

Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive

di

Francesco Zammartino*

SOMMARIO: 1. Osservazioni preliminari. 2. Quale ruolo super partes. 3. Autorità indipendenti e potere normativo. 3.1. Il fenomeno della c.d. soft law. 4. Brevi considerazioni sulla natura dell'interesse da tutelare.

1. Osservazioni preliminari

Recentemente due provvedimenti quali la sentenza della Corte Costituzionale n. 13 del 2019, con la quale si è sostenuto che le questioni di legittimità costituzionale sollevate dall'Autorità della concorrenza e del mercato sono inammissibili per difetto di legittimazione del rimettente, e il decreto c.d. "Sblocca cantieri", il quale, abrogando le linee guida n. 3 e 4 di Anac, dovrebbe far venir meno (e non a caso utilizzo il condizionale), come un effetto domino, il carattere vincolante di tutte le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione, hanno di nuovo acceso il dibattito sul tema delle Autorità amministrative indipendenti.

D'altra parte, non si può negare che il tema in questione se non è ancora un tema "classico" di teoria generale del diritto, è senza dubbio ormai un tema centrale degli studi di diritto pubblico, uno di quegli argomenti, che, di quando in quando, paiono venir confinati nell'ombra per la necessità di questioni più indifferibili –si pensi alle suggestioni in questi anni in favore del regionalismo differenziato- ma che poi appunto tornano prepotentemente a ripresentarsi all'interesse degli studiosi.

Oggetto di una letteratura a dir poco sterminata¹ e di una giurisprudenza,

* Professore associato di Diritto amministrativo presso L'Università degli studi di Napoli "L'Orientale".

ammnistrativa, costituzionale e ordinaria alquanto sedimentata, tali organismi continuano a suscitare ancora molte incertezze, inerenti soprattutto ai connotati giuridici della categoria e derivanti, in primo luogo, dalla distonia evidente rispetto al tradizionale circuito della legittimazione democratica² e dalla sua stessa sistemazione rispetto all'altrettanto tradizionale apparato dei poteri statuali, a tal punto che autorevole dottrina ha parlato di un vero e proprio "rompicapo «costituzionale»"³.

Come è noto, trattasi di organismi che sono stati mutuati nel nostro Paese da altre realtà ordinamentali, penso, prima fra tutte, all'esperienza statunitense, che con le

*

¹ Ex plurimis, C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim.dir. pubbl.*, 1988, p. 549 ss.

M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999; M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. TESAURO e D'ALBERTI, Bologna, 2000, p.171 ss.; S.A.FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatore*, Bologna, 2000, p. 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, p. 679; G. DE MINICO, *Regole, comando e consenso*, Torino 2004; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; N. RANGONE, voce «Regolazione», in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. CASSESE, vol. V, Milano, 2006, pp. 5057 ss.; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Roma, 2007; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 121; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 313; G. NAPOLITANO, *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 218; R. MANFRELOTTO, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato. Programmazione della concorrenza e modelli di tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012; 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, p. 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, pp. 198 ss.; F. LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2019.

² In effetti si è ritenuto che tali organismi, posti al di fuori del circuito democratico, opererebbero sulla base di una legittimazione c.d. "tecnocratica". In dottrina, si cfr. A.PATRONI GRIFFI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, nn. 1-2, 2015, p. 23.

³ E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti: problemi e conseguenze*, in *www.Astrid- on line*, 2006.

Independent commissions si affermò la prima forma di intervento pubblico su di un mercato assolutamente libero⁴.

Ma, a differenza del modello americano, in Italia l'affermazione di siffatti soggetti ha coinciso, come del resto nella maggior parte dei Paesi del vecchio continente, con la liberalizzazione dell'economia dall'intervento del pubblico. E non è certo un caso che il legislatore italiano - specie in materia di servizi di pubblica utilità - a cavallo degli anni 80 e 90, avesse per lo più subordinato l'avvio della privatizzazione proprio alla costituzione di Autorità di settore⁵.

Di fronte alla costante espansione del mercato, lo Stato-amministrazione, da un punto di vista strutturale, fu ritenuto progressivamente inadeguato a svolgere compiti e prestazioni nell'ambito della società e a garantire ai cittadini sia i diritti di natura civilistica, sia quelli sociali di impianto costituzionalistico⁶.

Si avviò, quindi, parallelamente alla drastica riduzione dell'intervento 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 dalla amministrazione ministeriale, nell'istituzione, in piena privatizzazione degli enti pubblici, delle autorità amministrative indipendenti cui il legislatore ha attribuito,

⁴ Tuttavia, come è noto, il fenomeno nacque in Francia, dove, sebbene vigesse una forte tradizione amministrativa, la forte esigenza di tutelare i diritti fondamentali dal potere pubblico e da un mercato sempre più aggressivo, spinse il legislatore a creare nuovi modelli organizzativi e procedurali, le c.d. *Autorités administratives indépendantes*, fornite di poteri autonomi capaci di assicurare la correttezza dell'attività amministrativa, nonché di predisporre tutele differenziate e più idonee, soprattutto in quei *secteurs sensibles* quali quelli legati alla disabilità, alla concorrenza o alla protezione dei dati personali. In dottrina, ex multis, C.A. COLLIARD e G. TMSIT, (a cura di), *Les autorités administrative indépendantes*, Paris, 1988; M. GENTONT, *Les autorités administrative indépendantes*, Montchrestien, 1994; G. GIRAUDI e M.S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma, 2001, p. 4; J. L. AUTIN, *Le Autorità Amministrative Indipendenti in Francia*, in V. PEPE e L. COLELLA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica. Esperienze europee ed extraeuropee*, Napoli, 2011, p. 68 ss.

