all'organizzazione ed al funzionamento dell'Autorità dell'energia elettrica e del gas è approvato con una deliberazione, sottoposta al parere del Consiglio di Stato, che disciplina minuziosamente l'assunzione delle funzioni ed il loro svolgimento da parte dei componenti l'Autorità, l'organizzazione degli uffici e l'articolazione organizzativa dell'Autorità in aree, servizi e ufficio speciale relazioni esterne.

Invece, la definizione delle procedure “quasi giurisdizionali” delle stesse Autorità è rimessa dal legislatore ai regolamenti governativi, tant'è che il ventiquattresimo comma dell'art. 2 prevede che sia il Governo a definire le procedure relative alle attività svolte dall'Autorità idonee a garantire agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio e la verbalizzazione, nonché i criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento di procedure di conciliazione o di arbitrato nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio.

La non corrispondenza tra grado di indipendenza e ampiezza del potere normativo attribuito a tale Autorità si era già incontrata nella disciplina originariamente prevista per il Garante per la radiodiffusione e l'editoria il quale, a fronte di un marcato livello di indipendenza, non disponeva, però, di autonomia organizzativa²⁴⁴. Infatti, la l. 6.8.1990, n. 223²⁴⁵, al-

²⁴³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14.6.2006, n. 3501.

²⁴⁴ S. FOÀ, *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 84.

²⁴⁵ Recante Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato. Tale legge aveva assimilato il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, sotto il profilo dell'organizzazione, del funzionamento e della gestione delle spese, agli organismi quali l'Autorità per

l'ottavo comma dell'art. 6 aveva previsto che le norme relative all'organizzazione ed al funzionamento dell'ufficio del Garante, nonché quelle dirette a disciplinare la gestione delle spese, venissero 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. Una tale previsione, ovviamente, aveva l'inevitabile effetto di comprimere l'autonomia riconosciuta a tale Autorità a cui, dunque, restava solo la possibilità di formulare il parere conforme in sede di formazione dei regolamenti. Una analoga compressione era prevista anche per i poteri dell'Agcom (che ha, sostanzialmente, mantenuto quelli del Garante per la radiodiffusione e l'editoria).

Insomma, l'Arera dispone di ampi poteri di regolazione, ma strettamente limitati al contesto in cui esso opera, e che si traducono essenzialmente in regolamenti di auto – organizzazione, in provvedimenti finalizzati ad individuare le tariffe come controprestazione dei servizi erogati, in provvedimenti che si occupano della regolazione economica e contrattuale del mercato, in provvedimenti sanzionatori e in atti di *moral suasion*. La caratteristica di essi è, senza dubbio, la tecnicità; essi, infatti, come evidenziato dalla giurisprudenza, sono normalmente espressione di valutazioni tecniche e conseguentemente suscettibili di sindacato giurisdizionale *“in applicazione di criteri intrinseci al settore che viene in rilievo, esclusivamente nel caso in cui l'Autorità abbia effettuato scelte che si pongono in contrasto con quello che può essere definito principio di ragionevolezza tecnica”*. E solo sul principio di ragionevolezza tecnica il giudice potrebbe intervenire su di essi – grazie all'individuazione di specifiche figure sintomatiche dell'eccesso di potere – in quanto, in attuazione del principio costituzionale della separazione dei poteri, le sue valutazioni non potrebbero mai sostituirsi a quelle effettuate dall'Autorità²⁴⁶.

l'informatica nella Pubblica Amministrazione o l'Agenzia per le relazioni sindacali con le pubbliche amministrazioni, che non possono essere annoverati tra le amministrazioni indipendenti.

²⁴⁶ Cons. Stato, sez. VI, 2.5.2012, n. 2521. Sul sindacato del giudice amministrativo avverso gli atti dell'Autorità in parola, si v. F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo ed energia: il sindacato del Tar Lombardia sugli atti dell'autorità per l'energia e il gas*, cit., 661 ss.

9. Autorità di regolazione dei trasporti (Art)

Di più recente nascita, rispetto a tutte le *Authorities* fin qui analizzate, infine, è quella relativa al settore dei trasporti, denominata Art – Autorità di regolazione dei trasporti, appunto – istituita tramite l'art. 37 del d.l. n. 201/2011²⁴⁷ poi modificato dall'art. 36 del successivo d.l. n. 1/2012²⁴⁸. Essa ha sede nella città di Torino²⁴⁹.

Anche tale Autorità regola servizi di pubblica utilità ai sensi della l. 14.11.1995, n. 481; la sua piena operatività, però, è recentissima, in quanto risale al 15 gennaio 2014 e, di conseguenza, recentissimo è il suo regolamento di organizzazione e funzionamento, in quanto è stato approvato con la delibera n. 61/2016 del 23.5.2016 e successivamente modificato.

È un organo collegiale composto da un presidente e due componenti, nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente. Le designazioni effettuate dal Governo sono previamente sottoposte al parere, vincolante e da esprimersi con maggioranza dei due terzi, delle competenti Commissioni parlamentari. La durata della carica è stabilita in sette anni, senza possibilità di conferma²⁵⁰.

L'attività di tale Autorità è stata inizialmente limitata al settore del trasporto ferroviario, ma poi il suo raggio di azione si è esteso anche a quello dei trasporti aerei²⁵¹ ed agli altri comparti²⁵². Stabilendo il costo del

²⁴⁷ Il c.d. decreto “Salva-Italia”.

²⁴⁸ C.d. decreto “liberalizzazioni”.

²⁴⁹ Come stabilito dall'art. 25-*bis* del d.l. n. 69/2013 (c.d. “d.l. del Fare”).

²⁵⁰ Anche per questa Autorità i componenti sono scelti, nel rispetto dell'equilibrio di genere, tra persone di indiscussa moralità e indipendenza e di comprovata professionalità e competenza nel settore. Circa le incompatibilità negli incarichi, i componenti dell'Autorità non possono: esercitare, direttamente o indirettamente, alcuna attività professionale o di consulenza; essere amministratori o dipendenti di soggetti pubblici o privati; ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura, compresi gli incarichi elettivi o di rappresentanza nei partiti politici; avere interessi diretti o indiretti nelle imprese operanti nel settore di competenza dell'Autorità.

²⁵¹ In merito alle funzioni di Autorità di vigilanza in materia di diritti aeroportuali – relativamente alle quali essa approva i sistemi di tariffazione e l'ammontare dei suddetti diritti – è intervenuto l'art. 10 della l. 3.5.2019, n. 37 (legge europea per il 2018), introdotto al fine di superare la procedura di infrazione europea avviata nel 2015 e relativa

pedaggio di accesso alla rete ferroviaria di alta velocità, l'Art prende decisioni sia in materia di concorrenza che relativamente alle risorse finanziarie che il gestore della rete decide di destinare agli investimenti della rete stessa²⁵³.

Infatti, essa svolge compiti significativi, di regolazione e di promozione e tutela della concorrenza, dovendosi occupare di garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, sia l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori, sia condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture ferroviarie, portuali, aeroportuali e alle reti autostradali. Rientra tra i suoi compiti anche la tutela della mobilità dei passeggeri e delle merci in ambito nazionale, locale e urbano, anche collegata a stazioni, aeroporti e porti; essa definisce, inoltre, i criteri per la fissazione di tariffe, canoni e pedaggi e verifica la corretta applicazione di tali criteri da parte dei soggetti interessati.

È l'Art che stabilisce le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto nazionali e locali ed il contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi e delle infrastrutture di trasporto. Insomma, essa svolge attività di vigilanza e di regolazione in un settore, quello dei trasporti, che è in continua espansione ed ampliamento, così come lo sono, di conseguenza, i poteri di questa Autorità.

L'art. 37 del d.l. n. 201/2011²⁵⁴, al primo comma, ha previsto che il *“Governo con uno o più regolamenti da adottare ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988 n. 400, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sentite le*

alla ripartizione delle attività di vigilanza tra Autorità e ENAC. Infatti, è prevista l'attribuzione all'ART delle funzioni di Autorità nazionale di vigilanza sulla determinazione dei diritti aeroportuali anche per gli scali sinora esclusi dal suo ambito di regolazione (Roma, Milano e Venezia) e oggetto di contratti di programma, c.d. *“in deroga”*.

²⁵² Essa, infatti, ad esempio, monitora e verifica la corrispondenza dei livelli di offerta del servizio taxi, delle tariffe e della qualità delle relative prestazioni alle esigenze dei diversi contesti urbani, secondo i criteri di ragionevolezza e proporzionalità, allo scopo di garantire il diritto di mobilità degli utenti; inoltre, vigila ai fini della tutela dei diritti dei passeggeri nel trasporto ferroviario, a mezzo di autobus, via mare o per vie navigabili interne.

²⁵³ F. CINTIOLI, *Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli e le autorità amministrative indipendenti, ieri e oggi*, su *federalismi.it*, n. 12/2019, cit., 20.

²⁵⁴ Recante la *“Liberalizzazione nel settore dei trasporti”*.

Commissioni parlamentari che si esprimono nel termine di 30 giorni, emana le disposizioni volte a realizzare una compiuta liberalizzazione e una efficiente regolazione nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture"; e tali regolamenti, come richiesto dal secondo comma, sono stati adottati nel rispetto di norme relative alla individuazione *"tra le Autorità indipendenti esistenti, l'Autorità che svolge competenze assimilabili a quelle previste dal presente articolo"*, alla quale attribuire, specificamente, le funzioni evidenziate *supra*.

L'Art è competente anche a definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare. Insomma, si tratta di un'Autorità che svolge attività di vigilanza, grazie alla quale essa può intervenire al fine di ordinare la cessazione delle condotte in contrasto con gli atti di regolazione adottati e con gli impegni assunti dai soggetti sottoposti a regolazione, disponendo le misure opportune di ripristino. Essa valuta i reclami, le istanze e le segnalazioni presentati dagli utenti e dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio sottoposto a regolazione, ai fini dell'esercizio delle sue competenze, e favorisce l'istituzione di procedure semplici e poco onerose per la conciliazione e la risoluzione delle controversie tra esercenti e utenti. Irroga sanzioni sia nei casi di inosservanza dei criteri per la determinazione delle tariffe e nei casi in cui, ad esempio, siano fornite informazioni fuorvianti o incomplete all'Autorità stessa; sia nei casi in cui i destinatari di un'ispezione rifiutino di fornire ovvero presentino in modo incompleto i documenti aziendali o i chiarimenti richiesti.

Le suddette competenze sono state ampliate dall'art. 48, commi 6-8, del d.l. n. 50/2017, come modificato dal d.l. n. 91/2017, il quale ha attribuito all'Autorità ulteriori competenze relative alle procedure di scelta del contraente per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale. In particolare, il settimo comma le attribuisce, ad esempio, il compito di dettare regole generali in materia di svolgimento di procedure che prevedano la facoltà di procedere alla riscossione diretta dei proventi da traffico da parte dell'affidatario, che se ne assume il rischio di impresa²⁵⁵; oppure, in caso di sostituzione del gestore a seguito di gara, di prevedere nei bandi di gara il trasferimento del personale dipendente dal ge-

²⁵⁵ Lett. a).

store uscente al subentrante con l'esclusione dei dirigenti, applicando in ogni caso al personale il contratto collettivo nazionale di settore e il contratto di secondo livello o territoriale applicato dal gestore uscente²⁵⁶.

In attuazione dei Regolamenti delegati della Commissione (UE) n. 885/2013 e n. 886/2013, in materia di informazioni sulla viabilità stradale, l'Autorità è stata, inoltre, designata quale organismo nazionale indipendente, competente a valutare la conformità dei requisiti applicabili in materia di diffusione di informazioni e dati concernenti le aree di parcheggio destinate agli automezzi pesanti e quelle sulla viabilità.

Il suo Regolamento di organizzazione e funzionamento consta di 29 articoli attraverso i quali sono disciplinati e specificati tutti gli uffici e le relative competenze ad essi spettanti e finalizzate a porre in essere l'attività di vigilanza e di regolazione del settore dei trasporti; in particolare, l'art. 9 del Regolamento prevede che le funzioni di indirizzo e controllo e le funzioni di gestione – salva la competenza ad emanare gli atti specificamente indicati da norme di legge e di regolamento – sono esercitate dal Consiglio, organo dell'Autorità che vigila sulla corretta attuazione degli indirizzi e adotta gli atti di preposizione agli Uffici del personale dirigente.

Dal 2015 l'Art si avvale della consulenza dell'*Advisory Board*²⁵⁷, organismo con funzioni consultive del Consiglio dell'Autorità, istituito ai sensi dell'art. 8 del Regolamento di organizzazione e funzionamento. Esso è composto da membri scelti tra professori universitari ed esperti di formazione giuridica, economica e ingegneristica²⁵⁸ ed ha il compito di elaborare analisi e studi su temi di interesse dell'Autorità, senza, però, essere coinvolto nella trattazione delle specifiche questioni oggetto di decisione del Consiglio.

L'Autorità è interamente finanziata con il contributo delle imprese del

²⁵⁶ Lett. e). A queste funzioni, poi, in ambito ferroviario, si aggiungono quelle previste dal c.d. recepimento del c.d. quarto pacchetto ferroviario, in particolare dal d.lgs. 23.11.2018, n. 139 di attuazione della direttiva 2016/2370/UE sull'apertura del mercato ferroviario e la *governance* dell'infrastruttura ferroviaria (si rinvia all'apposito tema dell'attività parlamentare sul portale della documentazione della Camera dei deputati).

²⁵⁷ Previsto con delibera n. 39-*bis* del 6.6.2014 e poi rinnovato il 31.5.2017 e disciplinato dall'art. 13 del Regolamento di organizzazione e funzionamento.

²⁵⁸ L'incarico di componente dell'*Advisory Board* è svolto a titolo gratuito ed ha una durata di tre anni. I suoi membri sono sottoposti ad un regime dichiaratorio sugli eventuali conflitti di interesse incompatibili con l'incarico.

settore dei trasporti, come previsto dall'art. 37, sesto comma, lett. b), del d.l. n. 201/2011 istitutivo dell'Art.

Insomma, l'Art sembra un'Autorità con competenze ancora in via di espansione, anche se la sua istituzione, così come previsto dal quarto comma dell'art.37 citato, ha lasciato ferme le competenze in materia di vigilanza, controllo e sanzione nell'ambito dei rapporti con le imprese di trasporto e con i gestori delle infrastrutture, in materia di sicurezza e *standard* tecnici, di fissazione degli ambiti del servizio pubblico, di tutela sociale e di promozione degli investimenti; ed ha lasciato ferme le competenze dell'Agcm e dell'Anac e quelle dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali di cui all'art. 36 del d.l. 6.7.2011, n. 98.

In pratica, il legislatore, con la sua istituzione, non ha inteso “alleggerire” le altre Autorità delle loro competenze già consolidate ed esercitate anche nel settore dei trasporti, spostandole sull'Art, ma, piuttosto, ha inteso conferire un grado di tutela e vigilanza in più a tale settore grazie all'esistenza di un soggetto *ad hoc* che se ne occupi specificamente, con il proprio ambito competenziale.

Esiste, però, una sinergia tra tale Autorità e le altre, tanto è vero che, in particolare con l'Agcm, è stato siglato molto di recente – il 15.11.2019 – un protocollo d'intesa che definisce il quadro della collaborazione tra le due istituzioni. Da tale sinergia ci si attende una più efficace azione di Agcm e Art in ambiti attinenti alle rispettive sfere di attività e di interesse comune, in quanto è previsto che esse possano cooperare attraverso segnalazioni reciproche là dove, nell'ambito di procedimenti di rispettiva competenza, emergano ipotesi di violazione, da parte degli operatori, di norme alla cui applicazione è preposta l'altra parte. Possono effettuare ispezioni congiunte relativamente a fattispecie di interesse comune, eventualmente avvalendosi anche del Corpo della Guardia di Finanza e possono scambiarsi reciprocamente e periodicamente informazioni sulle linee generali di intervento, sulle attività oggetto di vigilanza, sui procedimenti avviati su fattispecie di interesse comune e sul relativo esito. In particolare, in merito a questioni attinenti alla tutela del consumatore e a pratiche commerciali scorrette in ambiti di competenza dell'Autorità di regolazione dei trasporti, l'Agcm ne acquisirà il parere nel quadro dei propri procedimenti.

Tra gli atti che l'Art pone in essere, oltre ai Protocolli di Intesa ed agli accordi, ci sono gli “atti di segnalazione”, attraverso i quali l'Autorità for-

nisce indicazioni in temi specifici per consentire una migliore attuazione ed applicazione delle norme che disciplinano gli ambiti di riferimento. Attualmente ne sono stati emanati tre, di cui due indirizzati al Parlamento ed al Governo (e cioè l'“Atto di segnalazione Art sulla tutela dei diritti dei passeggeri nel trasporto ferroviario, nel trasporto via mare e per vie navigabili interne e nel trasporto effettuato con autobus: disciplina sanzionatoria” – del 2018 – e l'“Atto di segnalazione Art sull'autotrasporto di persone non di linea: taxi, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità” – del 2015). Il terzo, invece, del 2017, indirizzato a più soggetti (e cioè, diversi soggetti, e cioè alle Regioni; alle Province Autonome di Trento e di Bolzano – Alto Adige; alla Conferenza Unificata Stato Regioni; al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ed al Ministero dell'Economia e delle Finanze) è un atto di segnalazione congiunto Agcm-Art-Anac sulle procedure per l'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale, all'interno del quale le tre Autorità hanno ritenuto, nello svolgimento delle proprie attività istituzionali, di fornire indicazioni congiunte in tema di procedure per l'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico regionale ferroviario da parte degli Enti territoriali competenti, attraverso la formulazione di considerazioni sull'interpretazione e la definizione della disciplina applicabile alle suddette procedure. Tali considerazioni sono finalizzate a stimolare l'attuazione delle disposizioni normative e regolamentari contenute nel Regolamento sui servizi di trasporto pubblico di passeggeri su strada e per ferrovia del 2007 in maniera maggiormente conforme ai principi concorrenziali. Infatti, all'interno di tale atto sono previsti gli obblighi informativi e motivazionali posti in capo agli enti affidanti, il confronto competitivo delle offerte e la procedura applicabile, le informazioni accessibili da parte dei soggetti terzi nell'ambito della procedura di confronto competitivo, tutto in ossequio ad un obbligo di trasparenza che le procedure devono rispettare.

Oltre agli atti di segnalazione, l'Art esprime pareri, effettua consultazioni ed audizioni, stila rapporti annuali e relazioni su indagini conoscitive adotta misure di regolazione e anch'essa si avvale dello strumento della delibera.

Della sua attività, specificamente, l'Art deve riferire annualmente alle Camere, rendendo pubblici nei modi più opportuni i provvedimenti di regolazione e, soprattutto, evidenziando lo stato della disciplina di liberalizzazione già adottata e la parte ancora da definire.

Il sesto comma del citato art. 37 prevede che essa provveda alle attività che le sono attribuite “*nel limite delle risorse disponibili a legislazione vigente per l’Autorità individuata dal comma 2*” (così come per le risorse umane); a tali risorse si aggiunge il contributo versato dai gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati, “*in misura non superiore all’uno per mille del fatturato derivante dall’esercizio delle attività svolte percepite nell’ultimo esercizio*”²⁵⁹.

Nel 2017 il giudice amministrativo si è spesso pronunciato su ricorsi proposti contro l’Autorità di regolazione dei trasporti, in particolare in merito alla sua attività di regolazione nel settore ferroviario²⁶⁰: infatti, la gran parte delle sentenze è stata relativa al sistema tariffario per l’accesso all’infrastruttura ferroviaria nazionale e ai servizi connessi, i cui costi incidono direttamente sulle tariffe che le imprese praticano poi all’utenza. Ma si è occupato anche del contributo che annualmente i gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati devono versare all’Autorità per il finanziamento delle relative attività²⁶¹ e infine dei concorsi indetti dall’Art per l’assunzione di funzionari e che hanno dato origine ad un articolato contenzioso.

Il giudice amministrativo ha affermato che il servizio ferroviario Alta Velocità, pur essendo svolto in regime di libero mercato, rimane un servizio di pubblica utilità soggetto a regolazione, con la precisazione che questa non può spingersi fino ad imporre all’impresa ferroviaria uno specifico obbligo di offrire servizi in abbonamento. In particolare, infatti, con la sent. n. 539/2017, il TAR Piemonte ha stabilito che l’Art non può imporre il versamento del contributo previsto dall’art. 37 del d.l. n. 201/2011 a carico degli esercenti attività di autotrasporto in mancanza di prova di concreto esercizio delle funzioni dell’Autorità stessa nei confronti di questi operatori. Mentre, con la sent. n. 1098/2017, ha statuito che il principio dell’indipendenza della gestione da parte del gestore dell’infrastruttura ferroviaria

²⁵⁹ Il suddetto contributo è determinato annualmente con atto dell’Autorità, sottoposto ad approvazione da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze.

²⁶⁰ Materia, questa, ovviamente caratterizzata da una particolare complessità tecnica.

²⁶¹ Al riguardo, il giudice amministrativo ha escluso gli autotrasportatori dal novero dei soggetti tenuti al pagamento del contributo, in mancanza di prova di concreto esercizio delle funzioni regolatorie dell’Autorità stessa nei confronti di questi operatori.

comporta che lo stesso fissi in autonomia i diritti di accesso alla rete, salvo l'intervento neutrale di controllo dell'Autorità di regolazione, la quale dialoga con la Commissione europea per stabilire i canoni di accesso all'infrastruttura ferroviaria che devono tendenzialmente orientarsi ai "costi diretti"²⁶². Sono ammesse deroghe al criterio del costo diretto con l'applicazione di coefficienti di maggiorazione per specifici investimenti; il pieno recupero dei costi sostenuti dal gestore è possibile previa analisi e segmentazione del mercato sotto il controllo dell'Autorità di regolazione. Non è ammessa una competenza ministeriale per la fissazione di coefficienti di maggiorazione, in quanto tale previsione contrasterebbe con la normativa "europea".