⁵ F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle c.d. autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. dir.*, 1997, p. 639 ss.

⁶ A. SANDULLI, *Funzioni pubbliche (e servizi pubblici)*, in *Dizionario enciclopedico del diritto*, Padova, 1996, vol. I, pp. 720-721.

anche su decisivo impulso dell'ordinamento europeo⁷, la funzione di "presidiare" 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.

Senza alcun dubbio le *Authorities* sono figure organizzatorie, ma non pare affatto facile attribuire ad esse una definizione unitaria, dal momento che all'eccessiva proliferazione di tali organismi, il Legislatore, attraverso schemi tipici e variabili, non ha affiancato una disciplina omogenea degli stessi⁸, dando vita, di conseguenza, ad organizzazioni totalmente distinte le une dalle altre e caratterizzate da specifiche competenze alquanto variegate.

Infatti, le *Authorities*, pur nella individualità e specificità delle competenze attribuite a ciascuna di esse, sono accomunate dal fatto che svolgono molteplici funzioni, che vanno da quelle di impulso, anche indiretto, sull'attività degli organi di indirizzo politico, a quelle regolamentari e, naturalmente, a quelle provvedimentali, le quali si distinguono, a loro volta, in una pluralità di fattispecie che, in alcuni casi, si palesano con uno scopo *de facto* normativo, in altri provvedimentale in senso proprio, ed in altri, infine, (si palesano) come istanze di risoluzione di controversie tra privati secondo modelli in qualche modo riecheggianti schemi processuali⁹.

Alla base di questa opzione si è rinvenuta (non senza suscitare qualche critica¹⁰) la considerazione per cui, a materie particolarmente sensibili dotate di elevato grado

⁷ Cfr. F. MERUSI, *Le Autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in F.A. GRASSINI, (a cura di) *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001, p. 21; E. CHITI, *European Agencies' Rule-Making, Powers, Procedures and Assessment*, in *European Law Journal* (2013), p. 93 ss.

⁸ M. MANETTI, *Autorità indipendenti e crisi della politica*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1-2, 2015, p. 360.

⁹ V. CAIANIELLO, *Il difficile equilibrio delle Autorità indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, n.2/1998, p. 239 ss.

¹⁰ Si rinvia ad A. PREDIERI, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, passim.

di tecnicismo¹¹, la disciplina non poteva che essere attribuita appunto ad autorità di settore. Di qui una certa “esaltazione” dell’indipendenza¹², il riconoscimento mediante delega di poteri indefiniti e la riluttanza nei confronti di stringenti forme di controllo che hanno indubbiamente ritardato l’assorbimento di siffatto modello nel tessuto ordinamentale¹³.

Ma tali incertezze continuano a essere evidenziate proprio dalla continua attenzione che sia la dottrina che la giurisprudenza manifestano al tema, pur senza essere ancora riuscite a raggiungere un’unità d’intenti nemmeno nell’elencazione e classificazione di siffatte autorità.

Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, che, mentre l’Agcom viene generalmente descritta quale un’autorità amministrativa indipendente, in quanto opererebbe con autonomia e indipendenza in ossequio al principio di trasparenza, non pochi contestano che la medesima definizione possa attribuirsi all’Anac, giacché si rileva che i suoi organi di vertice vengano nominati in base a una scelta discrezionale del Governo e apparirebbe, pertanto, difficile che essi possano effettivamente mantenersi indipendenti dal potere politico.

Oppure, ancora, si pensi alla Banca d’Italia che, pur essendo stata esplicitamente definita, in una nota sentenza del Consiglio di Stato (la n. 4521 del 2005), Autorità amministrativa indipendente - in ragione sia della sua posizione istituzionale sganciata dalla struttura organizzativa del Governo (indipendenza strutturale), sia dell’esplicito riconoscimento come tale nei Trattati europei (indipendenza funzionale) - deve, invece, essere differenziata dalle altre Autorità, rappresentando, piuttosto, un *unicum* rispetto ai tradizionali modelli di soggetti pubblici, a seguito delle affermazioni fatte, nel 2010, dal suo Direttore Generale dell’epoca Fabrizio

¹¹ R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012, XV.

¹² M. MANETTI, *Autorità indipendenti e crisi della politica*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, cit., p. 352.

¹³ 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 febbraio 2019 presso il TAR Lombardia.

Sacomanni che, durante un'audizione sulle Autorità amministrative indipendenti, precisò 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». Appare evidente dalle brevi considerazioni appena accennate, che la necessità di ordinare in un quadro unitario modelli e politiche delle diverse *Authorities* sia oramai un fatto di cui il legislatore non può più non tener conto, soprattutto alla luce anche di quelle istanze comunitarie che prevedono esplicitamente sempre più la soggezione di tali organismi a stringenti forme di controllo e di indirizzo¹⁴.

2. Quale ruolo *super partes*?

L'ulteriore incremento di funzioni attribuite a tali soggetti, in un sistema peraltro non ancora definitivamente consolidato, ha accelerato, a parere dello scrivente, lo stato di "confusione" che regna nella disciplina delle autorità indipendenti; in effetti, la tradizionale distinzione tra autorità di garanzia e autorità di regolazione, accettata dalla prevalente dottrina¹⁵, appare sempre più difficile che tracciare con nettezza nella pratica, alla luce soprattutto del fatto che esse ormai assommano l'esercizio dei tre poteri, normativo, amministrativo, giustiziale¹⁶.

Tale ultima affermazione induce a soffermarmi, nell'ambito anche di una complessiva revisione del rapporto tra potere politico e società civile¹⁷, su alcune

¹⁴ Si pensi al recente Regolamento generale sulla protezione dei dati 2016/679.

¹⁵ Ex multis, S. NICCOLAI, *Le autorità indipendenti come potere di garanzia*, in *Rass. parl.*, 1998, p. 335 ss.; S.A.FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatore*, Bologna, 2000, p. 15 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit.; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Funzione di regolazione e indipendenza del soggetto regolatore*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1-2, 2015, p. 377.

¹⁶ E. CHELI, *Le Autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli Studi e Ricerche parlamentari. Quaderno n. 11*, Torino, 2000, p. 129 ss.

¹⁷ A. MASSERA, *"Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato*, in *Studi in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, spec. p. 481.

(endemiche) questioni in particolare relative alle Autorità amministrative indipendenti, che pur avendo suscitato un ampio dibattito, soprattutto nel passato, continuano a ripresentarsi, sia pure con accenti diversi.

Primo fra tutte, il loro effettivo ruolo di *super partes*.

La dottrina è sostanzialmente concorde nel ritenere che la loro istituzione è stata necessaria per dar vita a organismi preposti a particolari settori (economici, finanziari o relativi a servizi pubblici) relativamente ai quali attendere allo scopo di assicurare il regolare svolgimento del "libero gioco economico", impedendo l'instaurazione di situazioni di monopolio o di oligopolio o, comunque, consentendo di tutelare diritti costituzionalmente riconosciuti¹⁸.

Esse, in pratica, sono state naturalmente disposte al fine di accompagnare quel passaggio da un'economia "amministrata" (o diretta) a un'economia "regolata"¹⁹, anche se, ad avviso dello scrivente, non sembra che abbiano ancora del tutto "preso coscienza" del fatto che la garanzia non può operare unicamente lungo un asse

¹⁸ M. D'ALBERTI *Le autorità indipendenti: quali garanzie?* in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, in L. LANFRANCHI, (a cura di), Roma, 1997, p. 158;

¹⁹ Sembra opportuno ricordare 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 legge 7 giugno 1974, n. 216 e fornita di personalità giuridica e di piena autonomia con la legge n. 281 del 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 agosto 1990, n. 223), a cui poi è subentrato l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (l. 31 luglio 1997, n. 249); l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, c.d. Autorità antitrust o brevemente Agcm (l. 10 ottobre 1990 n. 287) che nel frattempo si è vista ampliare le sue competenze in tema di conflitto di interessi (l. 20 luglio 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 giugno 1990, n. 146 (poi integrata dalla legge 11 aprile 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 e 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 dicembre 1996 n. 675 e, a seguire, d.lgs. 30 giugno 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 dicembre 2011, n. 201 convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214; l'Agenzia per l'Italia Digitale istituita con d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito nella legge 134/2012; Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (Isvass) disciplinato con legge n. 135/2012; l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (cfr. l'art. 4, l. 11 febbraio 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 novembre 2012, n. 190).

“verticale” (attinente, cioè, al rapporto Stato-imprenditori), ma vada, piuttosto, integrata - se non, forse, gradualmente sostituita - 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).

Trattandosi di Autorità indipendenti, laddove il profilo dell’indipendenza si presume innanzitutto rispetto al potere politico²⁰, concretizzandosi in assenza di responsabilità politica²¹, esse, a dispetto del *nomen* talora loro attribuito di “Autorità di regolazione”, dovrebbero operare non già come soggetti deputati a dettare le regole, ma come organismi incaricati di vigilare imparzialmente sul rispetto delle regole da altri determinate, soprattutto in considerazione del fatto che il confine tra queste due funzioni, facile a tracciarsi in astratto, rischia di presentarsi assai più labile e sfumato nella prassi applicativa.

Va ribadito, infatti, che, laddove detto confine venisse valicato, oltre a verificarsi quell’incrinatura ai meccanismi di legittimazione democratica, si realizzerebbe - paradossalmente - per il tramite proprio di tali Autorità, un surrettizio ritorno a quel modello di economia amministrata, in alternativa al quale esse stesse paiono essere state istituite. Anche perché se il carattere *super partes* di queste figure istituzionali comincia a sfumare, ciò non depone a favore nemmeno del rafforzamento della loro condizione di “neutralità”, rispetto agli interessi in gioco.

Il carattere della neutralità richiede, come è noto, da un lato, la posizione di indipendenza dell’organo in questione²² che comporta che questi non sia sottoposto né gerarchicamente né giuridicamente ad altri organi che ne possano condizionare l’operato²³; dall’altro, l’assoluta indifferenza ed estraneità della sua attività agli interessi cui essa stessa è diretta. E mi sia concesso - incidentalmente - sottolineare al riguardo come la circostanza che molti fra i membri di questi organismi replicano la loro investitura dai Presidenti delle Assemblee parlamentari, insieme

²⁰ S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, 2002, p. 24; contra, V. CERULLI, *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità*, in F.A. GRASSINI (a cura di), *L’indipendenza delle Autorità*, Bologna, 2001, p. 54.

²¹ Cfr. E. MARTINELLI, *Autorità indipendenti e politica*, in *Amministrare*, 2000, p.138 ss.

²² Si rinvia a, M. D’ALBERTI, *Autorità indipendenti (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995.

²³ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, passim.

col rilievo che - in regime di sistema maggioritario- il carattere *super partes* di queste figure istituzionali (peraltro, da qualche Autore già da tempo contestato²⁴) pare, a sua volta, attenuarsi, sembri non deporre propriamente a favore del rafforzamento della loro condizione di 'neutralità'.