Invece, con la sent. n. 1239/2017, il TAR Piemonte si è occupato del canone di accesso all'infrastruttura ferroviaria; esso consente il recupero, da parte del gestore, anche di costi indiretti, costi a lungo termine e spese generali; l'art. 16 del d.lgs. n. 112/2015, nel disciplinare la contabilità regolatoria del gestore, prevede che la stessa evidenzii i costi di infrastruttura.

Infine, con la sent. n. 1240/2017, il giudice sottolinea che, pur essendo l'attività di regolazione dei trasporti caratterizzata dalla novità – avendo avuto inizio nel 2014 – essa è, però, caratterizzata "da un elevato tasso di discrezionalità tecnica ed il relativo sindacato di legittimità non consente al giudice di sostituire, rispetto a scelte opinabili, le proprie valutazioni a quelle del soggetto regolatore".

Valgono, per tale Autorità, le stesse considerazioni fatte fin qui per le altre.

In questo caso ci si trova di fronte ad una "neo" nata Autorità, ma, ciononostante, le sue competenze, come ha anche rilevato il giudice amministrativo, sono caratterizzate da un tecnicismo così elevato che lui stesso non può sostituire con le sue valutazioni.

Anche tale Autorità gode di ampi poteri di regolazione che il legislatore le riconosce specificamente, ed anche essa può esercitare poteri di *soft law*, attraverso consultazioni ed audizioni aventi lo scopo di assumere le informazioni necessarie a regolamentare in maniera partecipata il settore.

Senza dubbio, rispetto ad essa, innovativi sono gli atti di segnalazione,

²⁶² La direttiva 2012/34/UE ha statuito che la definizione dei costi ammissibili sia demandata ad un apposito regolamento della Commissione, la quale procede secondo forme di armonizzazione con le Autorità dei singoli Stati.

il cui scopo, sia che promanino dalla sola Art, sia che, invece, siano il lavoro congiunto di varie Autorità, è quello di uniformare l'attuazione della disciplina specificandola e chiarendola ulteriormente, in modo che possa essere rispettata la concorrenza nel settore ma, soprattutto, la trasparenza, fine primario dell'attività posta in essere da tutte le Autorità amministrative indipendenti.

10. Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sull'esercizio del diritto di sciopero (Cgsse)

La Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali è stata istituita dall'art. 12 della l. n. 146/1990, successivamente modificata dalla l. n. 83/2000 – e, recentemente, dal d.l. 20.9.2015, n. 146, convertito, con modificazioni, dalla l. 12.11.2015, n. 182 – al fine di valutare l'idoneità delle misure destinate ad assicurare il contemperamento dell'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati²⁶³.

Si tratta di un'Autorità che non è sottoposta ai poteri direttivi o di controllo di alcuna autorità di governo²⁶⁴; è un organo collegiale composto da otto membri nominati con decreto del Presidente della Repubblica sulla base di designazioni effettuate dai Presidenti delle due Camere tra soggetti esperti in materia di diritto costituzionale, di diritto del lavoro e di relazioni industriali²⁶⁵. Qualora il suo giudizio circa la valutazione delle prestazioni indispensabili – individuate negli accordi tra le parti sociali e

²⁶³ Art. 2, l. n. 146/1990.

²⁶⁴ S. FOA, *La Commissione di garanzia per l'esercizio del diritto di sciopero nel quadro delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. ed economia*, 1995, 233 ss.

²⁶⁵ Essa è composta da otto membri nominati con decreto del Presidente della Repubblica sulla base di designazioni effettuate dai Presidenti delle due Camere tra soggetti esperti in materia di diritto costituzionale, di diritto del lavoro e di relazioni industriali. Non possono far parte della Commissione i parlamentari e le persone che rivestono cariche pubbliche elettive, in partiti politici, in organizzazioni sindacali o in associazioni di datori di lavoro; così come non possono farne parte coloro che abbiano rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza con i suddetti organismi ovvero con amministrazioni o imprese di erogazione di servizi pubblici.

nei codici di autoregolamentazione – non sia di idoneità a garantire il contemperamento dell'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati, essa, sulla base di specifica motivazione, sottopone alle parti una proposta sull'insieme delle prestazioni da considerarsi indispensabili²⁶⁶.

Tra i suoi poteri rientra anche quello di esprimere il proprio giudizio sulle questioni interpretative o applicative dei contenuti degli accordi o codici di autoregolamentazione su richiesta congiunta delle parti o di propria iniziativa e, qualora insorga una controversia, di emanare un lodo sul merito di essa²⁶⁷.

La Commissione, ai sensi dell'art. 13, lett. *m*) e *n*), ha l'obbligo di riferire ai Presidenti delle Camere, di propria iniziativa o su loro richiesta, sulla propria attività e sulle proprie valutazioni in ordine ai conflitti nel settore dei servizi pubblici essenziali nazionali o locali, esprimendosi sul rispetto da parte dei soggetti collettivi o individuali, di amministrazioni e imprese delle norme di autoregolamentazione o delle clausole sulle prestazioni indispensabili e trasmettere loro gli atti e le pronunce eventualmente adottati, perché ne diano conoscenza al Governo ed al Parlamento. Tramite tale attività, è di facile intuizione che, pur non esercitando essa un'influenza diretta sul procedimento legislativo, fornisce comunque un apporto conoscitivo essenziale ai fini di una eventuale futura legge o di una modifica di norme già esistenti²⁶⁸. Tali apporti le derivano dall'importante e delicato ruolo che la Commissione svolge nell'assunzione di informazioni dalle amministrazioni e dalle imprese erogatrici di servizi pubblici essenziali circa l'applicazione delle delibere sulle sanzioni dalla stessa irrogate, gli scioperi proclamati ed effettuati, le revoche, le sospensioni e i rinvii di scioperi proclamati; essa può, inoltre, rilevare i comportamenti delle amministrazioni o delle imprese che erogano i servizi pubblici essenziali in evidente violazione della l. n. 146/1990 o delle procedure previste da accordi o contratti collettivi o comportamenti illegittimi

²⁶⁶ Cfr. A. MORRONE-C. CARUSO, *La Commissione sullo sciopero come organo di garanzia politico-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2015, 16 ss.

²⁶⁷ C. DE FIORES, *La Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero. Bilancio e prospettive a venticinque anni dalla sua istituzione*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, nn. 1-2/2015, 76.

²⁶⁸ M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, cit., 82.

che comunque possano determinare l'insorgenza o l'aggravamento di conflitti.

Alle proprie delibere assicura forme adeguate e tempestive di pubblicità, richiedendo la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale di comunicati contenenti gli accordi o i codici di autoregolamentazione di ambito nazionale valutati idonei o le eventuali provvisorie regolamentazioni da essa deliberate in mancanza di accordi o codici idonei.

Anche la Cgsse gode di un'ampia autonomia organizzativa e di gestione al pari delle altre Autorità già analizzate; infatti il quarto comma dell'art. 12 disciplina il suo potere regolamentare in materia di organizzazione²⁶⁹, mentre il quinto comma, disciplina la sua autonoma gestione delle spese relative al proprio funzionamento *“nei limiti degli stanziamenti previsti da un apposito fondo istituito a tale scopo nel bilancio dello Stato”*. Il rendiconto della gestione finanziaria è soggetto al controllo della Corte dei Conti.

Le competenze sono disciplinate, invece, dall'art. 13, che, alla lett. a), assegna alla Commissione il 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 necessarie a garantire il contemperamento dell'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Qualora non le giudichi idonee sulla base di specifica motivazione, sottopone alle parti una proposta sull'insieme delle prestazioni, procedure e misure da considerare indispensabili. Le parti devono pronunciarsi sulla proposta della Commissione entro quindici giorni dalla notifica; se non lo fanno, la Commissione, dopo avere verificato, *“in seguito ad apposite audizioni da svolgere entro il termine di venti giorni”*, l'indisponibilità delle parti a raggiungere un accordo, *“adotta con propria delibera la provvisoria regolamentazione delle prestazioni indispensabili, delle procedure di raffreddamento e di conciliazione e delle altre misure di contemperamento”*, comunicandola alle parti interessate,

²⁶⁹ Quarto comma: *“La Commissione stabilisce le modalità del proprio funzionamento. Acquisisce, anche mediante audizioni, dati e informazioni dalle pubbliche amministrazioni, dalle organizzazioni sindacali e dalle imprese, nonché dalle associazioni degli utenti dei servizi pubblici essenziali. Può avvalersi, altresì, delle attività del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL), nonché di quelle degli Osservatori del mercato del lavoro e dell'Osservatorio del pubblico impiego”*.

che sono tenute ad osservarla fino al raggiungimento di un accordo valutato idoneo.

La norma prevede che la Commissione valuti anche i codici di autoregolamentazione²⁷⁰ (di cui promuove l'adozione da parte delle associazioni di categoria o degli organismi di rappresentanza) per assicurare l'erogazione delle prestazioni indispensabili in caso di astensione collettiva dalle prestazioni. Quando questi codici manchino o siano valutati inadeguati, essa adotta una regolamentazione provvisoria, al fine della quale tiene conto delle previsioni degli atti di autoregolamentazione vigenti in settori analoghi o simili nonché degli accordi sottoscritti nello stesso settore dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Le delibere adottate dalla Commissione sono immediatamente trasmesse ai Presidenti delle Camere.

La lett. b) dello stesso art. 13, invece, prevede che essa esprima il proprio giudizio sulle questioni interpretative o applicative dei contenuti degli accordi o dei codici di autoregolamentazione relativi alle prestazioni indispensabili che le amministrazioni e le imprese erogatrici dei servizi sono tenute ad assicurare²⁷¹. Su richiesta congiunta delle parti interessate, la Commissione può emanare, come già accennato, un lodo sul merito della controversia e, nel caso in cui il servizio sia svolto con il concorso di una pluralità di amministrazioni ed imprese, può convocare le amministrazioni e le imprese interessate, incluse quelle che erogano servizi strumentali, accessori o collaterali, e le rispettive organizzazioni sindacali, e formulare alle parti interessate una proposta intesa a rendere omogenei i regolamenti, tenuto conto delle esigenze del servizio nella sua globalità.

La Commissione, inoltre, deve valutare il comportamento delle parti e, se rileva eventuali inadempienze o violazioni degli obblighi legali o contrattuali sulle prestazioni indispensabili, delibera le sanzioni previste dall'art. 4 della l. n. 146/1990, come modificato dall'art. 3, l. n. 83/2000, prescrivendo al datore di lavoro di applicare le sanzioni disciplinari.

²⁷⁰ Di cui all'art. 2-bis.

²⁷¹ Tali misure possono disporre l'astensione dallo sciopero di quote strettamente necessarie di lavoratori tenuti alle prestazioni ed indicare, in tal caso, le modalità per l'individuazione dei lavoratori interessati, ovvero possono disporre forme di erogazione periodica per la parte di propria competenza su richiesta congiunta delle parti o di propria iniziativa.

Ai sensi dell'art. 20-bis, contro le “*deliberazioni della Commissione di garanzia in materia di sanzioni è ammesso ricorso al giudice del lavoro*”.

Insomma, questa Autorità svolge un ruolo di mediatore nel momento in cui valuta l'idoneità degli accordi, le proposte e le provvisorie regolamentazioni, se non si sia giunta ad un accordo; ma svolge anche un ruolo di moderatore dei conflitti e di erogatore di sanzioni laddove vengano attuati comportamenti non conformi alle regole concordate.

Essa esercitava determinate competenze anche prima della emanazione della l. n. 83/2000 che, però, è intervenuta a tipizzarle, dal momento che il settore su cui opera attiene specificamente al mondo del lavoro e, dunque, al mercato in genere, ragion per cui i poteri di cui dispone sono particolarmente ampi.

I suoi interventi sono finalizzati a contemperare esigenze contrapposte alquanto rilevanti e rispetto alle quali è essenziale la mediazione, dal momento che, quando si verifica lo sciopero nei servizi pubblici essenziali, i soggetti terzi, (vale a dire i fruitori dei servizi stessi), pur restando estranei al conflitto stesso, finiscono con l'essere coinvolti nella forma di “lotta” (lo sciopero) portata avanti da parte dei soggetti che, invece, erogano tali servizi. Ecco, allora, che la Commissione, tramite gli atti di *soft law*, mantiene gli equilibri tra le parti²⁷², dialogando con esse e, attraverso il coinvolgimento e la partecipazione dei soggetti interessati, acquisisce un consenso sociale tale da influenzare progressivamente la formazione di norme specifiche nel settore.

Insomma, appare evidente che anche i poteri della Cgsse sono molto ampi ed altamente tecnici e specifici e la tipizzazione di poteri che essa esercitava anche prima della l. n. 83/2000 attraverso la quale il legislatore ha, nei fatti, rimarcato la sua volontà di demandare totalmente ad un organo più competente e tecnico la gestione di un ambito rispetto al quale il suo intervento non potrebbe mai essere altrettanto specifico.

Anche ad essa è riconosciuta un'ampia autonomia organizzativa e di spesa, ma, soprattutto, anche essa dispone di atti di *moral suasion* che, in questo contesto, sembrano essere particolarmente delle “monizioni” che comunque hanno la forza di influenzare e stimolare il legislatore ordinario alla emanazione di discipline di dettaglio.

²⁷² In dottrina si è parlato di un approccio alla *moral suasion* trasversale a tutte le attribuzioni dell'organo, cfr. M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, cit., 226.

11. Autorità nazionale anticorruzione (Anac)

Da ultimo, c'è l'Anac, ovvero l'Autorità nazionale Anticorruzione²⁷³ – di cui già si è detto in altra sede del presente lavoro – istituita con il d.l. n. 90/2014, convertito dalla l. n. 114/2014, che ha attribuito alla Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT²⁷⁴) la funzione di Autorità nazionale Anticorruzione. Essa ha incorporato la precedente Avcp – Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che è stata soppressa²⁷⁵ – e ne ha ereditato le funzioni ed il personale.

L'illustrazione e la descrizione delle attività che tale soggetto svolge ed alcune sue peculiarità si ritengono necessarie in questo capitolo per completezza della trattazione, essendo essa annoverata tra le Autorità amministrative indipendenti, anche se, a sommo avviso di chi scrive, non ne ha gli stessi requisiti.

Il vertice dell'Anac è costituito dal Consiglio, composto da quattro Consiglieri e dal Presidente, organo monocratico con poteri in via esclusiva in materia di misure di straordinaria e temporanea gestione delle imprese per fatti corruttivi²⁷⁶. Questi è nominato, ai sensi della l. n. 101/2013, su proposta del Ministro per la Pubblica Amministrazione e la semplificazione, di concerto con i Ministri dell'interno e della giustizia; invece, i Consiglieri sono nominati su proposta del Ministro per la Pubblica Amministrazione e la semplificazione. Gli atti di nomina sono deliberati dal Consiglio dei Ministri previo parere favorevole delle competenti Commissioni parlamentari con maggioranza dei due terzi; il decreto di nomina è del Presidente della Repubblica.

²⁷³ È composta da 5 membri, di cui uno è presidente e si avvale di un organo ausiliario, la Camera arbitrale (prevista dall'art. 242 del codice dei contratti pubblici). È suddivisa in quattro ambiti strategici: indirizzo e programmazione (Presidenza); supporto alla missione istituzionale pianificazione e controllo (Segretariato generale); vigilanza; regolazione.

²⁷⁴ Le funzioni di controllo delle *performance* delle pubbliche amministrazioni che erano di competenza della CIVIT sono state trasferite al Dipartimento della Funzione pubblica.

²⁷⁵ Attraverso l'art. 19, primo e secondo comma, del d.l. n. 90/2014 conv. con modif. dalla l. n. 114/2014.

²⁷⁶ Dall'art. 32, d.l. n. 90/2014.

Stante la suddetta procedura di nomina, la garanzia che queste figure di vertice siano effettivamente indipendenti rispetto al Governo ed al Parlamento – i quali, in merito alla loro selezione, godono di una notevole discrezionalità – deriva dalla previsione dei requisiti soggettivi che devono possedere e che si concretizzano non solo nell’essere “esperti di elevata professionalità, anche estranei all’amministrazione, con comprovate competenze”, ma anche soggetti ai quali sia riconosciuta “notoria indipendenza e comprovata esperienza in materia di contrasto alla corruzione”. A tali requisiti si aggiunge, poi, il limite temporale: infatti, la durata del loro mandato non può superare i sei anni, oltre i quali non c’è possibilità di essere rieletti né in Anac, né in altre Autorità.

Dunque, è il legislatore a fissare i parametri qualitativi dell’intera procedura.

La funzione principale dell’Anac è quella di prevenire la corruzione nell’ambito della Pubblica Amministrazione italiana, nelle società partecipate e controllate dalla Pubblica Amministrazione, anche mediante l’attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l’attività di vigilanza nell’ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della Pubblica Amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, evitando nel contempo di aggravare i procedimenti con ricadute negative sui cittadini e sulle imprese, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici, con interventi in sede consultiva e di regolazione. Tra i suoi poteri c’è anche la cura e la gestione degli albi, degli elenchi e delle banche dati; la cura e l’aggiornamento dell’Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici e dell’elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società *in house* e, nell’ambito dell’anagrafe delle stazioni appaltanti, l’elenco dei soggetti aggregatori²⁷⁷.

Il legislatore, al fine di renderla un’Autorità più efficace rispetto ai precedenti organismi che hanno operato nel settore in questione, le ha attribuito, inoltre, dei poteri sanzionatori molto più incisivi; per cui, ad esempio, essa può irrogare sanzioni pecuniarie che vanno da un minimo di 250 ad un massimo di 25.000 euro nei confronti dei soggetti che rifiutano o

²⁷⁷ Cfr. P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 224-225.

omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dall'Autorità e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento. Oltre a queste sono previste, poi, sanzioni amministrative pecuniarie che vanno da un minimo di euro 500,00 ad un massimo di euro 50.000,00 nei confronti dei soggetti che, a fronte della richiesta di informazioni o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità, forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri o nei confronti degli operatori economici che forniscono alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione, dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione²⁷⁸.

L'obiettivo di fondo dell'Anac è, infatti, quello di combattere l'illegalità e la corruzione che, di fatto, non consentono ai cittadini di interagire con una Pubblica Amministrazione nella quale siano rispettati i principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità (art. 97 Cost.), oltre che quello di eguaglianza (art. 3 Cost.)²⁷⁹.

In ragione di questa preminente finalità anticorruzione in Anac sono concentrati molteplici compiti e funzioni che la rendono un'Autorità completamente diversa dalle altre²⁸⁰.

Le funzioni di vigilanza e sanzione in materia di trasparenza, di anticorruzione e quelle relative ai contratti pubblici sono esercitate nel pieno rispetto dei principi di partecipazione, contraddittorio e leale collaborazione tra vigilante e vigilato²⁸¹. Dal punto di vista normativo, invece, il legislatore ha assegnato a questa Autorità la possibilità di emanare atti normativi, para-normativi o di *soft regulation* che si concretizzano nell'adozione di linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati "in materia

²⁷⁸ Disciplinati dall'art. 213, tredicesimo comma, d.lgs. n. 50/2016.

²⁷⁹ Cfr. F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *federalismi.it*, n. 25/2016, 21.

²⁸⁰ R. CANTONE, F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015, *passim*.

²⁸¹ R. CANTONE-C. BOVA, *L'Anac alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici: un ponte verso il nuovo codice degli appalti?*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 166 ss.

di contratti²⁸², di anticorruzione²⁸³ e di trasparenza²⁸⁴, rispetto ai quali “può essere riconosciuta anche valenza regolamentare”²⁸⁵.

Al contrario, la precedente Autorità del settore – la Avcp – non aveva poteri normativi, ma solo di vigilanza ed ispettivi; le sue attribuzioni non sostituivano né surrogavano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo, ma esprimevano una funzione di garanzia, in ragione della quale era configurata l’indipendenza dell’organo. Tutte le attività da essa svolte avevano carattere strumentale rispetto alla conoscenza ed alla vigilanza nel complessivo settore dei lavori pubblici.

Appare evidente, dunque, che l’attività che svolge l’Anac è molto più ampia e si concretizza nell’adozione di atti che devono essere emanati nel rispetto di quella “legalità procedimentale” di cui si è già ampiamente detto e che si riflette anche in una maggiore facilità di adeguamento o correzione degli atti regolatori, anche su sollecitazione degli *Stakeholder*²⁸⁶.

Nelle pagine che precedono sono stati passati in rassegna i vari strumenti di normazione delle singole Autorità indipendenti e si è avuto modo di evidenziare che tali strumenti sono sintomatici dell’autonomia e dell’indipendenza di ciascuna di esse, pur in maniera differenziata le une dalle altre. La tipologia delle linee guida, però, pur essendo utilizzata da tutte le Autorità, assume, come già detto, delle connotazioni diverse se sono dell’Anac, in ragione delle peculiarità riscontrabili solo nelle linee guida da questa emanate e che suscitano problemi interpretativi da risolversi da parte del giudice nelle specifiche e singole fattispecie concrete. Problemi interpretativi che sorgono nonostante le linee guida, in genere, rispondano più facilmente alle logiche di flessibilità – tanto da consentire di parlare di “fuga dal regolamento” (inteso, a sua volta, come strumento di normazione tradizionale) – perché rientranti nell’ambito degli strumenti di *soft law* che si contrappongono ai tradizionali strumenti di normazione quali

²⁸² Come previsto dall’art. 213, secondo comma, d.lgs. n. 50/2016.

²⁸³ Ai sensi dell’art. 19, quindicesimo comma, d.lgs. n. 90/2014.

²⁸⁴ In base al d.lgs. n. 33/2016, come modificato ed integrato dal d.lgs. n. 97/2016.

²⁸⁵ F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell’Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 22.