E infatti, molte funzioni svolte da siffatti soggetti non sembrano sempre risultare del tutto insensibili agli interessi coinvolti²⁵ e al perseguimento di precise politiche. Che il termine "neutralità" non debba poi tradursi solo in una mera formula ricognitiva dei principi di autonomia e di imparzialità, sembra un monito che si desume, seppur implicitamente, anche dalla recente sentenza n. 13 del 2019²⁶, con la quale, come si è precedentemente accennato, la Corte costituzionale ha rigettato l'istanza dell'Agcm che chiedeva di adire in via sostanzialmente diretta la Consulta.

E' una decisione che in fondo coinvolge tutte le altre amministrazioni perché la Suprema Corte dichiara che l'Agcm - al pari di tutte le altre amministrazioni indipendenti²⁷ - 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 mercato²⁸ - che non la pone in «posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale»²⁹. 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 (che è partecipazione a vario titolo), e che resta di natura

²⁴ M. MANETTI, *Autorità indipendenti e crisi della politica*, cit., p. 355.

²⁵ Si rinvia ad autorevolissima dottrina, A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, vol. II, pp. 261 ss.

²⁶ Perplexità sulla possibilità di considerare l'Agcm come giudice *a quo* erano state espresse da M.A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in www.astrid-online.it, 2013; più recentemente, 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*, in *Federalismi.it*, n. 14/2018; R. MANFRELOTTI, *Lo Statuto costituzionale del Garante della concorrenza nella prospettiva dell'accesso alla Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 3, 2019 p. 479.

²⁷ Come già statuito dalla Corte di Cassazione, sez. I civile, 20 maggio 2002, n. 7341.

²⁸ Artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990.

²⁹ Corte cost., n. 13/2019, punti 6 e 8 del *Considerato in diritto*.

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 parità³⁰.

Neutralità "pura" che sembra ancora più diradata nell'Anac, ove il principio di imparzialità pare riacquistare la sua piena portata precettiva. Se si eccettua, infatti, la funzione "precontenziosa" dell'Autorità in materia di contratti pubblici³¹ e quella consultiva che si sostanzia nell'emissione di pareri non vincolanti, per il resto essa non sembra svolgere funzioni di natura propriamente arbitrale in posizione di terzietà rispetto agli interessi pubblici e privati in conflitto³².

Basti pensare alla nomina dei suoi organi di vertice, i quali, come è noto, sono scelti discrezionalmente dal Governo, e appare difficile che possano effettivamente mantenersi indipendenti dal potere politico. Sembra, in altri termini, 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. E ciò sembra essere confermato dal fatto che i poteri normativi³³ di cui l'Anac gode (non assolutamente paragonabili a quelli analizzati per le altre Autorità), sono disciplinati dal legislatore con le evidenziate caratteristiche di efficacia, in modo, evidentemente, di consentirle di conseguire nel migliore dei modi il fine delicatissimo che persegue.

3. Autorità indipendenti e potere normativo

³⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596; id., sez. VI, 11 gennaio 2016, n. 38.

³¹ L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, n. 5, p. 605 ss.

³² E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione: post fata resurgam*, in *Giornale dir. amm.*, n.6, 2015, p. 757 ss.

³³ Critica, M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in *Diritto costituzionale*, n. 1, 2019, p. 58.

Un secondo profilo, di ben più ampia portata, sul quale è opportuno soffermarsi è quello relativo al loro potere normativo³⁴, progressivamente ed ingiustificatamente potenziato, e che riflette esattamente la eterogeneità che le caratterizza.

Infatti, sebbene si riconosca che le funzioni attribuite alle *Authorities*, proprio in ragione del carattere essenziale di alcune di esse, non potrebbero agevolmente essere “allocate” in capo ad altri soggetti dell’ordinamento, in quanto la tecnica da queste garantita, in uno con i più snelli processi decisionali, sono caratteristiche difficilmente riscontrabili in seno ad altri soggetti³⁵, men che meno al Parlamento³⁶ e pur considerando che esse espletano funzioni di regolazione amministrativa nell’ambito di una amministrazione non più “braccio operativo” delle scelte compiute dalla maggioranza politica, inevitabilmente ci si interroga sulla necessità di attribuire loro un ampio ed eterogeneo potere normativo³⁷ che, diramandosi in una vasta tipologia di atti - la cui normatività è frutto solo di forzate operazioni interpretative - scuote alla radice non solo l’autorità della legge, ma anche di tutti gli atti fonte.

Non si può sottacere che una tale “svalutazione” complessiva delle fonti formali è dipesa anche dall’ “insostenibile leggerezza” del Legislatore che, operando, ormai quasi sempre, per mero rinvio mediante testi incompleti, consente a siffatte Autorità di disciplinare ambiti non regolati affatto dalla legge tramite un potere regolamentare che potremmo definire di tipo (quasi?) indipendente, dal momento

³⁴ Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti, si v. s. FOA', *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002; S. NICODEMI, *Gli atti normative delle autorità indipendenti*, Padova, 2002; F. POLITI, *La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, in N. LONGOBARDI, (a cura di), Torino, 2004; M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in *Scritti in onore di L. CARLASSARE*, Napoli, 2009, p. 191 ss.

³⁵ P. CAROZZA, *Tecnica e politica: la necessaria complementarietà*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, p. 88.

³⁶ Si pensi alla regolazione di settori quali i mercati finanziari o energetici.

³⁷ 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 V. ONIDA*, Milano, 2012, p. 721 ss.

che esse possono emanare norme sub-primarie, dirette a completare una disciplina lasciata incompleta dal Legislatore³⁸.

Sembra chiaro che gli atti normativi evidenziati, totalmente avulsi dal contesto tradizionale, debbano essere valutati a prescindere dalle loro caratteristiche formali³⁹, perché prevalente rispetto ad essi deve essere il loro profilo sostanziale, il quale si concretizza nel completare la norma primaria che ad essi rinvia per colmare il vuoto lasciato.

Tale considerazione porta ad escludere che il rapporto tra legge e atto normativo delle Autorità sia configurabile come un rapporto di gerarchia o di sovraordinazione; 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 specifico⁴⁰.

La prevalente dottrina ritiene che il rispetto del principio di legalità relativamente al 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 sindacabile⁴¹. E affinché la legittimità di tali atti possa essere garantita, sono necessarie anche una procedura partecipata e trasparente ed una adeguata motivazione.⁴²

Insomma, non è facile attribuire una specifica collocazione ad atti normativi che nascono in maniera così diversa rispetto a quelli "tradizionali". A cominciare

³⁸ Si pensi a tal proposito a quelle norme regolamentari della Consob che mirano a prevenire condotte di abuso di mercato.

³⁹ F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, 2007, p. 117.

⁴⁰ V. G. LUCHENA, *Autorità indipendenti e Costituzione economica (note sparse)*, in C. IANNIELLO (a cura di) *Le Autorità indipendenti tra funzione regolativa e Judicial review*, Napoli, 2018, p. 29 ss.

⁴¹ Ex plurimis, V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in *www.Astrid.it*, 2009, p.1 ss.

⁴² TAR Lazio, sez. III, 7 novembre 2016, n. 11020; TAR Lombardia, sez. II, 3 novembre 2016, n. 2009; Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2014, n. 4629.

proprio dai regolamenti, che hanno natura normativa e che potrebbero essere sistemati secondo un rigido principio gerarchico⁴³.

In realtà, è la stessa Costituzione a ravvisare, piuttosto che un generale principio di gerarchia delle fonti, un rapporto di competenza tra fonti diverse⁴⁴ (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 proprio fondamento 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 esplicare 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 potere⁴⁵.

In alcuni casi, però, si assiste anche all'adozione di atti di normazione secondaria pur in assenza del disposto di legge per la regolamentazione della fattispecie⁴⁶.

Ma questi sono fenomeni di produzione normativa formale che la giurisprudenza, non solo costituzionale, ha ritenuto, in talune circostanze, in conformità con il sistema delle fonti complessivamente inteso, (pur ribadendo che il principio di legalità che vige all'interno del nostro ordinamento esige che il potere

⁴³ F. POLITI, *La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, cit.

⁴⁴ In un più ampio contesto, v. A. RUGGERI., *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, p. 62 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, p. 47.

⁴⁵ V. CERULLI IRELLI, *ivi*.

⁴⁶ Si pensi al potere dell'Agcom di regolazione del diritto d'autore su internet il cui fondamento è stato individuato dal giudice amministrativo in una "visione sistematica delle norme" del settore, aderendo così a una nozione oltremodo allargata di norma attributiva del potere, Cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827.

regolamentare sia fondato e trovi legittimazione e giustificazione in una fonte di grado primario⁴⁷).

Si fa riferimento, al riguardo, alla sentenza del Consiglio di Stato, la n. 2987 del 2002, con la quale si è sancita la legittimità della direttiva emanata dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas relativamente 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 ha ritenuto questo un *deficit* sul piano del rispetto assoluto del principio di legalità e, salvaguardando il principio di efficienza, ha motivato la sua scelta con la necessità di salvare la vita delle persone minacciata dalle dispersioni di gas⁴⁸. Inoltre, il giudice ha ribadito che la legge n. 481 del 1995 - segnatamente con l'art. 2, comma 12, lett. c) e h) - conferisce a tale Autorità la potestà di impartire direttive vincolanti per tutto quel che concerne, tra l'altro, "la sicurezza degli impianti" (senza distinzione fra la rete di distribuzione e le utenze ad essa allacciate) nonché "la produzione e l'erogazione dei servizi" da parte dei soggetti *de quibus*. Del resto, se la fonte degli obblighi dei distributori dovesse rinvenirsi solo nella suddetta disposizione (e, eventualmente, in altre aventi la stessa forza legislativa), «non si comprenderebbe quale sia lo spazio di esercizio dei poteri riconosciuti dalla legge istitutiva all'Autorità, la quale, nell'emanazione delle direttive che rientrano nella sua potestà regolatrice, dovrebbe limitarsi ad imporre comportamenti già individuati dal legislatore», e se così fosse, si renderebbe

⁴⁷Cfr. G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 15 ss.

⁴⁸Il *thema decidendum* del giudizio si incentrava sulla questione relativa al se l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas avesse esercitato un potere avente fondamento normativo ovvero avesse esorbitato dalle attribuzioni ad essa commesse dall'ordinamento di settore, allorché, attraverso la direttiva concernente la disciplina della sicurezza e della continuità della distribuzione del gas, adottata con deliberazione n. 236 del 2000, modificata con la successiva deliberazione n. 5 del 2001, ha imposto ai distributori di gas "l'obbligo di inviare personale da esso incaricato in seguito a chiamata per pronto intervento relativa a segnalazione di dispersione di gas sugli impianti di proprietà o gestiti dal cliente finale a valle del punto di consegna", stabilendo che, "al fine di garantire la pubblica incolumità il distributore può sospendere o negare la fornitura di gas fino a quando il cliente finale non abbia provveduto ad eliminare la dispersione di gas".

«evanescente» anche quella funzione di “regolazione e controllo”, affidata ad essa per il settore di competenza, che costituisce lo scopo primario della sua istituzione.

In buona sostanza, pur mancando una norma di legge specifica che attribuisca ad un’Autorità indipendente il potere regolamentare, la suddetta pronuncia del Consiglio di Stato legittima in ogni caso il potere da essa esercitato, essendo quest’ultimo rinvenibile tacitamente nella legge istitutiva dell’Autorità stessa (cd. “teoria dei poteri impliciti”)⁴⁹. E questo perché la legittimazione all’esercizio della potestà regolamentare da parte delle Autorità indipendenti parte dalle finalità di interesse pubblico che la legge assegna a ciascuna di esse⁵⁰.