²⁸⁶ Gli *Stakeholder*, in qualità di portatori di interesse, ai sensi del secondo comma dell’art. 213 del d.lgs. n. 50/2016, sono coloro a cui sono preventivamente sottoposte le bozze delle delibere regolatorie sì che essi possano partecipare al processo di formazione dell’atto finale arricchendone i contenuti con le loro osservazioni.

le leggi e i regolamenti e che postulano l'assenza di vincolatività della regola di cui si tratta²⁸⁷, concretizzandosi in accordi che non creano obblighi giuridici tra le parti contraenti, ma solo "impegni" politici a cui, per effetto della *moral suasion* o *dissuasion* operata dalle Autorità stesse, aderiscono volontariamente i soggetti coinvolti nella loro sfera di operatività²⁸⁸.

La linee guida dell'Anac – attraverso le quali essa incide sul settore dei contratti pubblici²⁸⁹ – sono uno strumento normativo che è stato previsto al precipuo scopo di costituire obblighi e diritti in capo ai destinatari ed aventi la forza addirittura di abrogare le disposizioni regolamentari²⁹⁰. Esse, dunque, non appaiono certo come strumenti di *soft law*²⁹¹, perché, evidentemente, si tratta di atti amministrativi a contenuto generale, già noti alla giurisprudenza teorica e pratica, anche costituzionale, quale quella in materia di bandi-tipo²⁹².

Il legislatore ha voluto, insomma, che fossero le linee guida a disciplinare aspetti determinanti del regime normativo delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, tanto da potersi, a questo punto, definire esse stesse "fonti".

Senza voler ripercorrere le stesse riflessioni che sono state già svolte ed a cui si rimanda a proposito delle perplessità circa la natura giuridica di tali atti dell'Anac, e della verifica delle conseguenze derivanti dalla violazione di essi, degli strumenti di tutela azionabili nei loro confronti e della questione relativa al se il giudice amministrativo possa disapplicarle se sono in contrasto con la legge²⁹³, in questa sede ci si limita a sottolineare

²⁸⁷ Perché ascrivibile al novero della *tertiary rules*.

²⁸⁸ Cfr. anche M. CHIARELLI, *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida Anac*, cit., 1.

²⁸⁹ Si v. M.A. SANDULLI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2016, *passim*.

²⁹⁰ Cfr. M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 2/2017, 827 ss.

²⁹¹ Sul punto, V. BRIGANTE, *Contributo allo studio della corruzione nei contratti pubblici: precisazioni terminologiche e valutative, tra esigenze di uniformità nazionale e opportunità di declinazione locale*, in *Istituzioni del Federalismo*, anno XV, 2019, 515.

²⁹² N. PAOLANTONIO, *Tipicità della determinazione amministrativa e fonti*, in *P.A. Persona e Amministrazione. Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, n. 1/2018, 6.

²⁹³ V. NERI, *Note minime sulla disapplicazione delle linee guida Anac da parte del*

che la veste che l'Anac possiede nello scenario dei contratti pubblici – da sempre caratterizzato, più di altri, da un ruolo sistematico e di indirizzo occupato dal giudice amministrativo – è assolutamente nuova, e l'impatto che le sue linee guida hanno *erga omnes*, in uno con la generalità delle questioni in esse affrontate, hanno fatto sì che il Consiglio di Stato svolgesse e svolga, su di esse, un ruolo consultivo che non costituisce un obbligo legale, ma che è stato spesso richiesto dall'Autorità anticorruzione²⁹⁴. Le stazioni appaltanti sono state guidate da regole che si sono formate prevalentemente in sede contenziosa, specie da quando è venuta meno la funzione consultiva del Consiglio di Stato sugli schemi degli appalti pubblici dello Stato. Dunque, il giudice amministrativo è divenuto il vero regolatore di questo settore, soprattutto quando opera in sede giurisdizionale. Infatti, poiché la vigilanza dell'Anac può “*tramutarsi in 'suggerimenti non disinteressati' alle stazioni appaltanti, qualora si ritenga che queste ultime abbiano adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del codice*”²⁹⁵, nel caso in cui la stazione appaltante non si conformi al suggerimento entro il termine assegnato, l'Autorità stessa è legittimata a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 120 c.p.a. Così come può impugnare i bandi, gli altri atti generali ed i provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino la disciplina sui contratti pubblici²⁹⁶.

Il giudice amministrativo, dal canto suo, avrà o meno il potere di disapplicare le linee guida a seconda della natura che si riconosce alle tre

giudice amministrativo e sulla rilevanza penale della loro violazione, su Urbanistica e appalti, fasc. 2, 2018, 145 ss. e su www.giustizia-amministrativa.it, aprile 2018, 1.

²⁹⁴ Ad esempio, è stato richiesto parere sull'aggiornamento delle linee guida n. 1, di attuazione del d.lgs. 18.4.2016, n. 50, recanti “*Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*” (Cons. Stato, comm. spec., 22.12.2017, n. 2698); ma anche sulle Linee guida Anac relative a criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici (Cons. Stato., comm. spec., 19.10.2017, n. 2163); o sulle Linee guida Anac che aggiornano le precedenti Linee guida di nomina, ruolo e compiti del Responsabile unico del procedimento (Cons. Stato, comm. spec., 25.9.2017, n. 2040); Cfr. V. NERI, *Note minime sulla disapplicazione delle linee guida Anac da parte del giudice amministrativo e sulla rilevanza penale della loro violazione*, cit., 149.

²⁹⁵ Cfr. P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 224.

²⁹⁶ Art. 211, commi 1-bis e 1-ter, d.lgs. n. 50/2016. Cfr. R. PROIETTI, *Le principali novità in tema di contratti e concessioni pubbliche*, in *Corr. giur.*, fasc. 8-9, 2016, 1041 ss.

tipologie già evidenziate (che – si ricorda per completezza espositiva – sono le linee guida approvate con decreto ministeriale, le linee guida vincolanti e le linee guida non vincolanti).

Pertanto, è fuor di dubbio che il giudice possa esercitare tale potere con riguardo alle linee guida adottate con decreto ministeriale, perché di esse è pacifica la natura regolamentare e, come è noto, i regolamenti sono disapplicabili da parte del giudice amministrativo.

Diverso è il discorso, invece, rispetto alle linee guida non vincolanti e vincolanti.

Infatti, rispetto alle prime, posto che l'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016 prevede che esse possano essere impugnate se sussiste l'interesse, non essendo vincolanti, così come non sono obbligate le stazioni appaltanti a rispettarle potendo semplicemente discostarsene motivando tale scelta adeguatamente²⁹⁷, allo stesso modo anche il giudice – per il quale pure non saranno vincolanti – qualora non dovesse ritenerle conformi a legge, potrà limitarsi a disattenderle.

Rispetto alle seconde, invece, se si aderisce alla tesi della qualificazione che ne ha dato il Consiglio di Stato – e cioè che sono degli atti di regolazione – evidentemente non potrebbe parlarsi, rispetto ad esse, di disapplicazione, essendo esclusa, in mancanza di impugnazione, la c.d. disapplicazione provvedimentoale. Ma se, invece, si aderisce alla tesi che le vede come atti regolamentari, allora il giudice amministrativo potrebbe senza alcun dubbio disapplicarle, qualora le stesse non siano state tempestivamente e ritualmente impuginate.

Chiarito questo, appare altrettanto difficile che sussista un interesse alla immediata impugnazione; per cui o esse verranno impuginate congiuntamente con il loro atto applicativo per ottenere l'annullamento di entrambi, se non conformi a legge, ovviamente con efficacia *erga omnes* dell'annullamento delle linee guida; oppure si potrà avere l'impugnazione del solo atto attuativo emesso dalla stazione appaltante in conformità a linee guida illegittime, ed in tal caso il giudice annullerà l'atto impugnato dopo avere disapplicato le linee guida con effetti limitati a quel giudizio. Può, però, verificarsi anche il caso dell'impugnazione dell'atto difforme dalle linee guida ma conforme a legge, ed in tali casi le linee guida ille-

²⁹⁷ Come ha sostenuto il Consiglio di Stato con i già citati pareri nn. 1767/2016 e 1257/2017.

gittime saranno previamente disapplicata dal giudice e sarà respinto il ricorso avverso l'atto applicativo²⁹⁸.

Insomma, nulla appare di immediata e semplice risoluzione quando si parla di linee guida Anac e, se è possibile, sono aumentate le riflessioni ed i dubbi interpretativi a seguito della recente emanazione del d.l. n. 32/2019 – c.d. “*Sblocca cantieri*”²⁹⁹ di cui si è già accennato nel capitolo precedente – che, attraverso le disposizioni contenute nella lett. gg) del ventesimo comma dell'art. 1, ha aggiunto il ventisettesimo comma-*octies* all'art. 216 del d.lgs. n. 50/2016.

Tale norma modifica ed integra le norme transitorie previste nell'art. 216 del Codice dei contratti pubblici e disciplina l'emanazione di un nuovo regolamento di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice stesso, nonché le disposizioni applicabili nelle more della sua entrata in vigore.

Segnatamente, le linee guida e i decreti già adottati in attuazione delle previgenti disposizioni³⁰⁰ “*rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma, in quanto compatibili con il presente codice e non oggetto delle procedure di infrazione nn. 2017/2090 e 2018/2273*”³⁰¹. Inoltre, ai soli fini dell'ar-

²⁹⁸ Cfr. V. NERI, *Disapplicazione delle linee guida Anac e rilevanza penale della loro violazione*, cit., 14-15.

²⁹⁹ Tale decreto è stato convertito con la l. 14.6.2019, n. 55 recante “*Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 18.4.2019, n. 32, recante disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*”. Esso ha revisionato l'impianto normativo che regola i contratti pubblici, in quanto, pur essendo nato come nato come provvedimento d'urgenza, ha apportato così tante modifiche da poter essere considerato un vero e proprio correttivo arrivato dopo la pubblicazione dell'avviso di rettifica 15.7.2016 (che, a sua volta, aveva già apportato 167 modifiche al Codice dei contratti) e del d.lgs. 19.4.2017, n. 56 (che, invece, aveva apportato 441 modifiche a circa 130 articoli del Codice).

³⁰⁰ In particolare quelle contenute negli artt. 24, secondo comma (requisiti dei progettisti), 31, quinto comma (compiti del RUP), 36, settimo comma (procedure sottosoglia), 89, undicesimo comma (elenco categorie SIOS), 111, primo e secondo commi (verifica di conformità e di collaudo), 146, quarto comma, 147, primo e secondo commi, e 150, secondo comma, (qualificazione, progettazione e collaudo nel settore beni culturali).

³⁰¹ Il regolamento disciplinerà, in particolare: a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione-

chiviazione delle citate procedure di infrazione, nelle more dell'entrata in vigore del regolamento, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e l'Anac sono autorizzati a modificare rispettivamente i decreti e le linee guida adottati in materia.

Infine, a decorrere dalla data di entrata in vigore del Regolamento, è previsto che cessano di avere efficacia anche le linee guida c.d. "non vincolanti" di cui all'art. 213, secondo comma, vertenti sulle materie che questo disciplinerà e quelle in contrasto con le disposizioni in esso recate.

Da tali disposizioni sono derivati alcuni fisiologici interrogativi: ci si è chiesti, infatti, quale sia il rapporto tra le linee guida interessate dal ventisettesimo comma-*octies* e le linee guida c.d. "vincolanti", e se, nel periodo transitorio, si possa continuare ad esercitare il potere regolatorio di modifica e rettifica delle linee guida interessate dal ventisettesimo comma-*octies*. Ma, soprattutto, ci si è chiesti se l'emanazione di tale norma possa determinare la fine della *soft law* nel settore dei contratti pubblici o, quanto meno, un possibile ridimensionamento dei poteri dell'Anac.

Al riguardo va detto che gli atti regolatori di tale Autorità non sono sempre apparsi particolarmente chiari in questo contesto; in pratica, essi vanno seguiti più perché promananti da un soggetto autorevole che non per la loro chiarezza o perché sia semplice attuarli, pur nella consapevolezza del loro ruolo anche di ausilio alla conoscenza giuridica in un settore (quello dei contratti pubblici, appunto) la cui caratteristica è proprio quella della flessibilizzazione del diritto. Ciononostante, le linee guida dell'Anac, a prescindere dalla loro natura vincolante o meno, vanno, come detto, correttamente inquadrare tra i fenomeni normativi di *soft law* e, dato il loro carattere prevalentemente discorsivo, consentono all'Anac di sistematizzare il molto spesso disordinato e poco chiaro materiale normativo, giurisprudenziale e amministrativo, riducendo la complessità della materia grazie ad un'efficacia esplicativa derivante anche dall'utilizzo di un linguaggio diverso da quello strettamente normativo.

La risposta agli interrogativi di cui sopra è che, con la norma in que-

ne; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali.

stione – la quale coinvolge solo le linee guida nn. 3 e 4³⁰² – il Legislatore ha determinato una mancata coincidenza tra le linee guida investite dal ventisettesimo comma-*bis* e le linee guida vincolanti, mentre, ai fini della semplificazione, avrebbe dovuto lasciare intatte solo quelle non vincolanti – eliminando il potere di emanarne nuove che fossero vincolanti – e avrebbe dovuto trasfondere il contenuto delle linee guida vincolanti già emanate nel regolamento che deve essere emanato.

Invece ha dato vita ad un sistema nel quale coesisteranno sia le linee guida vincolanti che quelle non vincolanti, affiancandosi ad esse il regolamento unico di attuazione, per lo meno nelle materie non toccate dalla riforma³⁰³.

Nell'ambito di tale sistema, però, va evidenziato che le linee guida non sono state abrogate in senso tecnico. Esse cesseranno di avere efficacia solo nel momento in cui sarà emanato il regolamento di attuazione; e proprio perché ciò dovrà accadere nel termine sollecitatorio di 180 giorni, nulla garantisce che effettivamente il regolamento sarà emanato e, soprattutto, che lo sarà nei termini previsti. Inoltre, dalla lettera della norma dell'art. 216 (si evidenzia che) tale scadenza non è sufficiente a far venir meno i previgenti atti di *soft law*³⁰⁴.

Nel momento in cui sarà emanato, il suddetto regolamento sarà a tutti gli effetti una fonte del diritto e, dunque, non solo non avrà efficacia retroattiva, ma sarà anche soggetto alle relative norme sull'interpretazione cui sono soggette le fonti, a differenza delle Linee Guida che, invece, possono operare retroattivamente e sono soggette alle norme sull'interpretazione dei contratti. Esso avrà, però, rispetto alle linee guida, un contenuto meno minuzioso e meno facilmente modificabile.

³⁰² Di tali linee guida non tutto il contenuto è vincolante, laddove, invece, esistono altre linee guida – come le nn. 9 e 10 – che, invece, hanno contenuto vincolante.

³⁰³ Cfr. D. PULIATTI, *Le Linee Guida Anac dopo il D.L. 32/2019 (c.d. "Sblocca cantieri")*: l'amplificazione mediatica e la diffusa mancata consapevolezza della struttura e degli effetti del *soft law* nell'ambito dei contratti pubblici, in <https://www.diritto.it> › *Appalti pubblici* › *Approfondimenti* › *Focus* del 6.6.2019; L. FACONDINI, *Le fonti secondarie in materia di appalti dopo lo Sblocca Cantieri: le sorti delle Linee guida Anac ed il ritorno al Regolamento unico*, in <https://www.diritto.it> › *Appalti pubblici* › *Approfondimenti* › *Focus* del 13.11.2019.

³⁰⁴ Cfr. F. VOLPE, *L'attuazione del Codice dei contratti pubblici dalla soft law al regolamento unico: profili sostanziali e processuali*, Relazione al Convegno su "Gli appalti pubblici dopo il decreto sblocca cantieri: le principali novità" tenutosi a Milano il 3.10.2019.

Insomma, la riforma in questione – ed in particolare l'introduzione del ventisettesimo comma-*octies* – determinerà, in prospettiva, non solo il problema dell'individuazione delle linee guida che restano ancora in vigore, ma anche quello della abrogazione automatica delle linee guida che siano in contrasto con il Codice o con il regolamento. Tali problemi lasciano supporre che essa non contribuirà certo a rendere più snello e semplice il sistema introdotto dal Codice dei Contratti.

La conclusione che si può trarre sulla base di quanto fin qui detto è che l'attività regolatoria dell'Anac non sembra essere stata intaccata dalla riforma e che essa continuerà a sussistere parallelamente all'attività del Legislatore. In pratica, nonostante non ci sia uniformità di vedute, sia in dottrina che in giurisprudenza, sulla natura e la portata dei suoi atti normativi, essa potrà continuare ad esercitare la sua attività e a disciplinare il suo settore di competenza così come è accaduto fino ad ora.

La sua autorevolezza ed autoritatività, in uno con le sue peculiarità, è ormai chiaro che non sono in comune con le altre Autorità, ed è per questo motivo che ci si deve interrogare se essa possa essere considerata un'Autorità amministrativa indipendente e non debba, invece, essere definita un ente dell'apparato organizzativo dello Stato (di cui, però, non condivide il regime di responsabilità).

L'Anac, infatti, non solo esercita poteri definiti di *hard regulation* insieme a funzioni di amministrazione attiva – combinazione di poteri, questa, che difficilmente consente al soggetto che li esercita di essere indipendente dal potere esecutivo³⁰⁵ – ma (diversamente dalle altre Autorità) è anche preposta ad un contesto – e cioè quello dei contratti pubblici – che non richiede l'intervento di un'Autorità indipendente³⁰⁶ (ed infatti il Codice dei Contratti del 2016 non lo richiede).

È di tutta evidenza, insomma, che i poteri che sono riconosciuti all'Anac non hanno gli stessi effetti di quelli riconosciuti alle altre Autorità indipendenti. Queste ultime godono tutte di un elevato potere regolamentare in materia di organizzazione e funzionamento innanzitutto; per tutte si è denotato che le leggi istitutive sono laconiche intenzionalmente, perché il contenuto regolativo dei singoli settori di competenza deve essere

³⁰⁵ ID., *op. cit.*, 177.

³⁰⁶ Cfr. L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, cit., 607.

disciplinato da soggetti a ciò deputati e che hanno le competenze tecniche più adeguate per soddisfare l'interesse dei consumatori che, in quanto fruitori e destinatari finali dei servizi specifici, hanno diritto alla migliore e più puntuale forma di tutela.

Ma nessuna delle Autorità su cui si è svolta l'indagine denota le caratteristiche dell'Anac, a cominciare proprio dalla nomina dei suoi organi di vertice, i quali, rispetto ad essa, sono scelti discrezionalmente dal Governo ed appare difficile che possano effettivamente mantenersi indipendenti dal potere politico. Sembra quasi che lo Stato, data la delicatezza dell'obiettivo di contrasto alla corruzione e di garanzia della trasparenza nel settore dei contratti pubblici – obiettivo ambizioso e di difficile realizzazione – voglia, in tal modo, avere, comunque, la possibilità di “orientare” l'operato di tali soggetti.

Anche i poteri normativi di cui gode, disciplinati dal legislatore con le evidenziate caratteristiche di efficacia, sono finalizzati, evidentemente, a consentirle di conseguire nel migliore dei modi il fine delicatissimo che persegue; infatti, tramite essi, l'Anac “rompe” gli schemi – all'interno dei quali, invece, le altre Autorità si mantengono – in particolare quelli della *soft law*, che consente alle Autorità di interagire con il mercato in maniera non vincolante, ma comunque incisiva.

Dunque, aderire alla tesi che sostiene che non si tratti di un'Autorità indipendente finisce con l'essere proprio la fisiologica conseguenza della constatazione della sua diversità rispetto alle altre Autorità delle quali non ha gli stessi requisiti, la stessa natura e lo stesso ruolo.

I mercati che le varie Autorità regolano sono tutti delicati ed in continua evoluzione, e per questo necessitano degli strumenti più tecnici e puntuali ad esse demandati e che non possiede il legislatore ordinario; ma il settore dei contratti pubblici è quello più delicato di tutti. Esso è, infatti, quello più esposto ai fenomeni corruttivi che, in particolare negli ultimi anni, si è rilevato quanto fosse difficile contrastare, nonostante ad esso fosse preposta un'Autorità come l'Avcp che, però, si limitava ad esercitare poteri di vigilanza. La rilevata insufficienza di questa attività nel garantire la trasparenza ed il contrasto alla corruzione hanno, evidentemente, richiesto l'istituzione di un soggetto più forte e strutturato diversamente, dotato di poteri più ampi ed estesi, tali da potersi esercitare anche parallelamente a quelli del legislatore, sì che il settore potesse essere monitorato più costantemente e che si potesse intervenire in maniera più immediata.

Ed è questa la ragione per cui si ritiene che non sia condivisibile definire l'Anac, alla stessa stregua dell'Avcp, Autorità amministrativa indipendente, perché non solo rispetto a questa – di cui, senza dubbio, ha assorbito le funzioni – ma rispetto anche alle altre Autorità, la sua attività ha requisiti di autonomia e di forza non riscontrabili in altri soggetti definiti tali dal legislatore.

Capitolo Sesto

Hard law, soft law e legalità procedurale. *Alcune riflessioni conclusive*

SOMMARIO: 1. Brevi cenni sull'evoluzione del rapporto tra *hard law* e *soft law*. – 2. Il “*notice and comment*”, ovvero la legalità procedurale, nell'attività di *soft law* delle Autorità amministrative indipendenti. – 3. Considerazioni finali.

1. Brevi cenni sull'evoluzione del rapporto tra *hard law* e *soft law*

L'analisi fin qui condotta sui poteri normativi e di regolazione delle Autorità, e più nel dettaglio, sull'attività che ciascuna di esse svolge nel proprio settore di competenza, necessita, per completezza, di alcune considerazioni riepilogative in merito al rapporto tra *soft law* e *hard law*, strumenti tra di loro in contrapposizione ma sostanzialmente legati, essendo il primo dipendente dal secondo.

Come è noto, gli ultimi quarant'anni sono stati caratterizzati da un processo di globalizzazione che si è gradualmente imposto, capovolgendo le logiche tradizionali del mercato investendo e coinvolgendo non solo gli aspetti economici e sociali, ma anche quelli giuridici che hanno caratterizzato anche il nostro Paese.