Insomma, alle Autorità non spetta l’esercizio di poteri di esecuzione di atti normativi ordinari, ma l’esercizio di poteri di disciplina autonomi, che vanno dall’auto-organizzazione, all’attuazione, all’esecuzione, alla integrazione di norme di grado primario, di disciplina di ambiti delegificati, 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 che quantitativo), tenuto conto che per *regulation* - vale a dire la funzione “di regolazione” del settore loro affidato ad esse spettante - si intende sia il tradizionale intervento pubblico di regolazione, sia l’intervento in cui il soggetto pubblico «assume una posizione per così dire esterna al mercato» al fine di garantirne l’efficienza⁵¹.

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

⁴⁹ Si rinvia a N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, p. 458 ss.; si cfr. anche G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 247 ss.; 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, p. 41-50; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2007, p. 710; M. D’AMICO *Legalità (dir. cost.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 3365.

⁵⁰ F. CINTIOLI, *I regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003, passim.

⁵¹ L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, p. 444.

legalità; in tale prospettiva le leggi attributive della funzione normativa sono viste come «momenti di assegnazione alla singola autorità di un'ampia discrezionalità»⁵². 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 volitivo⁵³. L'indeterminatezza della legge attributiva della competenza impedirebbe, dunque, di ritenere che l'autonomia normativa delle Autorità indipendenti si svolga nell'ambito definito delle leggi.

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 politiche⁵⁴. 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 possano 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 legittimità⁵⁵.

Tali considerazioni sono funzionali alla riaffermazione della critica di fondo che accompagna la vita delle Autorità amministrative indipendenti fin dalla loro apparizione e che parte dall'assunto che esse, in assenza di una legittimazione

⁵² Cfr. G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti*, cit., p. 721.

⁵³ 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, p. 4 ss.

⁵⁴ M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, cit., p. 58.

⁵⁵ G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della repubblica*, cit. p. 229 ss.

democratica ed in quanto estranee al circuito politico – rappresentativo, sono comunque chiamate ad assumere decisioni intrinsecamente politiche⁵⁶.

La loro istituzione – necessaria, così come nelle esperienze di altri Paesi, perché lo Stato non può farsi carico della gestione diretta dell'economia e dei servizi pubblici – quali organismi neutrali che, in ragione del loro requisito della imparzialità rispetto ai vari interessi che gestiscono, si sottraggono all'ingerenza del potere esecutivo, le rende soggetti in grado di porsi al di sopra anche rispetto a tale potere, in quanto sono controllori dell'interesse per la cui tutela sono state istituite⁵⁷, 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 essi emanano per assolvere alle loro funzioni.

Il Consiglio di Stato, in sede consultiva⁵⁸, 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 all'esercizio di esso⁵⁹.

⁵⁶ E. CHELI, *Le Autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli Studi e Ricerche parlamentari*, cit., p. 131 ss.

⁵⁷ Con una sentenza del 2011 – la n. 5106 della VI sezione - 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».

⁵⁸ Cons. Stato, sez. consult., atti normativi, 14 febbraio 2005, n. 11603/04, nel parere reso sullo schema di decreto legislativo relativo al Codice delle assicurazioni.

⁵⁹ R. TITOMANLIO, cit., 26, il quale evidenzia che il Consiglio di Stato riconosce 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, comma 2, 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".

Dunque, su quale sia la natura dei loro regolamenti - e cioè 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 - ancora non appare semplice riuscire a dare una risposta definitiva. Come è noto, gli atti amministrativi generali a contenuto normativo hanno efficacia *erga omnes*⁶⁰; per essi è possibile il ricorso in Cassazione per violazione di legge in caso di erronea interpretazione di essi da parte dei giudici di merito e solo relativamente ad essi non è possibile la immediata impugnabilità davanti al giudice amministrativo e l'applicazione delle disposizioni preliminari al codice civile. Al contrario, gli atti non aventi contenuto normativo hanno una portata molto più settoriale e limitata, in quanto si riferiscono solo ai soggetti destinatari di essi. 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 subordinati⁶¹. Le autorità amministrative indipendenti si avvalgono di tutte e tre le tipologie di atti⁶², e spesso è stesso la legge che, ponendo norme generiche ed indeterminate, rende difficoltosa all'interprete l'individuazione della natura dell'atto e, quindi, favorisce il fenomeno della cd. "fuga dal regolamento"⁶³. 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"⁶⁴ e di

⁶⁰ Cfr. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, passim.

⁶¹ Sul complesso punto, A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle autorità garanti?*, in *Quad. riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2, 1997, p. 89 ss.

⁶² 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*, Napoli, 1970, p. 11 ss.

⁶³ Cfr. B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, n. 2-3, 2015, p. 389 ss.

⁶⁴ 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.

una “funzione normativa”⁶⁵. 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 normazione secondaria deve trovare, in ogni caso, fondamento e legittimazione nella legge, e siccome il fatto che le Autorità amministrative possiedano un potere normativo non può giungere a fare ritenere superato il problema del rispetto del principio di legalità⁶⁶, la legge istitutiva deve trovare il suo fondamento nella Costituzione, in modo che il loro potere normativo abbia un duplice fondamento (costituzionale e legislativo), e che l’assegnazione ad esse del compito di regolazione e di tutela di ambiti espressamente protetti in Costituzione non solo giustifichi la relativa potestà normativa, ma ne postuli la necessità.