Dalla globalizzazione è derivata la c.d. *governance* – a livello nazionale, internazionale e comunitario – forma di governo partecipata che ha temperato, poco alla volta, l'autoritarismo ed il dirigismo dello Stato a vantaggio di metodi consensuali e più partecipati di produzione normativa. Questo tendenziale temperamento ha portato alla nascita del *soft law*, caratterizzato da strumenti normativi di natura negoziale più elastici di quelli tradizionali, in grado di adeguarsi alle diverse e mutate realtà con la stessa velocità e duttilità con cui queste evolvono.

Va, senza dubbio, evidenziato che la nascita della *governance*, se ha l'indubbio vantaggio di consentire delle forme più partecipate di governo, non deve e non può, però, sostituirsi o superare del tutto la forma di governo che tradizionalmente ci ha caratterizzato ed anche garantito. Il potere pubblico si è sempre espresso attraverso forme tipizzate e procedure legali grazie alle quali si sono formate decisioni che, comunque, sono state espressione dell'interesse generale alla cui cura sono state mirate. La tipizzazione ha sempre consentito di distinguere ciò che può e deve essere ascritto nel novero del diritto e ciò che, invece, non può esserlo e le regole procedurali che sono state sempre espressione dell'esercizio del potere statale sono state anche quelle che hanno impedito al potere politico di esorbitare e di prendere il sopravvento rispetto alla volontà degli individui, in quanto grazie a tali regole pure la legge deve staccarsi dalle “*intenzioni soggettive dell'organo che l'ha emanata, per assumere un significato 'oggettivo' nel sistema giuridico*”¹.

La *governance*, invece, aprendo ad una “legittimazione dal basso”, parte dalle logiche del mercato ed arriva ad una produzione normativa “negoziata”. Il mercato è un luogo continuamente in evoluzione e la difficoltà dello Stato ad adattare i suoi poteri tradizionali ad una tale evoluzione – o meglio, la necessità che ciò non accadesse, richiedendo la nuova realtà una disciplina prodotta tramite strumenti normativi dotati di una flessibilità che non era mai stata presa in considerazione in precedenza – sono state determinanti affinché si affermasse la c.d. *soft law*, in alternativa al diritto codificato e tradizionale, definito, invece, *hard law*.

La sua nascita si fa risalire agli anni Settanta², ma negli anni Ottanta se ne negava ancora la giuridicità proprio perché non la si riusciva a fare rientrare negli schemi convenzionali ai quali, fino a quel momento, si era stati abituati, anche perché i suoi effetti, spesso cogenti tanto quanto quel-

¹ R. BIN, *Soft law no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nella società postmoderne*, cit., 2009, 33 ss.

² La *soft law*, inizialmente, si è imposta proprio nel mondo del lavoro, all'interno del quale il lavoratore, soggetto più debole, specie se precario, ha cominciato ad essere tutelato tramite tale strumento in maniera molto più efficace. Ed il termine *soft law* sarebbe stato usato negli anni Settanta per la prima volta da Lord Mcnair, in un contesto in cui la giurisprudenza comunitaria sosteneva la prevalenza della sostanza sulla forma in consonanza con la “libertà di forma” del *soft law*. Cfr. S. MAGRA, *Il soft law*, in *Cammino diritto*, n. 10/2016, 2 ss.

li della *hard law*, sembravano in contraddizione con la terminologia con la quale era nata (*soft*).

Ed infatti la *soft law* rappresenta proprio questo: il superamento del ruolo dell'*hard law*, ossia del diritto proveniente dalle istituzioni politiche, a causa della nascita della *governance*. In pratica, da un certo momento in poi non ha potuto essere più la sola politica a produrre regole di comportamento tramite il legislatore, perché ha preso il sopravvento il mercato, luogo di scambio in continua evoluzione e specchio delle reali esigenze degli individui il quale, proprio per questo motivo, ha cominciato ad imporre le sue regole alla politica che, inevitabilmente, ha dovuto adattarsi predisponendo strumenti più elastici che ne tenessero conto. Se, dunque, l'*hard law* provvede a disciplinare l'interesse pubblico, quello dei cittadini, dei quali la politica si fa portavoce, *soft law* e *governance* rappresentano, invece, il cambiamento e la trasformazione dei cittadini in consumatori, espressione principale del mercato ed anche suoi soggetti deboli³.

Il fatto che abbiano preso il sopravvento le logiche del mercato, però, non significa certo che la legge, e quindi la politica, abbiano perso il loro potere, necessitando lo stesso mercato di essere puntualmente disciplinato dalla legge; ma denota, piuttosto, il profondo cambiamento intervenuto, che ha reso il mercato il luogo in cui nascono gli interessi prevalenti. In maniera assolutamente condivisibile si è evidenziato in dottrina che *“il movimento dei consumatori è diventata l'élite dell'informe e generico aggregato dei cittadini-élite che, sola, si ritiene legittimata a rivendicare diritti nel mercato e ad agire in esso”*⁴. I consumatori e le loro associazioni, nell'ambito del mercato, orientano le scelte sulla base della soddi-

³Prendendo in prestito le parole di autorevole dottrina che ha sostenuto che ormai è il mercato a garantire i diritti dei cittadini che, con il tramonto della sovranità politica, sono stati *“declassati a consumatori”*, l'immagine del cambiamento è questa, e cioè che siamo tutti diventati, da cittadini, consumatori che entrano nel mercato *“che non ha più bisogno della politica né dell'apparato pubblico: ciò che lo organizza si chiama governance perché non si può chiamare semplicemente 'governo', dato che 'governo' implicherebbe politica; mentre i processi decisionali si vogliono tenere fuori dalla politica, devono basarsi su una concertazione che si svolge ben lontana dai canali rappresentativi, dove – guarda caso – 'noi' siamo talvolta presenti tramite alcune potentissime associazioni di consumatori, non però come 'cittadini'; e si chiama soft law perché contesta la stessa utilità di un diritto “duro”, “arcigno”, l'opprimente regolazione di provenienza statale”*, R. BIN, *Soft law no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nella società postmoderne*, cit., 33.

⁴Ivi, 34.

sfazione dei bisogni della collettività e in questo contesto la politica deve necessariamente lasciare il posto alle regole elaborate dal basso e cioè grazie alla *soft law* che, per definizione, non entra tra le “fonti di diritto” intese come *hard law*.

Essa, infatti, è tradizionalmente contrapposta all’*hard law* o, se si vuole, alle fonti dell’ordinamento, proprio perché nasce come strumento di regolazione dei rapporti in un certo senso alternativo agli strumenti vincolanti del diritto internazionale. Se questo è vero, allora la *soft law* identifica tutte le norme di comportamento non vincolanti rilevanti sul piano giuridico, ma, al contempo, pone alcuni interrogativi, primo fra tutti se sia o meno possibile ritenere giuridiche norme non vincolanti⁵.

In dottrina⁶ si è evidenziato che non è corretto considerare la *soft law* non vincolante solo perché non è una fonte del diritto in senso formale; essa può produrre vincoli allo stesso modo della *hard law*, solo in maniera differente, in quanto rappresenta la regola che si impone per la sua stessa capacità di guidare il comportamento. Inoltre, essa può vincolare la condotta e l’azione di colui che la pone senza vincolare l’azione di altri soggetti che, però, possono invocarla a proprio vantaggio⁷.

Altrettanto non corretto è dire che la contrapposizione tra *soft law* e *hard law* deriva dal carattere di flessibilità che contraddistingue la prima in luogo della rigidità della seconda, in quanto anche quest’ultima può rivelarsi flessibile attraverso particolari meccanismi di rinvio o ingresso di fonti atipiche all’interno del sistema delle fonti⁸.

Inoltre, non esiste un unico tipo di flessibilità della *soft law* e non se ne può, per questo motivo, trarre l’esistenza di un’unica categoria. Essa, insomma, come giustamente osservato in dottrina, deve essere analizzata nel più ampio orizzonte del c.d. *regulatory process*, ossia “della dinamica che abbraccia la produzione del diritto ... la sua attuazione (anche attra-

⁵ Cfr., B. PASTORE, *Soft Law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e dir.*, 2003, 5 ss.

⁶ B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un’analisi comparata*, in *Riv. regolaz. mercati*, n. 2/2016, cit., 32-52.

⁷ Ne costituisce un esempio la decisione 19.7.2016, C-526/14, Kotnik e A. la CGUE ha ritenuto che una comunicazione della Commissione europea sul settore bancario fosse un atto di *soft law* non vincolante per gli Stati, ma vincolante per la Commissione.

⁸ Ad esempio, tramite il rinvio alle norme tecniche o al contenuto di provvedimenti amministrativi generali, ma anche ad atti delle Autorità di regolazione.

verso la regolazione) e applicazione in chiave di effettività (meccanismi di enforcement)”⁹, insomma, come strumento di regolazione.

2. Il “notice and comment”, ovvero la legalità procedurale, nell’attività di soft law delle Autorità amministrative indipendenti

Va da sé che uno strumento di regolazione che nasce e si forma “dal basso” – e, quindi, in maniera assolutamente diversa dalla formazione di altri strumenti normativi che, invece, nell’ambito di una legalità formale, sono sempre stati espressione di garanzia della democraticità – abbia necessitato del rispetto di un altro tipo di legalità, quella procedurale, che è divenuta essenziale nella formazione in particolare degli atti di *soft law*.

In buona sostanza, laddove la regola si formi ad opera di soggetti che non nascono democraticamente e che non hanno una responsabilità politica, essa deve essere per lo meno elaborata grazie al rispetto di garanzie procedurali, condizione necessaria affinché sia garantita ai cittadini, nei confronti dei quali si producono gli effetti della regola, l’osservanza delle norme di diritto.

L’ampia partecipazione – che consente di accertare i fatti, di eseguire le istruttorie e di espletare gli accertamenti tecnici, insieme ai requisiti della motivazione e del contraddittorio – dà vita ad un *iter* procedimentale che, pur differenziandosi notevolmente da quello classico, sembra costituire lo strumento di legittimazione della potestà regolatoria priva di investitura normativa.

Questo tipo di garanzia procedurale nella legge sul procedimento statunitense è definita “*notice and comment*”, e consiste nell’acquisizione delle informazioni tramite una procedura di consultazione realizzata attraverso la pubblicizzazione di un documento con richiesta di risposte scritte a domande presentate direttamente ai soggetti destinatari del provvedimento al fine di rilevare informazioni relative al documento stesso. In questo modo, pur non trovandocisi dinanzi ad un atto forma-

⁹B. BOSCHETTI, *ibidem*, 35.

tosì democraticamente, si acquisisce comunque il consenso dei destinatari attraverso la loro partecipazione.

Nella dottrina statunitense il termine *soft law*, pur essendo rimasti legato all'ordinamento internazionale, recentemente, tuttavia, è stato utilizzato per descrivere la *soft law* utilizzata nella prassi del congresso e, comunque, ne fanno uso anche le Autorità amministrative. Gli atti in questione sono definiti *non legislative rules*, cioè regole non legislative con le quali, ad esempio, si può agevolare la produzione di norme "a richiesta", cioè negoziate, o si possono negare benefici economici, lasciando maggiore flessibilità all'amministrazione.

Ai fini della nostra disamina non rileva tanto il dilungarsi sulla procedura del *notice and comment* statunitense¹⁰, quanto, piuttosto, l'evidenziare che la legalità procedurale è lo strumento che è necessario che caratterizzi gli atti normativi delle Autorità amministrative indipendenti.

Da anni, infatti, si è consolidato, in giurisprudenza, un filone ermeneutico secondo cui i nodi inerenti all'individuazione della norma attributiva del potere delle Autorità di regolazione sarebbero sciolti con un rafforzamento della legalità procedurale, essendo le Autorità amministrative indipendenti la vera espressione del modello di *governance* caratterizzato dalla *soft law* (e per la quale sono, dunque, necessarie procedure di legalità procedurale).

Esse sono proprio i soggetti istituiti al fine di prendere le distanze dalla politica e di essere da questa indipendenti; non potendo intervenire direttamente nei settori di loro competenza, lo Stato ne disciplina con legge l'istituzione ed affida loro compiti di regolazione, sottraendole a qualsiasi circuito politico – rappresentativo e lasciandole sostanzialmente neutrali. Il potere normativo di cui esse sono dotate, dunque, anziché essere legittimato dalla politica, deriva loro direttamente dal contesto specifico relativamente al quale sono state istituite, e cioè da un settore del mercato rispetto al quale esercitano attività di regolazione in maniera "partecipata", ovvero con il consenso e l'apporto di tutti gli operatori che concretamente agiscono in quel determinato settore.

¹⁰ Procedura che, nel nostro ordinamento, come si è già detto, si attua nelle ipotesi di atti amministrativi generali, rispetto ai quali è assicurata a tutti gli interessati la possibilità di partecipare alla realizzazione della relativa disciplina, partecipazione che diventa contraddittorio rafforzato nelle ipotesi di atti amministrativi puntuali.

Alla luce di quanto detto fin qui, però, va ulteriormente rimarcato non solo che la loro potestà normativa in tanto può esistere in quanto sia stata prevista e disciplinata da atti di *hard law* – vale a dire dalle leggi istitutive che riconoscono loro la possibilità di disciplinare il settore del mercato – ma anche che nei confronti dei loro atti è possibile esercitare i tradizionali rimedi di tutela giurisdizionale, pur se i loro poteri regolamentari sono delimitati in modo abbastanza generico, contenendo essi norme che derivano da “regole” imposte dagli stessi mercati internazionali alla cui regolazione dovrebbero viceversa essere rivolte.

Le Autorità indipendenti regolano i propri settori di competenza grazie alla *moral suasion*, vale a dire grazie a “codici di autoregolamentazione” che sono prodotti dalle organizzazioni professionali e che esse recepiscono, godendo di un potere regolativo più o meno intenso a seconda del maggiore o minore impiego degli strumenti sanzionatori (previsti e garantiti dalla legge statale).

Soprattutto negli ultimi anni la diffusione del fenomeno della *soft law* nel contesto ordinamentale italiano ha assunto proporzioni significative; essa è, infatti, comunemente adottata presso le Pubbliche Amministrazioni nazionali, anche se gli operatori del diritto evidenziano non poche perplessità soprattutto in riferimento alla loro difficile collocazione nell’ambito del sistema delle fonti del diritto. Questi stessi atti, utilizzati dalle Amministrazioni indipendenti, consentono di colmare lacune di precedenti atti vincolanti, ma anche di non “ingessare” le regole del mercato di riferimento¹¹.

Ma l’aspetto più rilevante è che questi atti impongono le “regole di mercato” al potere politico, in quanto consentono di garantire l’effettività, l’equilibrio, l’elasticità e la dinamicità dei sistemi giuridici contemporanei che il legislatore, dunque, favorisce.

3. Considerazioni finali

La lunga disamina delle caratteristiche, delle peculiarità, ma anche delle problematiche che connotano le Autorità amministrative indipendenti evi-

¹¹ S. MORETTINI, *Il soft law nelle autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in www.osservatorioair.it, cit., 7 ss.

denzia che il dibattito intorno al tema è tutt'altro che sopito e presenta ancora molte incertezze.

Tali soggetti sono stati spesso considerati come un "osservatorio privilegiato" "*dei mutamenti contemporanei del diritto pubblico in generale e del diritto amministrativo in particolare*"¹², non solo relativamente alla loro potestà normativa – oggetto di dibattiti che continuano ad impegnare dottrina e giurisprudenza – ma anche per il modello di azione e di organizzazione che essi rappresentano – e che dipende essenzialmente dall'attività che sono chiamati a svolgere – caratterizzato da un alto grado di indipendenza ed un elevato tecnicismo.

Tutti gli atti normativi passati in rassegna, dunque, totalmente avulsi dal contesto tradizionale, devono essere valutati a prescindere dalle loro caratteristiche formali, perché prevalente appare il profilo sostanziale, il quale si concretizza nel completamento della norma primaria che ad essi rinvia per colmare il vuoto lasciato, che le stesse non sarebbe in grado di colmare.

Tale considerazione porta ad escludere che la relazione tra legge e atto normativo delle Autorità sia fondato su di un rapporto di gerarchia o di sovra ordinazione; esso è, evidentemente, un rapporto di competenza, in ragione del quale, consapevolmente, l'intervento dell'una esclude quello dell'altro: ovvero, se l'Autorità è competente e la legge la autorizza a farlo, sarà solo la prima a potere disciplinare compiutamente l'ambito specifico.

La prevalente dottrina ritiene che il rispetto del principio di legalità da parte del potere normativo delle Autorità possa essere assicurato attraverso la limitazione della discrezionalità e dunque, non solo attraverso la *interpositio legislatoris*, ma anche attraverso i principi e le regole ricavabili dall'ordinamento, che rendono in concreto l'atto sindacabile¹³. E affinché la legittimità di tali atti possa essere garantita, sono necessarie anche una procedura partecipata e trasparente ed una adeguata motivazione¹⁴. In ogni

¹²R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, cit., 4.

¹³Pur se in un diverso contesto ordinamentale, è l'impostazione teorica che ha indicato G. ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, cit., 145 ss.

¹⁴C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, cit., 161 ss.

caso, anche rientrando all'interno dei suddetti parametri, non è facile attribuire una specifica collocazione ad atti normativi che nascono in maniera così diversa rispetto a quelli "tradizionali". A cominciare proprio dai regolamenti, che hanno natura di atti normativi e che potrebbero essere sistemati secondo un rigido principio gerarchico¹⁵.

In realtà, è la nostra Costituzione a ravvisare, piuttosto che un generale principio di gerarchia delle fonti, un rapporto di competenza tra fonti diverse (legge statale e legge regionale; legge e regolamento parlamentare; legge e regolamento comunitario), in ragione del quale il Legislatore ordinario deve porre delle discipline di principio nel rispetto delle esigenze, sia dell'autonomia che del decentramento.

Il nostro ordinamento costituzionale impone di riconoscere che, se da un lato, non può negarsi alla potestà regolamentare di essere espressione di una sfera di "autonomia" (la quale trova il suo fondamento proprio nella Costituzione), dall'altro, la stessa legge ordinaria deve misurarsi non solo con un limite di ordine positivo (in ragione del quale il legislatore deve intervenire per assicurare al relativo organo la possibilità di esplicitare un'autonomia costituzionalmente garantita), ma anche con un limite di ordine negativo, in quanto la legge deve porre solo norme di principio senza potere invadere l'ambito di autonomia riservato al soggetto titolare del relativo potere¹⁶.

Dall'analisi delle singole Autorità si evince che alla eterogeneità delle stesse corrisponde eterogeneità anche tra le tipologie di potestà normative, che vanno dall'auto-organizzazione, all'attuazione, all'esecuzione, alla integrazione di norme di grado primario, di disciplina di ambiti delegati, ovvero di potestà regolamentare indipendente in quanto operante in ambiti non disciplinati da alcuna norma di grado legislativo. Alcune Autorità godono di potestà regolamentari più limitate, mentre altre dispongono di un potere normativo più ampio (sia da un punto di vista qualitativo, e cioè in virtù del diverso grado di copertura, che quantitativo, in relazione alla pluralità di tipologie di atti), tenuto conto che per *regulation* – vale a dire la funzione ad esse spettante "di regolazione" del settore loro affidato – si intende sia il tradizionale intervento pubblico di regolazione,

¹⁵ F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 207.

¹⁶ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 47 ss.

sia l'intervento in cui il soggetto pubblico "assume una posizione per così dire esterna al mercato al fine di garantirne l'efficienza"¹⁷.

In dottrina si è sostenuto che l'assegnazione alle Autorità amministrative indipendenti di un ampio potere normativo si pone in contrasto con la Costituzione, con i principi della rappresentanza politica e con il principio di legalità¹⁸; in questa prospettiva le leggi attributive della funzione normativa sono viste come "momenti di assegnazione alla singola Autorità di un'ampia discrezionalità"¹⁹. Secondo questa impostazione, le Autorità, anche se chiamate alla produzione di "norme aderenti alle dinamiche dei fatti", disporrebbero di una illimitata discrezionalità, il cui processo decisionale sarebbe comunque destinato a concludersi con un atto volitivo. L'indeterminatezza della legge attributiva della competenza impedirebbe, dunque, di ritenere che l'autonomia normativa delle Autorità indipendenti si svolga nell'ambito definito dalle leggi²⁰.

Chi vede in maniera critica tali soggetti sottolinea che i loro regolamenti finiscono per assegnare agli interessi in gioco una "concreta consistenza" (che non potrebbe, dunque, essere riferita al legislatore primario), sicché la potestà normativa delle Autorità verrebbe a configurarsi quale "polo normativo autosufficiente" che decide di intraprendere e di portare a compimento un processo normativo destinato a concretizzare scelte politiche. Nell'assenza della legge, i regolamenti delle Autorità verrebbero a porsi come l'unica fonte della disciplina sostanziale della materia e, dunque, si potrebbe sostenere che la tipologia di fonte a cui essi potrebbero essere ascritti sia proprio quella dei regolamenti indipendenti o quasi indipendenti in quanto, nel vuoto normativo, essi disciplinano la materia alla stessa stregua della legge che, sostanzialmente, ne riconosce l'efficacia e la legittimità. Tali considerazioni sono funzionali alla riaffermazione della critica di fondo che accompagna la vita delle Autorità amministrative in-

¹⁷ Cfr. L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, cit., 444.

¹⁸ M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, 191 ss.

¹⁹ Cfr. G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2012, 721 ss.

²⁰ R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, cit., 4.

dipendenti fin dalla loro apparizione e che parte dall'assunto che esse, in assenza di una legittimazione democratica ed essendo estranee al circuito politico – rappresentativo, sono comunque chiamate ad assumere decisioni intrinsecamente politiche.