I principi costituzionali in tema di separazione tra politica ed amministrazione conducono a distinguere la potestà normativa delle Autorità indipendenti dal potere regolamentare e da quello delle altre pubbliche amministrazioni. I loro regolamenti sono espressione non solo della “autonomia”, ma anche della specifica funzione di regolazione ad esse assegnata, quale attività volta a garantire il corretto funzionamento di un determinato settore secondo un principio proprio dello stesso (ad esempio il principio concorrenziale)⁶⁷.

In sostituzione della dialettica propria delle strutture rappresentative, per giustificare il ruolo ed i poteri di tali soggetti deve farsi ricorso ad una tutela garantita in virtù del “procedimento partecipativo” quale strumento della partecipazione dei soggetti interessati⁶⁸. In pratica, il rispetto delle garanzie

⁶⁵ E cioè di avere come scopo l’introduzione di norme giuridiche. In dottrina si rinvia ad autorevolissima dottrina, V. CRISAFULLI, *Atto normativo, ad vocem*, in Enc. dir., Milano, vol. IV, 1959, p. 239 ss.

⁶⁶ M. FOGLIA, *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, in *Quad. reg.*, n. 2 /2008, p. 568.

⁶⁷ F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enciclopedia Giuridica Aggiornamenti*, vol. XXVI, Roma, Istituto dell’Enciclopedia Italiana fondata da G. Treccani, 2002, p. 2.

⁶⁸ M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm.*, TAR, 2002, n. 11, p. 3858 ss.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in ID., *Scritti di diritto pubblico dell’economia*, Torino, 2001, p. 165 ss.; R. CHIEPPA, *Poteri esercitati, Procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006, p. 4.

procedimentali 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"⁶⁹. 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 giurisdizionalmente⁷⁰.

Del resto, si evidenzia che tutti i procedimenti che si svolgono dinanzi alle autorità sono quasi sempre caratterizzati da un'ampia garanzia del rispetto di tali principi, dando vita a forme di "contraddittorio verticale"⁷¹ e "contraddittorio orizzontale"⁷². Ovviamente, le garanzie procedimentali 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. 262/2005⁷³ 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 consente all'Autorità di esplicitare, in contraddittorio con gli interessati, le ragioni delle proprie scelte e a giustificare il proprio intervento. Sulla motivazione della

⁶⁹ Cfr. M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n.2, 1980, p. 225.

⁷⁰ Contra, G. DE MINICO, *Regole, comando e consenso*, cit., p. 63.

⁷¹ 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

⁷² Con riguardo più specifico alle forme di "partecipazione collaborativa" svolta dai soggetti interessati, in rappresentanza dei vari interessi, in particolare con riguardo alle funzioni di *regulation* delle autorità amministrative indipendenti.

⁷³ Procedimento per l'adozione di atti regolamentari generali".

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 essi. 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 interpretativi⁷⁴.

Il secondo comma del citato articolo 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 pone 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 elencare 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 volte ad assicurare un ampio ed incisivo coinvolgimento nel processo decisionale dei soggetti destinatari dell'attività di regolazione; e, dall'altro, prevedendo strumenti finalizzati al

⁷⁴ Cons. Stato, sez. VI, 1054/2003; Tar Lazio, sez. I, n. 2687/2008.

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 loro poteri normativi per loro stessa natura al fine di regolare «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»⁷⁵, 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, si ottiene quella trasparenza che consente alle autorità amministrative indipendenti di giustificare i propri poteri regolatori, dal momento che, altrimenti, esse sono «poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri ed al di fuori del criterio di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost.»⁷⁶. E 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 esame⁷⁷.

⁷⁵ Il Tar Lazio, sez. I, con la sentenza n. 2687 cit., 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 sentenza n. 7549 del 2008 e il Consiglio di Stato, sez. VI, con la sent. 5156 del 2002.

⁷⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, 27 dicembre 2016, n. 7972.

⁷⁷ A tal proposito si evidenzia che il Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. 26 marzo 2015, n. 1596, ha 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,

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 Cost⁷⁸, 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 attribuito⁷⁹. 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 regolamentari⁸⁰.

Tra regolazione e legislazione il rapporto non è semplice, in quanto la regolazione, a differenza della legislazione, rappresenta un concetto dinamico, legato a discipline che si costruiscono volta per volta e che vanno continuamente assestate per tenerle adeguate ai bisogni del mercato⁸¹. 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

cfr. Corte Cost. 25 marzo 2007, 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».

⁷⁸ Cfr. M. FILICE, *Gli sviluppi del controllo giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo* 6/2018, pp. 787-799.

⁷⁹ Consiglio di Stato, VI sez., n. 2182 del 24 maggio 2016 e n. 1532 del 20 marzo 2015. Cfr. anche TAR Lazio, Sez. III, 22 marzo 2018, n. 3259. In dottrina, G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, cit., p. 710.

⁸⁰ Cfr. TAR Lombardia, Sez. II, 6 settembre 2016, n. 1629 e 13 agosto 2015, n. 1895. In dottrina, M. BORBANDELLI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Ius-publicum.com*, 2013, p. 15.

⁸¹ L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa de servizi di pubblica utilità*, cit., p. 123 ss.

da sempre esistente tra finalità istituzionali contemplate dalla legge e strumenti tipici per realizzarle⁸².

La dottrina è pacifica sul fatto che i regolamenti di questi soggetti possono essere attuativi, esecutivi, di integrazione, 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 indipendenti⁸³.

Inoltre, si sostiene che non possa ritenersi sussistente una "riserva di regolamento" relativamente alla funzione di organizzazione⁸⁴. 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 cd. "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 amministrazione, *sub specie* di riserva di regolamento della singola *Authority*⁸⁵.