La loro istituzione è stata necessaria allo scopo di assicurare il regolare svolgimento del “libero gioco economico” in particolari settori (economici, finanziari o relativi a servizi pubblici) rispetto ai quali esse tutelano diritti costituzionalmente riconosciuti ed impediscono l'instaurazione di situazioni di monopolio o di oligopolio. Anche nelle esperienze di altri Paesi, alla base del fenomeno che ha dato loro vita, c'è una concezione diversa delle funzioni dello Stato che non può farsi carico della gestione diretta dell'economia e dei servizi pubblici. Esse sono, dunque, organismi neutrali che, in ragione del requisito della imparzialità rispetto ai vari interessi che gestiscono, si sottraggono all'ingerenza del potere esecutivo; svolgono il loro ruolo ponendosi in una posizione esterna ad esso, in quanto sono controllori dell'interesse per la cui tutela sono state istituite²¹, e tutto ciò giustifica l'ampio potere normativo loro conferito, anche se non consente di avere ancora chiara la tipologia di fonte a cui debbano essere ascritti gli atti che emanano per assolvere alle loro funzioni.

Il Consiglio di Stato, in sede consultiva²², ha riconosciuto, in capo alle Autorità amministrative indipendenti, la titolarità di funzioni normative che “*non possono più ritenersi di spettanza esclusivamente di soggetti dotati di rappresentatività*”, dal momento che il policentrismo normativo che caratterizza il nostro ordinamento giuridico (e che si collega alla sempre più vasta distribuzione di funzioni pubbliche fra una pluralità di soggetti, anche al di fuori dell'apparato governativo e ministeriale) giustifica il potere normativo delle Amministrazioni indipendenti, le quali senza dubbio sono una tipologia speciale di soggetti pubblici a cui, però, sempre la legge primaria deve attribuire il potere e prevedere i criteri di fondo che devono presiedere al suo esercizio²³.

²¹ Con una sentenza del 2011 – la n. 5106, sez. VI – il Consiglio di Stato ha sostenuto che “l'attività di controllo esercitata in posizione neutra da un organismo indipendente implica la rigorosa separatezza fra controllore e controllato”.

²² Cons. Stato, sez. consult., atti normativi, 14.2.2005, n. 11603/2004, nel parere reso sullo schema di decreto legislativo relativo al Codice delle assicurazioni.

²³ R. TITOMANLIO, *ivi*, cit., 26, il quale evidenzia che il Consiglio di Stato riconosce

Rispetto ai regolamenti, dunque, ci si chiede se si tratti di atti normativi o di atti a contenuto generale concreto ma non normativo o, infine, se si tratti proprio di atti meramente interni che, quindi, non rappresentano affatto fonti del diritto. Come è noto, gli atti amministrativi generali a contenuto normativo hanno efficacia *erga omnes*; per essi è possibile il ricorso in Cassazione per violazione di legge in caso di una loro erronea interpretazione da parte dei giudici di merito.

Al contrario, gli atti non aventi contenuto normativo hanno una portata molto più settoriale e limitata, in quanto si riferiscono solo ai soggetti che ne sono destinatari. I regolamenti, in quanto atti normativi secondari, godono dello *status* giuridico che deriva loro dall'essere fonti del diritto, distinti dalla legge ed a questa subordinati.

Le Autorità amministrative indipendenti si avvalgono di tutte e tre le tipologie di atti²⁴, e spesso è la legge stessa che, ponendo norme generiche ed indeterminate, rende difficoltosa all'interprete l'individuazione della natura dell'atto e, quindi, il fenomeno cui si è fatto cenno della c.d. "fuga dal regolamento"²⁵.

L'atto regolamentare si differenzia, sì, dagli altri atti normativi per la sua "capacità innovativa", ma è necessario anche che esso sia dotato di "forza innovativa"²⁶ e di una "funzione normativa"²⁷. A questi caratteri si aggiunge quello dell'astrattezza, grazie al quale il regolamento deve regolare in astratto, per il futuro, una serie indefinita di fattispecie. La nor-

alle autorità amministrative un potere normativo che trova la sua copertura sia nella Costituzione – e, segnatamente, nel principio di legalità, in quello di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, Cost. e nei principi che disciplinano i singoli settori o attività, e cioè gli artt. 41, 47, 21, 59, che forniscono caso per caso un fondamento costituzionale diversificato a seconda del tipo di autorità – e sia a livello comunitario che, dal canto suo, ha fornito un impulso decisivo alla diffusione di questi organismi cui è affidata una competenza "regolatoria" ed una di "vigilanza".

²⁴ Autorevole dottrina riteneva che fra le due tipologie di atti, e cioè tra gli atti amministrativi con contenuto normativo e gli atti a contenuto generale esistesse la categoria intermedia dei provvedimenti amministrativi con rilevanza normativa solo indiretta, cfr. A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della Pubblica Amministrazione*, cit., 11 ss.

²⁵ B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, cit., 389 ss.

²⁶ Intendendosi per tale la capacità di innovare l'ordinamento giuridico propria di tutte le fonti di produzione giuridica, indipendentemente dal fatto che esse abbiano o meno concretamente carattere normativo.

²⁷ E cioè di avere come scopo l'introduzione di norme giuridiche.

mazione secondaria deve trovare, in ogni caso, fondamento e legittimazione nella legge, e siccome il potere normativo che le Autorità amministrative possiedono non può far ritenere superato il problema del rispetto del principio di legalità, la legge che le istituisce deve trovare nella Costituzione il duplice fondamento ad esso (costituzionale e legislativo) in modo che l'assegnazione del compito di regolazione e di tutela di ambiti espressamente protetti in Costituzione non solo giustifichi la potestà normativa delle Autorità, ma ne postuli anche la necessità²⁸, pur nella consapevolezza della netta distinzione del potere regolamentare ad esse conferito rispetto a quello spettante alle altre amministrazioni.

La giurisprudenza si è spesso soffermata sul rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa, di rilevanza costituzionale ai sensi degli artt. 1, 23, 97 e 113 Cost.²⁹, sostenendo che nel caso degli atti di regolazione adottati dalle *Authorities*, la legge non indica in dettaglio il contenuto, né descrive in modo puntuale le condizioni e i limiti di esercizio della relativa attività perché i contesti in cui esse operano sono caratterizzati da una estrema specializzazione e da una costante evoluzione tecnologica; le regole che li disciplinano divengono rapidamente obsolescenti e, quindi, predeterminare rigorosamente l'esercizio delle funzioni amministrative rischierebbe di compromettere e pregiudicare la finalità pubblica per la quale lo stesso potere è attribuito³⁰. Dunque, per compensare la "dequotazione" del principio di legalità sostanziale, deve essere rafforzato il principio di legalità procedimentale, il quale si sostanzia nella previsione di forme rafforzate di partecipazione degli interessati nei procedimenti di formazione degli atti regolamentari³¹.

Tra regolazione e legislazione il rapporto non è semplice, in quanto la regolazione rappresenta un concetto dinamico, legato a discipline che si costruiscono volta per volta e che vanno continuamente assestate per man-

²⁸ F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., 2.

²⁹ Cfr. M. FILICE, *Gli sviluppi del controllo giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, cit., 787-799.

³⁰ Cons. Stato, sez. VI, sent. 24.5.2016, n. 2182 e 20.3.2015, n. 1532. Cfr. anche TAR Lazio, sez. III, 22.3.2018, n. 3259. Cfr. anche G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, n. 4/2007, 710.

³¹ Cfr. TAR Lombardia, sez. II, 6.9.2016, n. 1629 e 13.8.2015, n. 1895. Cfr. anche M. BOMBARDELLI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Ius-publicum.com*, 2013, 15.

tenerle adeguate ai bisogni del mercato. Il ruolo del giudice, in questo contesto, è, dunque, necessario per precisare i confini del potere di regolazione, stante la genericità della legislazione primaria, spezzando, in tal modo, il legame da sempre esistente tra finalità istituzionali contemplate dalla legge e strumenti tipici per realizzarle³².

La legittimazione all'esercizio della potestà regolamentare da parte delle Autorità indipendenti parte, dunque, proprio dalle finalità di interesse pubblico che la legge assegna a ciascuna di esse³³, in base alla c.d. "teoria dei poteri impliciti", grazie alla quale, pur mancando una norma di legge specifica che attribuisca ad un'Autorità indipendente il potere regolamentare, in ogni caso tale potere può comunque essere esercitato legittimamente, perché rinvenibile tacitamente nella legge istitutiva dell'Autorità stessa.

I regolamenti di questi soggetti possono essere attuativi, esecutivi, di integrazione, ma anche indipendenti e di delegificazione; l'unica distinzione netta che c'è tra loro, però, è quella che pone da un lato i regolamenti di organizzazione e dall'altro tutti i restanti regolamenti delle Autorità indipendenti.

In dottrina si sostiene che non possa ritenersi sussistente una "riserva di regolamento" relativamente alla funzione di organizzazione³⁴. Per le Autorità la cui autonomia di organizzazione è limitata (come, ad esempio, per il Garante per la *privacy*) esiste una riserva di regolamento governativo, ed in tali casi si tratterebbe della c.d. "riserva di amministrazione", intesa come riserva regolamentare nella funzione di organizzazione della Pubblica Amministrazione in senso tradizionale. Con riferimento a tale materia si è costruita la ripartizione delle competenze tra Governo e Parlamento individuando una riserva di competenza nei confronti della legge, alla quale sarebbe preferito il regolamento, non dovendosi rispettare il principio della gerarchia delle fonti. Diversa è, invece, la situazione per le Autorità dotate di effettiva autonomia organizzativa rispetto alle quali si potrebbe individuare una nuova riserva di

³² M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, cit., 10.

³³ F. CINTIOLI, *I regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, cit., 26.

³⁴ In tal senso, A. CERRI, *Principi di legalità, imparzialità, efficienza*, cit., 189.

amministrazione, *sub specie* di riserva di regolamento della singola *Authority*³⁵.

Tradizionalmente la c.d. “funzione organizzatrice” della Pubblica Amministrazione veniva individuata nella emanazione della normativa strumentale all’organizzazione e all’indirizzo della Pubblica Amministrazione: in quel contesto la regola d’organizzazione era comunque intesa come svolgimento della funzione di indirizzo e si trattava di attività “asservita” all’attività di direzione politica³⁶. Rispetto alle Autorità indipendenti si può affermare che la “regola d’organizzazione”, qualora assuma natura normativa, e dunque regolamentare, è funzionale all’organizzazione ed all’indirizzo dell’attività prestata nel settore regolato, indipendente da condizionamenti politici, al fine di potere svolgere più efficacemente le competenze loro affidate, per la regolazione di rapporti interprivati.

Tutte le Autorità sono titolari di poteri di regolamentazione, sia con efficacia interna che con efficacia esterna, cioè nei confronti dei soggetti, operatori ed utenti, del settore economico sociale di competenza.

Quelli ad efficacia interna sono atti che le leggi istitutive definiscono regolamenti e che disciplinano l’organizzazione, il personale, la contabilità e lo svolgimento interno delle funzioni³⁷; si possono considerare poteri che rientrano nell’autonomia organizzativa (generalmente prevista) delle amministrazioni e degli enti pubblici, presentando, nel caso delle Autorità, la particolarità di non essere sottoposti a procedimenti di controllo³⁸.

Per quanto attiene ai poteri a carattere normativo produttivi di effetti all’esterno, invece, tutte le Autorità in esame sono titolari di vaste attribuzioni; in alcuni casi, è la stessa legge a stabilire espressamente che deter-

³⁵ S. FOÀ, *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 87.

³⁶ Il riferimento è chiaramente a M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, cit., *passim*.

³⁷ Infatti, le Autorità prevedono “*le norme concernenti l’organizzazione interna e il funzionamento, la pianta organica del personale di ruolo*” (art. 2, ventottesimo comma, l. n. 481/1995 – Art); “*l’organizzazione e il funzionamento, i bilanci, i rendiconti e la gestione delle spese, [...] nonché il trattamento giuridico ed economico del personale addetto [...] le modalità operative e comportamentali del personale, dei dirigenti e dei componenti della Autorità*” (art. 1, nono comma, l. n. 249/1997 – Agcom); “*le norme concernenti la propria organizzazione ed il proprio funzionamento*” (art. 1, l. n. 216/1974 – Consob).

³⁸ V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D’ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, 2010.

minati atti dell'Autorità con rilevanza esterna abbiano natura di "regolamenti" (ad esempio nel settore bancario, finanziario e assicurativo, le cui normative di settore attribuiscono alle autorità di regolazione il potere di adottare, appunto, "regolamenti" per disciplinare determinate materie). Tuttavia, anche in questi casi, solo raramente la legge stabilisce con precisione le modalità, i criteri e gli oggetti della regolamentazione³⁹; altre volte il legislatore interviene con successive norme limitative dei poteri normativi delle Autorità⁴⁰; la maggior parte delle volte, però, le previsioni del legislatore ordinario sono generiche, per cui, ad esempio, l'Agcom ha il compito di garantire mediante regolamenti "l'applicazione delle norme legislative sull'accesso ai mezzi e alla infrastrutture di comunicazione"⁴¹, mentre, rispetto ai mercati finanziari, la Consob e la Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza regolamentare, sono tenute all'osservanza di alcuni generali principi stabiliti dalla legge circa la proporzionalità, l'agevolazione dell'innovazione e della concorrenza⁴².

In questi casi, la legge attribuisce espressamente potestà regolamentare con rilevanza esterna alle Autorità. Mentre in altri casi, i poteri normativi si desumono da generiche attribuzioni di compiti, con l'indicazione degli scopi e dell'interesse pubblico da perseguire e tutelare nel settore⁴³.

Insomma, le norme che attribuiscono alle Autorità amministrative indipendenti i poteri a contenuto normativo in pochi casi dettano prescrizioni specifiche cui le stesse debbono attenersi nell'adozione dei relativi atti, mentre ci si trova più spesso di fronte a mere attribuzioni di potere⁴⁴.

³⁹ Ad esempio rispetto all'art. 15, quinto comma, TUF, in tema di potestà regolamentare della Banca d'Italia sulla partecipazione al capitale in Sim e Sicav.

⁴⁰ Come, ad esempio, accade con l'art. 1, terzo comma, d.l. n. 7/2007, conv. in l. n. 40/2007, che limita il potere regolamentare dell'Agcom sui contratti per adesione con operatori della telefonia, cfr. TAR Lazio, n. 5769/2009.

⁴¹ Art. 1, sesto comma, lett. c), l. n. 249/1997.

⁴² Art. 6, primo comma, TUF.

⁴³ Nel settore dell'energia, ad esempio, la l. n. 481/1995, all'art. 2, quinto comma, stabilisce che le autorità "sono preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza"; e la giurisprudenza del Cons. Stato, sez. VI, 29.5.2002, n. 2987, ha fondato proprio su questa generica previsione la legittimità dell'esercizio da parte dell'Aeeg (ora Arera) di poteri normativi, volti a "dettare prescrizioni atte a garantire la sicurezza degli impianti di erogazione gas".

⁴⁴ Tali atti, normativi o comunque a contenuto generale, sono pubblicati nella Gazzet-

che potrebbero essere definite “autorizzazioni” che la legge conferisce alle Autorità al fine di emanare atti che, pur se non precisamente delineati dal legislatore, intervengono a tutelare in maniera competente e tecnica settori delicati, nell’esclusivo interesse dei soggetti che vi operano.

Ma se per i regolamenti si può, in un certo senso, riuscire ad inquadrarli in categorie già delineate, vuoi che si parli di regolamenti indipendenti o quasi indipendenti, vuoi che si parli di atti autorizzati o, infine, vuoi che si parli di regolamenti di delegificazione, di più difficile e complicato inquadramento sono, invece, gli atti di c.d. *soft law* che le Autorità pongono in essere e che, nonostante la loro natura non vincolante, riescono a “scardinare” il sistema delle fonti tradizionalmente inteso.

Pur non essendo affatto contemplati nel novero delle fonti, questi atti, espressione di una regolazione cedevole e informale, insofferenti a principi e regole che presiedono alla individuazione delle fonti – impropriamente definiti di *soft law*⁴⁵ – possono, però, essere considerati “fonti di fatto”, in quanto hanno la capacità di imporsi nell’ordinamento non perché sia questo a prevederlo, ma perché promanano da soggetti quali, appunto, le Autorità amministrative indipendenti che, per la sola loro autorevolezza, possono incidere, tramite essi, sui propri settori di competenza.

Le perplessità relative alla tipologia degli atti di *soft law* nascono principalmente dalla consapevolezza che essi non si formano sulla base del procedimento disciplinato per le fonti ordinarie di tipo primario e secondario, di c.d. legalità sostanziale, garantito innanzitutto dall’elemento della legittimazione democratica che appartiene al soggetto istituzionale da cui promanano, ma seguono un procedimento proprio, che dovrebbe compensare l’assenza di legalità sostanziale attraverso strumenti di legalità procedurale, quali la partecipazione e la motivazione, necessari proprio per la natura e la nascita delle Autorità da cui promanano, ma che, nonostante ciò, sono riconosciuti e rispettati dai consociati a cui sono indirizzati.

Infatti, per giustificare il ruolo ed i poteri delle Autorità amministrative indipendenti anche rispetto alla emanazione di atti di *soft law*, come ampiamente evidenziato, in sostituzione della dialettica propria delle struttu-

ta Ufficiale; mentre gli altri atti a carattere puntuale, di competenza delle medesime autorità, in genere vengono pubblicati nelle forme di pubblicazione interna.

⁴⁵ Cfr. M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, cit., 57.

re rappresentative, deve farsi ricorso ad una tutela garantita in virtù del “procedimento partecipativo” quale strumento della partecipazione dei soggetti interessati. In pratica, il rispetto delle garanzie procedurali e del principio del contraddittorio è richiesto per tutte le tipologie degli atti adottati dalle Autorità indipendenti ma, con riguardo all’esercizio delle potestà normative, la partecipazione dei privati al relativo procedimento si connota di significati quale, in particolare, l’assunzione di una “legittimazione democratica dal basso”. In tal modo il “vizio” del mancato rispetto della legalità sostanziale che consegue all’ampia ed indeterminata delega di potestà normativa conferita dalla legge alle Autorità indipendenti viene ad essere superato grazie alla partecipazione attiva al relativo procedimento dei soggetti interessati che, a questo fine, godono di specifiche garanzie tutelate giurisdizionalmente.

Del resto, si è evidenziato, nelle pagine che precedono, che quasi tutti i procedimenti che si svolgono dinanzi alle Autorità sono caratterizzati da un’ampia garanzia del rispetto di tali principi, dando vita a forme di “contraddittorio verticale⁴⁶” e “contraddittorio orizzontale⁴⁷”. Ovviamente, le garanzie procedurali operano non solo per gli interessati, ma anche per i terzi controinteressati cui la giurisprudenza ha riconosciuto il diritto a partecipare al relativo procedimento anche con riguardo ai cc.dd. “provvedimenti negativi” delle Autorità indipendenti.

Infatti, l’art. 23 della l. n. 262/2005⁴⁸, cui si è già fatto cenno, ha previsto che gli atti di natura regolamentare o di contenuto generale (ad esclusione di quelli attinenti all’organizzazione interna) della Banca d’Italia, della Consob, dell’Isvap e della Covip “*devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia cui vertono*”. L’obbligo della motivazione è un principio applicabile a tutti gli atti normativi delle Autorità indipendenti, che siano normativi o amministrativi generali, ed il regolamento di procedura di ciascuna di esse lo ha recepito. Esso impone all’Autorità di esplicitare, in contrad-

⁴⁶ In relazione alle garanzie poste a tutela del diritto di difesa dei soggetti, singoli o imprese, che vengono a trovarsi coinvolti dall’esercizio di poteri della singola autorità.

⁴⁷ Con riguardo più specifico alle forma di “partecipazione collaborativa” svolta dai soggetti interessati, in rappresentanza dei vari interessi, in particolare con riguardo alle funzioni di *regulation* delle autorità amministrative indipendenti.

⁴⁸ “Procedimento per l’adozione di atti regolamentari generali”.

dittorio con gli interessati, le ragioni delle proprie scelte e di giustificare il proprio intervento⁴⁹. Sulla motivazione della delibera finale e sui documenti prodotti durante il procedimento di formazione dell'atto normativo si svolge, poi, il controllo giurisdizionale degli atti normativi stessi, finalizzato a verificare che non vengano lesi gli interessi dei destinatari di essi⁵⁰. Grazie a tale controllo, la giurisprudenza amministrativa ha potuto tracciare le linee fondamentali di legittimità dell'attribuzione di poteri normativi alle Autorità indipendenti ed elaborare importanti orientamenti interpretativi.

Il secondo comma del citato art. 23 aggiunge, inoltre, che tali atti devono essere accompagnati da una relazione volta ad illustrarne le conseguenze sulla regolamentazione in generale, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori. Questa disposizione codifica un principio generale destinato a guidare le Autorità indipendenti nella determinazione del contenuto "degli atti di regolazione generale". Si tratta del principio di proporzionalità che viene definito come "criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minor sacrificio degli interessi dei destinatari". La consultazione degli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori rappresenta, dunque, un obbligo che il legislatore impone alle Autorità, aggiungendo ad esso la sottoposizione a revisione periodica del contenuto dei rispettivi atti di regolazione al fine di adeguarli alla evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori. Inoltre, attraverso i regolamenti, le Autorità disciplinano le modalità di applicazione dei principi elencati nel suddetto art. 23, con l'ulteriore onere di indicare i casi di necessità ed urgenza o le ragioni di riservatezza che possono derogare ai detti principi. Tale potere accresce la loro autonomia normativa.

Dalla legislazione nazionale sembra emergere, dunque, un orientamento che rafforza la potestà normativa delle Autorità indipendenti, da un lato imponendo la tendenza verso la predisposizione di formule partecipative

⁴⁹ R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, cit.

⁵⁰ P. DE LISE, *Audizione nell'indagine conoscitiva sulle Autorità Amministrative Indipendenti in corso dinanzi alle Camera dei Deputati*, in *giustiziaamministrativa.it.*, Roma, 6.4.2011.

volte ad assicurare un ampio ed incisivo coinvolgimento nel relativo processo decisionale dei soggetti destinatari dell'attività di regolazione; e dall'altro, prevedendo strumenti finalizzati al miglioramento della qualità degli atti normativi delle Autorità con riguardo all'adeguatezza degli stessi alle esigenze concrete da regolare. E se la partecipazione degli interessati assicura ai processi decisionali una adeguata ponderazione, l'analisi di impatto della regolazione (Air) impone alle Autorità indipendenti una valutazione *ex ante* dei possibili effetti dell'atto normativo in corso di adozione con riguardo ai concreti interessi regolati.

Le Autorità esercitano i poteri normativi per loro stessa natura al fine di regolare e 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”*⁵¹, ed è a questo fine che la giurisprudenza richiede il rispetto del giusto procedimento, della partecipazione al medesimo e della motivazione degli atti dell'Autorità. Infatti, solo grazie ai procedimenti partecipati da tutti i soggetti interessati e attraverso l'adozione di atti adeguatamente motivati in merito alle scelte adottate, si ottiene quella trasparenza che consente alle Autorità amministrative indipendenti di giustificare i propri poteri regolatori, dal momento che, altrimenti, esse sono da considerarsi *“poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri ed al di fuori del criterio di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost.”*⁵². Ed il giudice può spingersi a controllare sino all'analisi economica e di altro tipo compiuta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche da questa compiute, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame⁵³.

⁵¹ Il Tar Lazio, sez. I, con la sent. n. 2687/2008, ha affermato che *“fermo restando il principio di legalità, le norme secondarie emanate da tali organismi ... sono annullabili dal giudice amministrativo solo ove contrastino con i principi generali della materia o con gli obiettivi della vigilanza stessa, ovvero non rispettino il principio di proporzionalità, ovvero non siano emanate all'esito di procedure di consultazione aperte e trasparenti. Al di fuori di tali ipotesi generali, e salvo il contrasto con specifiche disposizioni di legge, il merito delle scelte effettuate fuoriesce dal controllo giurisdizionale”*. In tal senso si sono espresse anche sempre la sez. I del TAR Lazio con la sent. n. 7549/2008 e la sez. VI del Cons. Stato, con le sentt. nn. 1054/2003 e 5156/2002.

⁵² TAR Lombardia, sez. III, 3.1.2011, n. 1.

⁵³ A tal proposito si evidenzia che il Cons. Stato, sez. VI, sent. 26.3.2015, n. 1596, ha

Specificamente rispetto agli atti di *soft law*, poi, nella disamina sui poteri normativi di ciascuna Autorità si è visto che non ne esiste una tipologia unica e, soprattutto, che esse non si avvalgono tutte degli stessi atti; ognuna interagisce con il settore di sua competenza tramite lo strumento che appare più funzionale a gestirne e monitorarne le problematiche. Istruzioni, comunicazioni, indirizzi interpretativi, indicazioni, rappresentano solo una parte di quegli atti appartenenti al vasto armamentario a disposizione delle Autorità, che si concreta nell'esercizio di un efficace potere normativo che si svolge in modo destrutturato e talvolta non procedimentalizzato.

La natura "particolare" di tali atti – che, proprio perché si formano "sul campo" e rappresentano la testimonianza più concreta dell'andamento del mercato, sono in grado perfino di indirizzare il legislatore circa la opportunità/necessità di emanare nuove norme o di modificare quelle già esistenti, conferma le riflessioni evidenziate all'inizio di questo lavoro, e cioè che le funzioni normative delle Autorità non potrebbero mai essere "semplicemente" attribuite in capo ad altri soggetti dell'ordinamento, perché il livello di competenza tecnica garantito dalle Autorità indipendenti non è riscontrabile in nessun altro di essi, compreso il Parlamento.

Le Autorità indipendenti sono gli unici soggetti che possono assolvere alla regolazione dei mercati – le cui logiche sono prevalenti rispetto a qualsiasi altra – e, in ragione di ciò, possono agire incontrastate nell'ambito del proprio settore di competenza.

dichiarato illegittimo il Regolamento Consob relativo al procedimento di irrogazione delle sanzioni per mancato rispetto del principio del contraddittorio. In tale sentenza, il Giudice ha affermato che *"la giurisprudenza nazionale ha, ormai da tempo, elaborato il principio del 'giusto procedimento' (riconoscendone, entro certi limiti, anche la valenza costituzionale, cfr. Corte Cost. 25 marzo 2017, n. 103) in forza del quale ogni procedimento amministrativo deve svolgersi nel rispetto di un nucleo irriducibile di garanzie procedurali che assicurino, fra l'altro, la partecipazione degli interessati ed il conseguente contraddittorio endoprocedimentale, la conoscenza degli atti del procedimento, il diritto di difesa, l'obbligo di motivazione"*. Inoltre, esso ha riconosciuto che *"vi è nell'ordinamento nazionale una crescente tendenza ad assimilare il "giusto procedimento" al "giusto processo", anticipando, già in sede procedimentale, molte garanzie tradizionalmente tipiche del processo e dell'esercizio della giurisdizione"*.

Ciò ha indotto la Consob, con delibera n. 19521 del febbraio 2016, a riconoscere agli interessati che si siano difesi durante la vicenda procedimentale, il diritto di ricevere la relazione finale e di avanzare entro trenta giorni dalla ricezione della stessa proprie controdeduzioni rispetto alle valutazioni prese dall'ufficio con ciò garantendo un contraddittorio pieno anche nella fase propriamente decisoria della procedura.

Ma soprattutto – ed è questo l’aspetto che ci si sente di sottolineare maggiormente in conclusione – il costante sviluppo delle Autorità amministrative indipendenti nel nostro ordinamento è indissolubilmente legato al progressivo potenziamento della loro attività normativa, e quanto sostenuto all’inizio del presente lavoro trova assolutamente conferma dopo l’indagine effettuata. E cioè che i poteri delle *Authorities* supportanti la funzione di regolazione di organismi di evidente ispirazione amministrativa non possono essere esaminati limitatamente alla sfera del diritto amministrativo, ma vanno letti e considerati anche estendendosi al campo del diritto costituzionale, atteso che essi sono finalizzati alla tutela dei diritti e delle libertà disciplinati dalla nostra Costituzione.

Bibliografia

- AA.VV., *Les autorités administratives indépendantes*, a cura di C.A. COLLIARD-G. TIMSIT, Paris, 1988.
- AA.VV., *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. CERULLI IRELLI-G. MORBIDELLI, Torino, 1994.
- AA.VV., *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti*, a cura di F. FRANCIANO, Atti del Convegno di Siena, 31.5.-1.6.2002, Milano, 2003.
- AA.VV., *Giustizia costituzionale*, a cura di G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, Bologna, 2012.
- ABBAMONTE G., *Profili costituzionali sul ruolo dell'amministrazione*, in D. MARONGIU-G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Milano, 1992, 35.
- AINIS M., *The Italian Competition Authority's maieutic role*, in *Riv. it. Antitrust*, n. 2/2016, 140 ss.
- ALBANESI E., *I decreti del Governo "di natura non regolamentare". Un percorso interpretativo*, in M. CATARBIA-E. LAMARQUE-P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Atti del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11.6.2011, Torino, 2011.
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.
- ALLEGRETTI U., *Democrazia partecipativa*, Firenze, 2010.
- ALLEGRETTI U., *La Costituzione interpretata dalla Pubblica Amministrazione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2, 2018, 37.
- ALPA G., *I poteri regolamentari delle Autorità amministrative indipendenti e la disciplina dei contratti*, in *Istituzioni, mercati e democrazia*, Torino, 2002, 11.
- AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni cost.*, 1992, *passim*.
- AMATO G., *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645 ss.
- AMOROSINO S., *Funzioni e poteri della Consob nouvelle*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 137 ss.
- AMORTH A., *Impugnabilità e disapplicazione dei regolamenti e degli atti generali*, in *Cons. Stato*, 1964, II, 373 ss.

- ANGELINI F., *Autorità di garanzia e il difensore civico*, in V. ATRIPALDI-R. BIFULCO (a cura di), *La Commissione parlamentare per le riforme costituzionali della XII legislatura*, Torino, 1998, 639.
- APERIO BELLA F., *Gli “organi di ricorso” in materia di affidamento di contratti pubblici nell’ordinamento italiano e tedesco: poteri decisori differenziati tra parere di precontenzioso Anac e pronunce delle Vergabekammern*, in *www.diritto-amministrativo.org*, 2017, 10.
- ATTANASIO A., *L’ambito della sindacabilità in tema di discrezionalità tecnica esercitata dalle autorità indipendenti (Nota a TAR Lombardia, sez. IV, 10 luglio 2007, n. 5362)*, in *Merito*, fasc. 1, 2008, 87 ss.
- AUTIN J.L., *Le Autorità Amministrative Indipendenti in Francia*, in V. PEPE-L. COLELLA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica. Esperienze europee ed extraeuropee*, Napoli, 2011, 68 ss.
- BOSCHETTI B., *Soft law e normatività: un’analisi comparata*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, n. 2, 2016, 33 ss.
- BACHELET V., *L’attività tecnica della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1967.
- BACHELET V., *Evoluzione del ruolo e della strutture della Pubblica Amministrazione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977.
- BALBONI E., *Amministrazione giustiziale*, Padova, 1986.
- BALLA S.J.-DANIELS B.M., *Information technology and public commenting on agency regulations*, in *Regulation & Governance*, 2007, n. 1, 46.
- BARBERA A., *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in *Quaderni riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 2/1997, 89.
- BARRA CARACCILO L., *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell’ordinamento U.S.A. Profili comparativi con l’esperienza italiana*, Torino, 1997.
- BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001.
- BATTINI S., *Il principio di separazione fra politica e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 41 ss.
- BATTINI S.-VESPERINI G., *L’indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale*, in M. D’ALBERTI-A. PAINO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, 2010, 62 ss.
- BEIERLE T.C., *Discussing the Rules: Electronic Rulemaking and Democratic Deliberation, Resources for the Future*, Washington, 2003.
- BENETAZZO C., *I nuovi poteri “regolatori” e di precontenzioso dell’Anac nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, n. 5/2018, 17.
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 145.
- BENVENUTI F., *L’impugnazione dei regolamenti*, in *Foro amm.*, 1982, I, 536 ss.

- BENVENUTI F., *Pubblica Amministrazione e legalità*, in *La cultura della legalità*, Roma, 1992, 131.
- BENVENUTI F., *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994.
- BENVENUTI F., *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996.
- BERTI G., *La Pubblica Amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.
- BERTI G., *Principi fondamentali*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, sub Art. 5, Bologna-Roma, 1975, 290.
- BERTI G., *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Bologna, 1986.
- BERTI G., *L'amministrazione come libertà (dalla politica)*, in ACCADEMIA NAZIONALE DEI LINCEI, *Lo stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Milano, 1994, 383 ss.
- BETANCOR RODRÌGUEZ A., *Las administraciones independientes*, Madrid, 1994.
- BILANCIA P., *Autorità normativa delle Autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le Autorità indipendenti*, Milano, 1999, 148.
- BILANCIA P., *Riflessi del potere normativo delle Autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, fasc. 2, 1999, 251.
- BIN R., *Ordine giuridico e ordine politico nel diritto costituzionale globale*, in P. CARTA-F. CORTESE (a cura di), *Ordine giuridico e ordine politico: esperienze lessico e prospettive*, Padova, 2008, 157 ss.
- BIN R., *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nella società postmoderne*, Torino, 2009, 33 ss.
- BOGNETTI G., *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Torino, 2000.
- BOMBARDELLI M., *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Ius-publicum.com*, 2013, 15.
- BOMBARDELLI M., *La partecipazione procedimentale*, in A. BARTOLINI-L. FERRARA-A. PIOGGIA-D. SORACE (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze, 2017, 298 ss.
- BORSELLINO D., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, Padova, 2006.
- BRAIBANT G., *Le droit administratif française*, Paris, 1993.
- BRIGANTE V., *Contributo allo studio della corruzione nei contratti pubblici: precisazioni terminologiche e valutative, tra esigenze di uniformità nazionale e opportunità di declinazione locale*, in *Istituzioni del Federalismo*, anno XV, 2019, 515.
- BRIGANTE V., *Critical assessments on the role and on the acts adopted by ANAC. The requirement to restore system coherence*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/2019, 39 ss.
- BRUZZONE G., *La consultazione nell'adozione degli atti di regolazione: esperienze delle autorità indipendenti e modelli di riferimento*, in *www.assonime.it.*, 2005.

- BUCALO M.E., *Autorità indipendenti soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, 2018.
- CAIANIELLO V., *I compiti della dirigenza amministrativa nel quadro costituzionale*, in *Giur. cost. it.*, 1993, IV, 266 ss.
- CAIANIELLO V., *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, 341 ss.
- CALIFANO L., *Le nuove linee guida del Garante privacy sulla trasparenza nella P.A.*, in www.forumcostituzionale.it.
- CAMMEO F., *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato di diritto amministrativo*, 1901, 217 ss.
- CANNADA BARTOLI E., *Disapplicazione di regolamenti da parte del Consiglio di Stato*, in *Giur. cost.*, 1959, 518 ss.
- CANTONE R.-BOVA C., *L'Anac alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici: un ponte verso il nuovo codice degli appalti?*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 166 ss.
- CANTONE R.-MERLONI F., *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015, *passim*.
- CAPRIGLIONE F.-MONTEDORO G., *Società e Borsa (Consob)*, in *Enc. dir., Aggiorn.*, VI, 2006, 1036.
- CAPUTI JAMBRENGHI P., *Il decreto legislativo 1° aprile 2016 n. 50*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro*, vol. I, Torino, 2017, 79 ss.
- CARAVITA B., *Le autorità indipendenti attraverso il prisma delle loro relazioni annuali*, in *Federalismi.it*, n. 16/2010, 6.
- CARBONE L., *Le Autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1, 2015, 2.
- CARBONETTI F., *Commissione nazionale per le società e la borsa – Consob*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988.
- CARDARELLI M.C., *Potere regolamentare della Consob – informazione e mercati regolamentati*, Milano, 2007.
- CARDI E., *Commento agli artt. 1-4 della L. 4 giugno 1985, n. 281*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1990, 293.
- CARDI E., *La Consob come istituzione comunitaria*, in F. BASSI-F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti. Il mercato dei valori mobiliari*, Milano, 1993, 99 ss.
- CARDI E., *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995, 6.
- CARDI E.-VALENTINO P., *L'istituzione Consob. Funzioni e struttura*, Milano, 1993.
- CARETTI P., *Art. 97 1° comma, Parte I Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Comm. cost.*, continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, 1 ss.

- CARETTI P., *Introduzione*, in *Osservatorio sulle fonti 2003-2004, I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2002, XV.
- CARIDDU M.A.-CALDIROLA D., *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, 13 ss.
- CARIDI E., *La Consob come istituzione. Note sulla soggettività giuridica della Commissione Nazionale per la società e la borsa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol., III, Milano, 1988, 265.
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008.
- CARLASSARE L., *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974.
- CARLASSARE L., *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XXXIX, Milano, 1988, 605 ss.
- CARLASSARE L., *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quaderni cost.*, 1990, 7 ss.
- CAROTTI B., *La Corte costituzionale torna sul finanziamento delle autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, 2018, 55 ss.
- CARROZZA P., *Governo e amministrazione*, in P. CARROZZA-A. DI GIOVINE-G.F. FERRARI, (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, II, 1052.
- CARROZZA P., *Tecnica e politica: la necessaria complementarietà*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, 88.
- CASAVOLA F.P., *Quale «statuto» per le Autorità indipendenti*, in *Quaderni riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 2/1997, 19.
- CASSESE S., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1968, 63.
- CASSESE S., *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983.
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989.
- CASSESE S., *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE-C. FRANCHINI, Bologna, 1996, 217 ss.
- CASSESE S., *Poteri indipendenti. Stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro it.*, 1996, V, 7.
- CASSESE S., *La disciplina del mercato dell'elettricità*, in *Rass. giur. ENEL*, 1997, 553 ss.
- CASSESE S., *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, 37 ss.
- CASSESE S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002.
- CASSESE S., *Dalla Sec alla Consob, ed oltre*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 903 ss.
- CAVALLO PERIN R., *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990.
- CECERE A.M., *Commento agli artt. 97 e 98*, in G. AMOROSO-V. CERBO-A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro*, vol. I, 2009, 481 ss.

- CELONE C., *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012.
- CERASOLI U., *Autorità amministrative indipendenti nel diritto europeo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2008, 62 ss.
- CERRI A., *Regolamenti*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, 1991.
- CERRI A., *Principi di legalità, imparzialità ed efficienza*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 172.
- CERULLI IRELLI V., *Premesse problematiche allo studio delle amministrazioni indipendenti*, in F. BASSI-G. MERUSI (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, 1993, 16.
- CERULLI IRELLI V., *Autorità indipendenti: c'è bisogno di una riforma?*, in ISEA, Roma, 2001.
- CERULLI IRELLI V., *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità*, in A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna, 2001, 54 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in *Costituzione e amministrazione*, Torino, 2002, 387.
- CERULLI IRELLI V., *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in *www.Astrid.it*, 2009, 1 ss.
- CERULLI IRELLI V., *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, *passim*.
- CERULLI IRELLI V.-MORBIDELLI G. (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994.
- CERVATI A.A., *Delegificazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1997, 1 ss.
- CHELI E., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967.
- CHELI E., *La sovranità, la funzione di Governo, l'indirizzo politico*, in G. AMATO-A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1991, 13.
- CHELI E., *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 11*, Torino, 2000, 130.
- CHELI E., *Parlamento e autorità indipendenti*, in *Atti del XV Convegno dei Costituzionalisti*, Firenze 12-14 ottobre, 2000, Padova, 2001, 321 ss.
- CHELI E., *Le autorità amministrative indipendenti e le prospettive di una loro riforma*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 13*, Torino, 2003, 78.
- CHELI E., *L'innesto costituzionale delle autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, in *www.astrid-online.it*, 2006.
- CHELI E.-AMATO G., *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. dir., Aggiorn.*, vol. IV, Milano, 2000, 99 ss.

- CHIARELLI M., *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida Anac*, in *Federalismi.it*, n. 3/2019, 4.
- CHIEPPA R., *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. sc. sup. econ. e fin.*, 2005, 3.
- CHIEPPA R., *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in *Giustamm.it*, 2005, *passim*.
- CHIEPPA R., *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in *www.giustizia-amministrativa.it.*, 2006, *passim*.
- CHIEPPA R., *Poteri esercitati, Procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in G.P. CIRILLO-R. CHIEPPA (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 2011, 1.
- CHIEPPA R., *Regolazione e sindacato giurisdizionale*, in C. CONTESSA-P. DEL VECCHIO, *La regolazione dei mercati di settore tra Autorità indipendenti e organismi europei*, Milano, 2012.
- CHITI E., *European agencies Rule Making, Powers, Procedures and Assessment*, in *European Law Journal*, 2013, 93 ss.
- CHITI M.P., *Partecipazione popolare e Pubblica Amministrazione*, Pisa, 1977.
- CHITI M.P., *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679.
- CHITI M.P., *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, n. 4, 2016, 443.
- CINTIOLI F., *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 43 ss.
- CINTIOLI F., *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in *www.giustizia amministrativa.it*, 2003.
- CINTIOLI F., *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, 2007.
- CINTIOLI F., *La disapplicazione*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, III ed., Milano, 2015, 1428 ss.
- CINTIOLI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di Anac, Relazione tenuta al convegno L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma "Madia"*, tenutosi a Lecce, 28 e 29.10.2016, in <http://italiappalti.it/>.
- CINTIOLI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2017, 385 ss.
- CINTIOLI F., *Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli e le autorità amministrative indipendenti, ieri e oggi*, in *Federalismi.it*, n. 12/2019, 8.

- CIRIELLI P., *La completa liberalizzazione dei mercati energetici (commento al d.l. 18 giugno 2007, n. 73)*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 280 ss.
- CIRILLO G.P., *Appunti per una ricerca sulla natura giuridica delle autorità amministrative indipendenti*, in *Cons. Stato*, 2002, II, 71 ss.
- CLARICH M., *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999.
- CLARICH M., *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm.-TAR*, 2002, n. 11, 3858 ss.
- CLARICH M., *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Riv. impr. soc.*, 2003, 47.
- CLARICH M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss.
- CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.
- CLARICH M., *I procedimenti e le forme di collaborazione tra autorità di vigilanza*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2007, 313.
- CLARIZIA A., *Autorità indipendenti e ordinamento comunitario. Il sistema anti-trust dopo il regolamento 1/2003*, in *www.giustamm.it*, n. 9/2006.
- CLEMENTE DI SAN LUCA G., *Problematicità dei tratti caratterizzanti e prospettive di classificazione sistematica, delle autorità indipendenti. Una sintesi ricognitiva*, in ID. (a cura di), *Le autorità indipendenti. Una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, Torino, 2002, 272 ss.
- CLEMENTE DI SAN LUCA G., *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003.
- CLEMENTE DI SAN LUCA G., *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, 2012.
- CLEMENTE DI SAN LUCA G., *Funzione di regolazione e indipendenza del soggetto regolatore*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 1-2, 2015, 377.
- COCOZZA F., *Costituzione economica e sistema delle fonti*, in ID., *Diritto applicato all'economia*, Torino, 2003, 183 ss.
- COCOZZA G., *Riflessioni sul controllo giurisdizionale nei confronti dei regolamenti e degli atti amministrativi generali*, in *Federalismi.it*, numero speciale, n. 2/2017.
- COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993.
- COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.
- COLAVECCHIO A., *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario. Alla ricerca di un giusto bilanciamento fra regole di concorrenza ed esigenze di servizio pubblico*, Bari, 2000.
- CONTIERI A., *Principio di buon andamento e vizi dell'atto amministrativo*, in A.

- CONTIERI-F. FRANCIARIO-M. IMMORDINO-A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, vol. II, Napoli, 2010, 95 ss.
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006.
- CORSO G., *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI, (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 15 ss.
- COSTANZO P., *Quale tutela del diritto d'autore in internet?*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2015, 2343 ss.
- CRISAFULLI V., *Atto normativo, ad vocem*, vol. IV, Milano, 1959, 239 ss.
- CRISAFULLI V., *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 804 ss.
- CRISAFULLI V., *Fonti del diritto*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1969, 925.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, V ed., Padova, 1985.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale italiano, II, L'ordinamento costituzionale. Le fonti normative*, Padova, 1993.
- CRISCI S., *La proliferazione delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Cons. Stato*, 1995, II, 787.
- CUNIBERTI M., *Autorità indipendenti e Costituzione*, in *Riv. dir. cost.*, 2002, 45 ss.
- CUNIBERTI M., *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007.
- CUOCOLO L., *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Dir. econ.*, 2001, 19 ss.
- CUSHMAN R.E., *The independent regulatory commissions*, New York-London, 1941.
- D'ALBERTI M., *Autorità indipendenti (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995.
- D'ALBERTI M., *Le autorità indipendenti: quali garanzie?*, in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 158.
- D'ALBERTI M., *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 171 ss.
- D'ALBERTI M., *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2013, 607 ss.
- D'ALESSANDRO F., *Autorità di vigilanza sul mercato finanziario e diritto penale*, Milano, 2012.
- D'ALTERIO E., *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, n. 4/2016, 503.
- D'AMICO M., *Legalità (dir. cost.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 3365.
- D'ARIENZO M.C., *I poteri d'intervento dell'Anac nella fase precontenziosa: cri-*

- icità e prospettive alla luce della recente revisione dell'art. 211 del D.lgs. n. 50/2016*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 2/2018, 555, nota 26.
- D'ATENA A., voce *Ignoranza della legge*, in *Enc. dir.*, vol. XX, 1970, 13 ss.
- D'ATENA A., *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997, 3081 ss.
- DE BENEDETTO B., voce *Autorità indipendenti*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario dir. pubbl.*, I, Milano 2006, 588 ss.
- DE BENEDETTO M., *L'Autorità garante delle concorrenza e del mercato*, Bologna, 2000.
- DE BERNARDIN L., *Soft law*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. 4, Milano, 2006, 5605.
- DE FIORES C., *La Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero. Bilancio e prospettive a venticinque anni dalla sua istituzione*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 1-2, 2015, 76.
- DE LISE P., *Audizione nell'indagine conoscitiva sulle Autorità Amministrative Indipendenti in corso dinanzi alle Camera dei Deputati*, Roma, 6.4.2011, in *giustizia-amministrativa.it*.
- DE LUCIA L., *La regolazione amministrativa de servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002.
- DE LUCIA L.-MINERVINI V., *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Concorrenza e mercati*, 2011, 513 ss.
- DE MARIA B., *I poteri normativi delle autorità indipendenti: aspetti costituzionali*, Napoli, 2003.
- DE MINICO G., *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, Padova, 1997.
- DE MINICO G., *Lineamenti del potere regolamentare della Consob*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, Torino, 1997, 213 ss.
- DE MINICO G., *Profili sistematici dei procedimenti dinnanzi all' "Antitrust"*, a cura di F.B. SEVERI, Milano, 1998, 13 ss.
- DE MINICO G., *Regole, comando e consenso*, Torino, 2004.
- DE MINICO G., *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Osservatorio delle fonti*, n. 1/2012, 6.
- DE MINICO G., *Il potere regolativo delle autorità indipendenti: Italia ed Europa a confronto*, in C. IANNELLO, *Le autorità indipendenti tra funzioni regolativa e Judicial review*, Napoli, 2018, 41.
- DE NICTOLIS R., *Il rito abbreviato comune a determinate materie nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia.amministrativa.it*, 23.9.2010.
- DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

- DE SIERVO U., *Lo sfuggente potere regolamentare del Governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 della legge n. 400/1988)*, in *Scritti per Mario Nigro. Stato e Amministrazione*, Milano, 1991, 279 ss.
- DE SIERVO U., *Lo sfuggente potere regolamentare*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. I, *Stato e amministrazione*, Milano, 1991, 277 ss.
- DE VALLES A., *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. II, Milano, 1963.
- DE VERGOTTINI G., *L'autorità di regolazione dei servizi pubblici e il sistema costituzionale dei pubblici poteri*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1995.
- DE VERGOTTINI G., *Attività regolatoria e autorità indipendenti: l'autorità per l'energia ed il gas*, in *Responsabilità, comunicazione impresa*, fasc. 2, 1996, 241 ss.
- DEL GATTO S., *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, n. 9/2010, 947 ss.
- DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000.
- DELLA CANANEA G., *Complementarietà e competizione tra le autorità indipendenti*, in *www.Federalismi.it*, n. 22, 2010, e in P. BARUCCI-C. RABITTI BEOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010.
- DENTI V., *La tutela della riservatezza: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 748.
- DEODATO C., *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in *Giustamm.it*, n. 4/2016, 7 ss.
- DEODATO C., *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'Anac*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2017, 22.
- DI COSIMO G., *I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Milano, 2005.
- DI NOCE A., *Antitrust e regolazione nelle decisioni con impegni in materia di energia*, in *Mercato concorrenza regole*, 2011, 333 ss.
- DI PACE R., *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino, 2011.
- DI PIETRO A., *La nuova Consob: ruolo, competenze e problemi ancora aperti*, in *Dir. econ.*, 2008, 85 ss.
- DI PORTO, *Del ripristino delle leggi e di altri atti del Governo più o meno delegificati*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2012.
- DOGLIANI M., *Il ruolo della Corte costituzionale nel processo di formalizzazione dell'ordinamento giuridico*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 11, Torino, 2000, 145.
- DOGLIANI M., *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 19.

- DOMENICHELLI V., *Giurisdizione esclusiva e disapplicazione dell'atto amministrativo invalido*, in *Jus*, 1983, 163 ss.
- DONATI F., *L'ordinamento amministrativo delle telecomunicazioni*, Torino, 2007.
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927.
- DURANTE F., *I regolamenti della Consob sostanzialmente indipendenti*, in *www.altalex.it*, 27.5.2004.
- FACONDI L., *Le fonti secondarie in materia di appalti dopo lo Sblocca Cantieri: le sorti delle Linee guida Anac ed il ritorno al Regolamento unico*, su <https://www.diritto.it> › *Appalti pubblici* › *Approfondimenti* › Focus del 13.11.2019.
- FALCON G., *Il primo, il secondo e il terzo garante nei settori dell'editoria e della radiodiffusione*, in F. MERUSI-F. BASSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 96.
- FARACCHIO C., *Telefonia e controversie: regolamento AGCOM*, in *Consumatori, diritti e mercato*, n. 1, 2012, 108.
- FERNÁNDEZ ROJAS G., *Las administraciones independientes de regulación y supervisión en España*, in *Universitas*, n. 109, 2005, 419-460.
- FERRARA R., *Legge e regolamento: noterelle critiche a proposito di un'antica "querelle"*, in *Foro.it*, 2000, III, 505 ss.
- FERRARA R., *Principio di buon andamento tra forma e sostanza*, in A. CONTIERI-F. FRANCIOSI-M. IMMORDINO-A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010.
- FERRARI C.-AIROLDI M., *La disapplicazione del regolamento da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 27 ss.
- FILICE M., *Gli sviluppi del controllo giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, n. 6/2018, 790.
- FIorentini L., *Autorità garante della concorrenza e del mercato e tutela dei consumatori*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 1040 ss.
- FOÀ S., *La Commissione di garanzia per l'esercizio del diritto di sciopero nel quadro delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, 1995, 233 ss.
- FOÀ S., *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002.
- FOGLIA M., *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni reg.*, n. 2/2008, 568.
- FOIS S., *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973.
- FOLLIERI E., *Giustizia amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 287 ss.
- FORTE P., *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005.
- FORTSTHOFF E., *Rechtsfragen der leistendem Verwaltung*, Stuttgart, 1959.
- FOSTER N., *Eu Law*, Oxford, 2015.

- FRACCHIA F., *Giudice amministrativo ed energia: il sindacato del Tar Lombardia sugli atti dell'Autorità per l'energia e il gas*, in *Dir. econ.*, 2007, 631 ss.
- FRACCHIA F., *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Dir. econ.*, n. 3, 2015, 483 ss.
- FRAGALE E.N., *La distinzione tra politica e amministrazione: un modello da perfezionare?*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 827 ss.
- FRANCHINI C., *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 549 ss.
- FRANCHINI C., *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 72.
- FREGO LUPPI S.A., *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999.
- FREGO LUPPI S.A., *L'amministrazione regolatore*, Bologna, 2000.
- FRENI E., *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1999.
- FRENI E., *Le sanzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Padova, 2011, 851 ss.
- FROSINI A., *Gli atti normativi del Garante per la promozione dei dati personali*, in *Giur. cost.*, 2014, 3704 ss.
- FROSINI A., *Il coordinamento tra Parlamenti nazionali e Autorità Indipendenti: il caso delle Autorità garanti per la Protezione dei dati personali*, in *Nomos*, n. 1, 2016, 2.
- FURNO E., *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, numero speciale n. 2/2017, 16 ss.
- GALANTI E., *Norme delle autorità indipendenti e Regolamento del mercato: alcune riflessioni*, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di ricerca giuridica*, Roma, 1996, 37.
- GALBIATI R., *Autorità garanti–profili processuali*, in *Foro it.*, 1998, V, 43 ss.
- GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.
- GAMBARDELLA F., *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Foro amm.-CDS*, 2006.
- GAMBARDELLA F., *La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti: il caso paradigmatico del regolamento Agcom per la tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettrica*, in *Federalismi.it*, n. 2/2017, 15.
- GAMBINO A.M.-FALCE V.-STAZI A., *Pratiche commerciali scorrette*, in *Concorrenza e mercato*, in *Rivista annuale di concorrenza*, 2010, 241.
- GAROFOLI R.-FERRARA G., *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., Roma, 2016.
- GENTILE G.G., *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore (la parabola dell'energia)*, in *Rass. giur. ENEL*, 2001, 429 ss.

- GENTILE G.G., *Energia (energia elettrica: riforma)*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 2002.
- GENTONT M., *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, 1994.
- GHEZZI F.-PINI G.D., *Le nuove linee guida dell’Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Riv. soc.*, 2015, 1196 ss.
- GIANI L., *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002.
- GIANNELLI V., *Linee guida Anac e “fuga” dall’Esecutivo*, in *Forum quaderni cost.*, n. 9, 2018.
- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950.
- GIANNINI M.S., *Sui regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, LXXIII, 1950.
- GIANNINI M.S., *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 851 ss.
- GIANNINI M.S., *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, 20.
- GIANNINI M.S., *Sull’azione dei pubblici poteri nel campo dell’economia*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, 313 ss.
- GIANNINI M.S., *Voce atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 157 ss.
- GIANNINI M.S., *Parlamento e amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *L’amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1961, 5.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970.
- GIANNINI M.S., *Rapporto sui principali problemi dell’amministrazione dello Stato*, in *Foro.it*, 1979, 297 ss.
- GIANNINI M.S., *Consob*, in G.M. FLICK (a cura di), *Consob. L’istituzione e la legge penale*, Milano, 1987.
- GIANNINI M.S., *Regolamento (in generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 605 ss.
- GIANNINI M.S., *Gli ordinamenti sezionali rivisitati (traendo spunto dall’ordinamento creditizio)*, in S. AMOROSINO (a cura di), *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, Milano, 1991, 9 ss.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.
- GIARDINA A., *Principio di legalità e poteri impliciti nelle Comunità europee*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 475.
- GIRAUDI G.-RIGHETTINI M.S., *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell’efficienza*, Roma, 2001.
- GIUFFRÈ F., *Declino del Parlamento legislatore e crescita del potere d’inchiesta: la soluzione al problema della responsabilità delle autorità indipendenti?*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, 1999, 184 ss.

- GIUFFRÈ F., *Le autorità indipendenti dello Stato di diritto: il caso dell'autorità nazionale Anticorruzione*, in *Federalismi.it*, n. 25/2016, 10.
- GIUFFRÈ G.A., *Le nuove dimensioni del regolamento. Il caso delle linee guida Anac*, in *Federalismi.it*, n. 2/2017, 7.
- GOODNOW F.G., *Principles of the administrative law of the United States*, New York-London, 1905.
- GRASSO G., *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006.
- GRECO F., *La potestà normativa delle Autorità Amministrative Indipendenti e la partecipazione ai procedimenti di regolazione*, in *Giustamm.it*, 2014, n. 9, 9.
- GUARINI C.P., *Contributo allo studi della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005.
- GUARINO G., *Responsabilità (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1343 ss.
- GUARINO G., *Verso l'Europa ovvero la fine della politica*, Milano, 1997.
- GUARINO G., *Le autorità garanti nel sistema giuridico*, in AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali, Atti di Convegno di Sorrento del 30 maggio 1997, a cura dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Padova, 1999, 35.
- GUASTINI R., voce *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, 85 ss.
- GUASTINI R., *Norma giuridica (tipi e classificazioni)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995.
- HANCHER L.-MORAN M., *Introduction: Regulation and Deregulation*, in *European Journal of Political Research*, 1989, 129.
- HARLOW C., *Next steps agencies and problems of accountability*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 1085.
- HOGWOOD B.W., *Sviluppi delle agenzie di regolazione in Gran Bretagna*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, 1991, 693 ss.
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, V ed., Milano, II rist., 1978.
- KELSEN H., *La democrazia*, Bologna, 1981.
- IELO D., *La nozione comunitaria di autorità indipendente*, in *Amministrare*, 2004, 287 ss.
- IEVA L., *Autorità indipendenti, tecnica e neutralità del potere*, in *Foro amm.*, 2001, n. 30, 71 ss.
- IMMORDINO M.-POLICE P. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003.

- INTERLANDI M., *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una storia difficile*, in *Diritti fondamentali.it*, fasc. 1, 2018, 8 ss.
- ITALIA V., *Le linee guida e le leggi*, Milano, 2016.
- JANNUZZI A., *La Consob. Caratteri e funzioni*, Milano, 1990.
- JENNY F., *Le autorità indipendenti: gli esempi francese e tedesco*, in ASSOCIAZIONE DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, 1997, 49 ss.
- LABRIOLA S., *Le autorità indipendenti. (Note preliminari)*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da Fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, 1999, 58.
- LAVAGNA C., *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, III, Padova, 1973, 1582.
- LAZZARA P., *La potestà regolamentare della Commissione Nazionale per le società e la borsa in materia d'intermediazione finanziaria*, in *Foro amm.*, fasc. 2, 2000, 703 ss.
- LAZZARA P., *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2015, 767.
- LAZZARA P., *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in L. FERRARA-SORACE D. (a cura di), *Atti del convegno, A 150 anni dalla unificazione amministrativa italiana. Studi*, vol. V, *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, 117.
- LEDDA F., *Poteri, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 373.
- LEONARDI A.-SPERANZA M.F., *Sull'indipendenza delle autorità amministrative*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2011, 39, 40, 41.
- LEONARDIS F., *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2019.
- LOMBARDI E.M., *Il potere sanzionatorio dell'Authority per le garanzie nelle comunicazioni: crimina sine lege o responsabilità da "irresponsabile" sanzione?*, in *Giust. civ.*, 2007, 1143.
- LOMBARDI R., *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995, 629 ss.
- LONGO F., *Ragioni e modalità delle istituzioni delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 13.
- LONGOBARDI N., *Le amministrazioni indipendenti*, in *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991.
- LONGOBARDI N., *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata*, Torino, 1999.

- LONGOBARDI N., *Le autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2004.
- LOPILATO V., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti nel processo amministrativo*, in R. CHIEPPA-V. LOPILATO (a cura di), *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 87 ss.
- LORELLO L., *Diritto di sciopero e servizi pubblici essenziali*, Torino, 2015.
- LUCARELLI A., *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione pubblicistica*, Padova, 1995.
- LUCARELLI A., *Il fondamento del potere regolamentare dei Comuni*, in *Quaderni cost.*, n. 2/2003, 357.
- LUCARELLI A., *Contributo alla teoria del sistema delle fonti. Ancora intorno al regolamento indipendente*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2018, 14.
- LUCHENA G., *Autorità indipendenti e Costituzione economica (note sparse)*, in C. IANNELLO (a cura di), *Le Autorità indipendenti tra funzione regolativa e Judicial review*, Napoli, 2018, 29.
- LUCIANI M., *Si alle leggi provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1995, 2608 ss.
- LUCIANI M. (a cura di), *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, 2011.
- MAGRA S., *Il soft law*, in *Cammino diritto*, n. 10, 2016, 2.
- MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994.
- MANETTI M., *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, 1997, IV, 1 ss.
- MANETTI M., *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Pol. dir.*, 1997, 675.
- MANETTI M., *Le autorità indipendenti*, Roma, 2007.
- MANETTI M., *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, 191 ss.
- MANETTI M., *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, in www.associazionecostituzionalisti.it, 2010.
- MANETTI M., *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in *Dir. cost.*, n. 1/2019, 58.
- MANFRELOTTI R., *Poteri normativi del Garante per le telecomunicazioni e tendenze della giurisprudenza costituzionale*, in V. COCOZZA-S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto costituzionale*, *Atti del Convegno*, 12-13.5.2000, Torino, 2001, II, 975 ss.
- MANFRELOTTI R., *Un altro mattone tolto dal muro: ancora a proposito della legittimazione dei regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. amm.*, 2007, 585.
- MANFRELOTTI R., *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato. Programmazione della concorrenza e modelli di tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012.

- MANFRELLOTTI R., *Lo Statuto costituzionale del Garante della concorrenza nella prospettiva dell'accesso alla Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2019, 479.
- MANGANARO F., *La giustizia innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. econ.*, 2010, 23 ss.
- MANTINI P., *Autorità nazionale anticorruzione e "soft law" nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, 2017.
- MARCANTONIO K., *Principio di legalità e concorrenza nel settore energetico: verso la convergenza regolatoria?*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 1117 ss.
- MARCENÒ V., *La potestà regolamentare: un bilancio delle scelte statutarie e della loro successiva attuazione*, in P. CARETTI-E. ROSSI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, 2009, Torino, 2010, 9 ss.
- MARCENÒ V., *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto normativo tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Giur. cost.*, 2011, n. 1, 999.
- MARCOU G., *Agences: les équivoques de la réforme de la gestion publique à la lumière des expérience française et étrangères*, in *Revue Française de Finances Publiques*, n. 105, 2009, 149 ss.
- MARI N., *Linee Guida Anac: la soft law e la gerarchia delle fonti*, in *ItaliAppalti*, 4.4.2017.
- MARONE F., *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2017, 763.
- MARTINES T., *Diritto costituzionale*, Milano, 2017.
- MARZOCCO A.M., *Riserva di legge in materia processuale e potere regolamentare dell'Agcom: l'individuazione delle controversie sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione nel Reg. 173/07/Cons*, in C. IANNELLO (a cura di), *Le autorità indipendenti tra funzione regolativa e judicial review*, Napoli, 2018, 202 ss.
- MARZONA N., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, Padova, 1988.
- MARZONA N., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 87 ss.
- MARZONA N., *La Consob e la regolazione del mercato mobiliare in Italia*, in *Jus*, 1991, 107 ss.
- MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.
- MARZUOLI C., *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 71 ss.
- MASSA M., *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Napoli, 2011.
- MASSA M., *I regolamenti ministeriali*, in *Federalismi.it*, numero speciale n. 2/2017, 10 ss.

- MASSERA A., "Autonomia" e "Indipendenza" nell'amministrazione dello Stato italiano, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, 449 ss.
- MASSERA A., *La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle autorità amministrative indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994, 34.
- MAZZAMUTO M., *L'atipicità delle fonti nel diritto Amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 683.
- MAZZAMUTO S., *Brevi note in tema di mezzi di tutela e di riparto della giurisdizione nelle attività di trattamento di dati personali*, in *Foro it.*, 1998, V, 51.
- MELIS G., *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, 1996.
- MERLONI F., *Amministrazione "neutrale" e amministrazione imparziale (a proposito dei rapporti tra "politica" e "amministrazione")*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 360.
- MERLONI F., *Fortuna e limiti delle c.d. autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. dir.*, 1997, 639 ss.
- MERUSI F., *I rapporti tra governo e amministrazione*, in S. CASSESE-G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione*, Bologna, 1993, 25 ss.
- MERUSI F., *La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle autorità amministrative indipendenti*, in S. CASSESE-F. FRANCHINI (a cura di), *La Pubblica Amministrazione italiana*, Bologna, 1994, 34.
- MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, 2000.
- MERUSI F., *Eguaglianza e legalità nelle autorità amministrative indipendenti*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, 11.
- MERUSI F., *Le Autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in F.A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001, 21.
- MERUSI F., *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 313.
- MERUSI F.-PASSARO M., *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.
- MERZ S., *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1355 ss.
- MIDIRI F., *Il diritto alla protezione dei dati personali*, Napoli, 2017.
- MILANI V., *Principio di legalità e poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Giornale dir. amm.*, 2003, 35.
- MINERVINI G., *La Consob. Lezioni di diritto del mercato finanziario*, Napoli, 1989.
- MODUGNO F., voce *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985.
- MODUGNO F., *Atti normativi*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1989, 15 ss.
- MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007.

- MODUGNO F.-CELOTTO A., *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Quaderni cost.*, 2003, 356.
- MODUGNO F.-NICCOLAI S., *Atti normativi*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1997.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, trad. a cura di S. Cotta, Torino, 1973.
- MORBIDELLI G., *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *"Impugnazione" e "disapplicazione" dei regolamenti*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 661 ss.
- MORBIDELLI G., *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, vol. I, Firenze, 1997, 145 ss.
- MORBIDELLI G., *Sul regime amministrativo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 165 ss.
- MORBIDELLI G., *Il potere regolamentare di Isvap dopo il Codice delle Assicurazioni*, in *Scritti in onore di Giovanni Grottanelli de Santi*, Milano, 2007, 599 ss.
- MORBIDELLI G., *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 704.
- MORBIDELLI G., *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, fasc. 3, 2016, 273.
- MORETTINI S., *Il soft law nelle autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in *www.osservatorioair.it*, P4/2011, 7 ss.
- MORRONE A.-CARUSO C., *La Commissione sullo sciopero come organo di garanzia politico-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2015, 16 ss.
- MORTATI C., *Atti con forza di legge e controllo di costituzionalità*, Milano, 1964.
- MORTATI C., *Contenuto e forma nella qualificazione e nel trattamento degli atti normativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 3.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975.
- MOSCARINI A., *Sui decreti del Governo di natura non regolamentare che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, n. 6, 5075.
- MOSTACCI L., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.
- MUNARI F., *Poteri di segnalazione, legge per la concorrenza, dialogo fra Autorità garante e istituzioni*, in P. RABITTI-C. BEDOGNI BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, I, 297.
- NAPOLITANO G., *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, 218.
- NAPOLITANO G., *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 230 ss.

- NAPOLITANO G.-BRESCIA M.A., *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 234.
- NAPOLITANO S., *La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Gazz. amm.*, n. 1, 2019, 159 ss.
- NERI V., *Disapplicazione delle linee guida Anac e rilevanza penale della loro violazione*, in *Urb. app.*, n. 2, 2018, 148.
- NICCOLAI S., *Quando nasce un potere*, in *Giur. cost.*, 1995, 1673.
- NICCOLAI S., *Le autorità indipendenti come potere di garanzia*, in *Rass. parl.*, 1998, 335 ss.
- NICODEMI S., *Gli atti normative delle autorità indipendenti*, Padova, 2002.
- NICOTRA I.A., *L'Autorità Nazionale Anticorruzione, e la soft regulation, nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in ID. (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Milano, 2016, 37-39.
- NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966.
- NIGRO M., *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2, 1980, 225.
- NIGRO M., *La Pubblica Amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, 163.
- NIGRO M., *Amministrazione pubblica (organizzazione della)*, in *Enc. giur.*, vol. III, 1988, 66.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, III, Bologna, 1993.
- PADULA C., *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubb.*, 2010, 398.
- PAJNO A., *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 109.
- PAJNO A., *Il giudice delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2004, 617 ss.
- PALADIN L., *Decreto legislativo*, in *Noviss. Dig. it.*, 1960, 297.
- PALADIN L., *Saggio sulle fonti del diritto italiano*, in *Quaderni cost.*, 1993, 252 ss.
- PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.
- PALADIN L., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Aggior.*, I, Milano, 1997, 889 ss.
- PANTALONE P., *Autorità indipendenti e matrici di legalità della legalità*, Napoli, 2018.
- PANTALONE P., *Organizzazione dei servizi sociali e partecipazione. Profili generali e considerazioni specifiche relative al caso della metropoli milanese*, in *Il diritto dell'economia*, n. 95, n. 1/2018, 53.
- PAOLANTONIO N., *Tipicità della determinazione amministrativa e fonti*, in *P.A.*

- Persona e Amministrazione. Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, n. 1, 2018, 6.
- PASSARO M., *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1994.
- PASTORE B., *Soft Law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e dir.*, 2003, 5 ss.
- PATRONI GRIFFI F., *Tipi di autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 31.
- PATRONI GRIFFI A., *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione nel dettato della Costituzione e nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2009, 3 ss.
- PATRONI GRIFFI A., *Le autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale; profili problematici di ieri e di oggi*, in *Rass. dir. dir. pubbl.*, nn. 1-2/2015.
- PATRONI GRIFFI F., *Il sindacato del Giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.
- PEREZ R., *Le next steps agencies e il riordino del sistema amministrativo inglese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 1344 ss.
- PEREZ R., *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 133.
- PERICU G., *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, *passim*.
- PERNA I., "Authorities" e contratto. Considerazioni sull'eteronomia regolamentare dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in *Nuove autonomie*, 1, 2017, 113 ss.
- PERONGINI S., *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, 41-50.
- PIAZZA G., *Natura giuridica del Garante per la protezione dei dati professionali*, a cura di F. SEVERO SEVERI, Milano, 1998, 91.
- PICCHI M., *Partecipazione e legalità procedurale nella sentenza della Corte costituzionale sul controllo per il finanziamento dell'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Quaderni cost.*, 2017, 913 ss.
- PINELLI C., *Art. 97, 1° 2° e 3° comma*, in *Comm. cost.*, a cura di G. BRANCA, continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, 252 ss.
- PINELLI C., *Cittadini, responsabilità politica e mercati globali*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 49.
- PIROZZOLLI A., *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Federalismi.it*, n. 23/2017, 3-4.
- PITRUZZELLA G., *Le fonti del diritto*, II, Torino, 2012.

- PIZZANELLI G., *Il ruolo dell'Anac nel nuovo codice dei contratti pubblici: verso la compiutezza di un modello?*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, 110 ss.
- PIZZORUSSO A., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008.
- PIZZORUSSO A., *Delle fonti del diritto, artt. 1-9 disp. prel.*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 2011.
- POGGI A., *"Soft law" nell'ordinamento comunitario*, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, *Annuario AIC 2005*, Padova, 2007, 369 ss.
- POLICE A., *I "nuovi" poteri dell'Autorità garante della concorrenza e le prospettive in termine di tutela giurisdizionale*, Milano, 2007.
- POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007.
- POLICE A., *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della "giurisdizione propria" del Consiglio di Stato*, in *P.A.*, n. 2/2018, 263 ss.
- POLITI F., *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, vol. III, 2001, 1 ss.
- POLITI F., *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur. Treccani, Aggiorn.*, vol. XXVI, Roma, 2002, 2.
- POLITI F., *La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, in N. LONGOBARDI (a cura di), Torino, 2004.
- PORTALURI G., *Il principio di imparzialità e i modelli organizzativi. Le Autorità amministrative indipendenti*, in R. CAVALLO PERIN-A. POLICE-F. SAITTA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, I, Firenze, 2016, 301.
- POSTERARO N., *Autorità amministrative indipendenti, attività di regolazione e neocorporativismo: forme e limiti della partecipazione degli interessati al procedimento*, in *Dike kai nomos*, anno 4, n. 10 (marzo 2016-settembre 2016), 146.
- POTO M., *Autorità amministrative indipendenti*, in *Dig. disc. pubbl., Aggiorn.*, Torino, 2008, I, 54 ss.
- POTOTSCHINIG U., *Art. 97, 3° comma, sezione II Cost.*, in *Comm. cost.*, a cura di G. BRANCA, continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, 361.
- PREDIERI A., *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, vol. IV, Modena, 1996, 1413 ss.
- PREDIERI A., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.
- PRETO-B. CAROTTI, *Il sindacato giurisdizionale sulle Autorità indipendenti: il caso di AGCOM*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 123 ss.
- PRINCIPATO L., *La responsabilità politica per fatto delle autorità amministrati-*

- ve indipendenti, in G. AZZARITI (a cura di), *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità*, Torino, 2005, 198.
- PROFILI D., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida Anac tra effettività e ragionevolezza*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2018, 1298.
- PROIETTI R., *Le principali novità in tema di contratti e concessioni pubbliche*, in *Corr. giur.*, fasc. 8-9, 2016, 1041 ss.
- PUBUSA A., *Diritti dei cittadini e Pubblica Amministrazione*, Torino, 1998.
- PUCCHINI G., *La potestà regolamentare nell'esperienza italiana: osservazioni e spunti critici sugli sviluppi del dibattito scientifico*, in P. CARETTI-U. DE SIERVO (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione. Profili comparatistici*, Bologna, 1991, 228 ss.
- PUCCHINI G., *Osservazioni in tema di applicazione del principio del giusto procedimento agli atti normativi delle autorità indipendenti*, in P. CARETTI-M.C. GRISOLIA (a cura di), *Lo Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 420-421.
- PULIATTI D., *Le Linee Guida Anac dopo il D.L. 32/2019 (c.d. "Sblocca cantieri"): l'amplificazione mediatica e la diffusa mancata consapevolezza della struttura e degli effetti del soft law nell'ambito dei contratti pubblici*, su <https://www.diritto.it> › *Appalti pubblici* › *Approfondimenti* › Focus del 6.6.2019.
- QUADRI E., *I provvedimenti tipici dell'Arera; la loro classificazione e i riflessi sull'ambito del sindacato giurisdizionale*, su <https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/03/https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/03/>, pubblicato l'11.3.2019, 5.
- QUADRI G., *L'Autorità indipendente per il settore energetico*, in *Quaderni della Rass. giur. ENEL*, 1996, 125 ss.
- RABIN R.L., *Federal regulation in historical prospective*, in *Stanford Law Review*, 1986.
- RAMAJOLI M.B.-TONOLETTI M., *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 53 ss.
- RAMAJOLI M., *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 665 ss.
- RAMAJOLI M., *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 121.
- RAMAJOLI M., *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in www.giustamm.it, n. 12, 2009, 11 ss.
- RAMAJOLI M., *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, *Relazione per il corso di formazione per Magistrati amministrativi organizzato dall'ufficio studi*, svoltosi il 14 e 15.2.2019, presso il TAR Lombardia.

- RAMETTA P., *Primazia della tecnica sulla politica?, I diritti tra vincoli di bilancio e politica*, in *Amm. in cammino*, 2018, 5.
- RANELLETTI O., *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912.
- RANGONE N., voce *Regolazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. CASSESE, vol. V, Milano, 2006, 5057 ss.
- REALE G., *Sui regolamenti organizzativi dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Nuova rass.*, 2000, 2389 ss.
- RENNA M., *Le questioni di legittimità costituzionale del regolamento dell'AGCOM sulla tutela del diritto d'autore on line*, in *Annuali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, n. 1/2014, 111.
- RESCIGNO G.U., *Atti normativi e atti non normativi*, in *Giur. cost.*, 1988, I, 2749.
- RESCIGNO G.U., *Forma e contenuto del regolamento*, in *Giur. cost.*, 1992, 1432 ss.
- RESCIGNO G.U., *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 247 ss.
- RESCIGNO G.U., *L'atto normativo*, Bologna, 1998.
- RESCIGNO G.U., *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2012, 807.
- RICCIO G.M., *Relazione al seminario dal titolo "Il Regolamento AGCOM sulla tutela del diritto d'autore in rete. Un bilancio a un anno dall'entrata in vigore"*, Università "L. Bocconi", Milano, 23.2.2015.
- RIVIEZZO A., *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, in *Quaderni cost.*, n. 2/2005, 332-333.
- RODORF R., *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, in *Società*, 2005, 813 ss.
- ROLLI G., *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo. Tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Roma, 2005.
- ROLLI G.-TAGLIALATELA A., *La "legittimazione" costituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giustamm.it*, n. 2, 2010, 6.
- ROMANO A., *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 879 ss.
- ROMANO A., *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, 1990, vol. II, 212 ss.
- ROMANO M.C., *Atti amministrativi generali*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 491 ss.
- ROPPO V., *Note minime sulla costituenda "autorità per le garanzie nelle comunicazioni"*, in *Pol. dir.*, 1997, 325 ss.
- RUGGERI A., *"Fluidità" dei rapporti tra le fonti e duttilità degli schemi di inquadramento sistematico (a proposito della delegificazione)*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 351 ss.
- RUGGERI A., *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, 62 ss.

- SALMONI F., *Le norme tecniche*, Milano, 2001.
- SALTARI L., *La regolazione asimmetrica nelle comunicazioni elettroniche fra Agcm, Agcom e giudice amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, n. 11, 2006, 1212 ss.
- SALTARI L., *La regolazione indipendente nel settore dei rifiuti*, in G.L.N. CARBONE (a cura di), *La disciplina della gestione dei rifiuti tra ambiente e mercato, Annuario di diritto dell'energia 2018*, Bologna, 2018, 198 ss.
- SALVIA F., *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2002, 603 ss.
- SANDULLI A., *Funzioni pubbliche (e servizi pubblici)*, in *Dizionario enciclopedico del diritto*, vol. I, Padova, 1996, 720-721.
- SANDULLI A., voce *Amministrazione autonoma*, in *Dizionario enciclopedico del diritto*, vol. I, Padova, 1996, 65 ss.
- SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.
- SANDULLI A., *La razionalizzazione normativa*, in G. VESPERINI (a cura di), *Il rendimento dei governi del maggioritario*, Roma, 1998, 31 ss.
- SANDULLI A., *I dirigenti pubblici e l'isola che c'è*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, n. 12, 1281-1282.
- SANDULLI A.M., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, vol. 77, n. 10, 1954, 217 ss.
- SANDULLI A.M., *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 737.
- SANDULLI A.M., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di A. Segni*, Milano, 1967, 243 ss.
- SANDULLI A.M., *L'attività normativa della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1970.
- SANDULLI A.M., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e società*, n. 3, 1975, 563 ss. SANDULLI A.M., *Diritto amministrativo*, Napoli, 1989.
- SANDULLI A.M., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 2000.
- SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, 14 ss.
- SANDULLI M.A., *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm.-Tar*, n. 12, 2008, 3533 ss.
- SANDULLI M.A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in *Federalismi.it*, n. 12, 2012.
- SANDULLI M.A., *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in *www.astrid-online.it*, 2013.
- SANDULLI M.A., *Natura ed effetti dei pareri dell'Avcp*, in *federalismi.it*, 2013, *passim*.

- SANDULLI M.A., *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2016, *passim*.
- SANDULLI M.A., *Introduzione al Convegno annuale 2015*, 9 e 10.10.2015, in *Annuario*, Napoli, 2016.
- SANDULLI M.A., *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 15, 2016, 7.
- SANTANIELLO G., *Brevi note sui profili istituzionali della nuova CONSOB*, in *Foro amm.*, 1986, II, 1213.
- SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, I ed., Firenze, 1918, II ed., rist. 1946, rist. 1962.
- SATTA F., *L'imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989.
- SCALIA A., *Le independent Regulatory Agencies nell'ordinamento statunitense*, in *Rass. giur. ENEL*, 1996, 316 ss.
- SCHLESINGER P., *Natura e limiti delle responsabilità delle Autorità*, in AA.VV., *Relazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, 73.
- SCOCA F.G., *Autorità amministrative Indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere e effettività della tutela*, in *Giustamm.it.*, 2012.
- SCOCA F.G., *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, 257.
- SCREPANTI S., *La partecipazione ai procedimenti regolati dalle Autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, 2007, 377 ss.
- SEGNI A., *I mercati e i valori mobiliari*, in *Dir. amm. spec.*, III, *I servizi pubblici, finanza pubblica e privata*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2964.
- SERGES G., *La giurisdizione in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia tra principi elastici di delega e reviviscenza di disposizioni abrogate*, in *Giur. cost.*, 2014, 1692 ss.
- SERGES G., *Principi in tema di amministrazione*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2015, 459 ss.
- SERGES S., *Crisi della rappresentanza e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, 12 ss.
- SEVERO SEVERI F., *Amministrazioni indipendenti, Agenzie, Autorità: nuove (o vecchie) formule organizzative per la Pubblica Amministrazione*, in F.S. SEVERI (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti. Aspetti problematici*, Milano, 1998, 129.
- SILVESTRI G., *I poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, 670 ss.

- SILVESTRI G., “*Questa o quella per me pari sono ...*” *Disinvoltura e irrequisitezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006, 187.
- SIMONETTI H., *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009.
- SNYDER F., *Soft law and Institutional Practice in The European Community*, in *The Construction of Europe*, 1994, 197.
- SORACE D., *Promemoria per una voce “atto amministrativo”*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, 747 ss.
- SORRENTINO F., *Garanzia giurisdizionale de diritti degli interessi e leggi provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1991, 2780 ss.
- SORRENTINO F., *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009.
- SPAGNA MUSSO E., *Diritto costituzionale*, Padova, 1992.
- SPASIANO M.S., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.
- SPAVENTA S., *La giustizia dell’amministrazione*, a cura di P. ALATRI, Torino, 1949, *passim*.
- STAIANO S., *Trasformazioni dei partiti e forme di governo*, in *federalismi.it*, n. 19/2015, 3.
- STAIANO S., *Essere giudice ‘a limitato fine’. Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 14/2018.
- STAMMATI G., *Intervento*, in *Le Autorità di garanzia e di vigilanza*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme*, Milano, 1998, 343 ss.
- STELKENS U., *Administrative Appeals in Germany*, in D.C. BRAGOS-B. NEAMTU (eds.), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Berlin-Heidelberg, 2014, 268 ss.
- TARLI BARBIERI G., *Regolamenti di delegificazione e giudizio di legittimità costituzionale: verso nuovi orizzonti?*, in *Giur. cost.*, 1998, 3980 ss.
- TARLI BARBIERI G., *Regolamenti governativi e ministeriali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Diritto costituzionale*, Milano, 2008, 332.
- TARLI BARBIERI G., *La potestà regolamentare: un bilancio delle scelte statutarie e della loro successiva attuazione*, in P. CARETTI-E. ROSSI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, 2009, Torino, 2010, 9 ss.
- TERPAN F., *Soft law in the European Union. The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 2015, 68 ss.
- TESAURO G., *Esiste un ruolo paragiurisdizionale dell’Antitrust nella promozione della concorrenza?*, in AA.VV., *Le Autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Roma, 2001, 165.
- TEUBNER G., *Il diritto come sistema autopoietico*, trad. it., Milano, 1996.

- TIMSIT G., *Administration et politique; le modèle française d'administration*, in *Théorie de l'administration*, Paris, 1986.
- TITOMANLIO R., *Autonomia e indipendenza delle authorities: profili organizzativi*, Milano, 2000.
- TITOMANLIO R., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007.
- TITOMANLIO R., *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012, 81.
- TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione*, in *Nomos, Le attualità del diritto*, n. 1, 2017, 22.
- TOLE D.G., *The Star Chamber and The Origins of the Modern Administrative Agency*, in *Stetson Law Review*, 13, 1983, 59 ss.
- TONOLETTI B., *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2-3, 2015, 389 ss.
- TORCHIA L., *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992.
- TORCHIA L., *I modelli di procedimento amministrativo*, in ID. (a cura di), *Il procedimento amministrativo, Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova, 1993, 33 ss.
- TORCHIA L., *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI, (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 60.
- TORCHIA L., *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, n. 5, 605 ss.
- TORCHIA L., *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, fasc. 2, 2016, 72 ss.
- TRAVI A., *Nuovi fermenti del diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V, 168 ss.
- TRAVI A., *Circa il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione*, in *Foro. it.*, fasc. 1, 2001, 9 ss.
- TRAVI A., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2004, 439 ss.
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010.
- TRAVI A., *Giurisdizione ed amministrazione*, in AA.VV., *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della Pubblica Amministrazione*, in F. MANGANARO-A. ROMANO TASSONE-F. SAITTA (a cura di), *Atti del Convegno di Copanello*, Milano, 2013.
- TRIMARCHI M., *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 2, 2017, 827 ss.
- TROISI A., *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino, 2013.

- TUCCILLO S., *Le raccomandazioni vincolanti dell'Anac tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. (Riflessioni a margine del Regolamento Anac sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici)*, in *Federalismi.it*, n. 6, 2017, 1 ss.
- VAIANO D., *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.
- VALAGUZZA S., *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Riv. regolaz. mercati*, n. 1, 2016.
- VALAGUZZA S., *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di Anac*, in *Riv. regolaz. mercati*, 1, 2017, 91 ss.
- VALASTRO A., *Le Autorità indipendenti, in cerca di interlocutore*, Napoli, 2008.
- VELJANOVSKY C., *Privatisation and competition*, London, 1989.
- VESPERINI G., *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolative*, Padova, 1993, 197.
- VESPERINI G., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 739 ss.
- VESPERINI G., *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banc.*, 1990, I, 415 ss.
- VETRÒ F., *La regolazione pubblica del mercato elettrico. Sull'ordine giuridico del mercato libero dell'energia elettrica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 811 ss.
- VILLAMENA S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008.
- VOLPE F., *L'attuazione del Codice dei contratti pubblici dalla soft law al regolamento unico: profili sostanziali e processuali*, Relazione al Convegno su "Gli appalti pubblici dopo il decreto sblocca cantieri: le principali novità" tenutosi a Milano il 3.10.2019.
- ZAGREBELSKY G., *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.
- ZAMMARTINO F., *Le leggi provvedimento nelle giurisprudenze delle Corti nazionali ed europee tra formalismo interpretativo e tutela dei diritti*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017.
- ZANOBINI G., *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Scritti vari di diritto*, Milano, 1955, 145 ss.
- ZANOBINI G., *Amministrazione pubblica, nozione e caratteri generali*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, 235.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958.

Finito di stampare nel mese di aprile 2020
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

STUDI PER UN NUOVO DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da

S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, M. Nettesheim, S. Perongini, A. Zito

1. Marco Gaetano Pulvirenti, *Profili giuridici della funzione amministrativa*, 2013.
2. Carmencita Guacci, *Le impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, 2013.
3. Giovanni Licata, *Provvedimenti antitrust a contenuto normativo*, 2013.

Nuova serie

1. Giovanni Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, 2016.
2. Enza Romano, *La "non contestazione" nel processo amministrativo*, 2016.
3. Sergio Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, 2016.
4. Sergio Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, 2017.
5. Carmencita Guacci, *La competenza nel processo amministrativo*, 2018.
6. Enza Romano, *La valutazione dell'affidabilità dell'operatore economico. I motivi di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, 2017.
7. Margherita Interlandi, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, 2018.
8. Sebastiano Licciardello (a cura di), *Il governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita*, 2018.
9. Enza Romano, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, 2019.
10. Sergio Perongini, Sebastiano Licciardello (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, 2019.
11. Renata Pepe, *Il potere di ripristino tra sanzione e provvedimento amministrativo*, 2019.
12. Francesco Zammartino, *Il modello molteplici. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, 2020.