Tradizionalmente la cosiddetta "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

⁸² M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, cit., p. 10.

⁸³ F. CINTIOLI, *I regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, cit., p. 26.

⁸⁴ V. L. CARLASSARE L., *Regolamento (dir. cost)*, in *Enc. giur.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 605 ss.; A. CERRI, *Principi di legalità, imparzialità, efficienza*, *Principio di legalità, imparzialità, efficienza*, in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, in L. LANFRANCHI (a cura di), Roma, 1997, p. 171 ss.

⁸⁵ S. FOA', *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 87.

di indirizzo e si trattava di attività "asservita" all'attività di direzione politica⁸⁶. 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 e sciolta da condizionamenti politici, al fine di potere svolgere più efficacemente le competenze loro affidate, per la regolazione di rapporti interprivati⁸⁷.

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 funzioni⁸⁸; 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 controllo⁸⁹.

Per quanto attiene ai poteri a carattere normativo produttivi di effetti all'esterno, invece, tutte le Autorità in esame sono titolari di vaste attribuzioni legislative; in alcuni casi in cui è la stessa legge a stabilire espressamente che determinati atti dell'autorità con rilevanza esterna abbiano natura di «regolamenti» (ad esempio nel settore bancario, finanziario e assicurativo, le cui normative di settore attribuiscono

⁸⁶ Si rinvia a M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

⁸⁷ F. CAPRIGLIONE, G. MONTEDORO, *Società e Borsa (Consob)*, in *Enc. del Dir. Aggiorn.* VI, 2006, p. 1036, secondo cui l'ampiezza dei poteri regolamentari si evince dalla circostanza per cui essi «toccano aspetti rilevanti della disciplina dei rapporti interprivati».

⁸⁸ Infatti, le Autorità prevedono «le norme concernenti l'organizzazione interna e il funzionamento, la pianta organica del personale di ruolo» (art. 2, co. 28, l. n. 481/95 - ATR); «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, co. 9, l. n. 249/97 - Agcom); «le norme concernenti la propria organizzazione ed il proprio funzionamento» (art. 1, l. 216/74 - Consob).

⁸⁹ v. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010.

alle autorità di regolazione il potere di adottare, appunto, «regolamenti» per disciplinare determinate materie). Tuttavia, anche in questi casi, solo talvolta la legge stabilisce con precisione le modalità, i criteri e gli oggetti della regolamentazione⁹⁰; altre volte il Legislatore interviene con successive norme limitative dei poteri normativi delle Autorità⁹¹. 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 comunicazione⁹²»; mentre, nell'ambito dei 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 concorrenza⁹³.

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 settore⁹⁴.

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 potere⁹⁵ che potrebbero essere definite

⁹⁰ Ad esempio rispetto all'art. 15, co. 5, del Tuf, in tema di potestà regolamentare della Banca d'Italia sulla partecipazione al capitale in Sim e Sicav.

⁹¹ Come, ad esempio, accade con l'art. 1, co. 3, d.l. n. 7/07, conv. in l. n. 40/07, che limita il potere regolamentare dell'Agcom sui contratti per adesione con operatori della telefonia, cfr. Tar Lazio, n.5769/09.

⁹² Art. 1, co. 6. lett. c) l. n. 249/97.

⁹³ Art. 6, co. 1, Tuf.

⁹⁴ Nel settore dell'energia, ad esempio, la l. n. 481/95, all'art. 2, co. 5, stabilisce che le autorità «sono preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza»; e la giurisprudenza del Consiglio di Stato (VI, 29/5/02, 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».

⁹⁵ Tali atti, normativi o comunque a contenuto generale, sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale; mentre gli altri atti a carattere puntuale, di competenza delle medesime autorità, in genere vengono pubblicati nelle forme di pubblicazione interna.

“autorizzazioni” che la legge conferisce alle Autorità al fine di emanare atti che, pur se non precisamente disciplinati dal Legislatore, intervengono a tutelare in maniera competente e tecnica settori delicati, nell’esclusivo interesse dei soggetti che vi operano⁹⁶.

3.1 Il fenomeno della c.d. soft law

Ma se per i regolamenti si può, in un certo senso, riuscire ad inquadrali in categorie già delineate, vuoi che si parli di regolamenti indipendenti o quasi indipendenti, vuoi che si parli di atti autorizzati o, infine, di regolamenti di delegificazione, di più difficile e complicato inquadramento sono, invece, gli atti di cd. *soft law* che le Autorità pongono in essere e che, nonostante la loro natura non vincolante, riescono a “scardinare” il sistema delle fonti come tradizionalmente inteso⁹⁷. Si tratta di atti espressione di una regolazione cedevole e informale, insofferente a principi e regole che presiedono alla individuazione delle fonti, impropriamente definita di *soft law*. Essa, pur non essendo affatto contemplata nel novero delle fonti, può essere considerata “fonte di fatto”, in quanto ha la capacità di imporsi nell’ordinamento non perché sia questo a prevederlo, ma perché promana da soggetti - quali, appunto, le Autorità amministrative indipendenti - che, per la sola loro autorevolezza, possono incidere, tramite essa, nel settore ad esse demandato⁹⁸.

Infatti, gli atti di *soft law* non si formano sulla base del procedimento disciplinato per le fonti ordinarie di tipo primario e secondario - di cosiddetta legalità sostanziale - garantito innanzitutto dall’elemento della democraticità che appartiene al soggetto istituzionale da cui promanano, ma seguono un

⁹⁶ Cfr. G. STAMMATI, *Intervento*, in *Le Autorità di garanzia e di vigilanza*, in S. PANNUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme*, Milano, 1998, p. 87, secondo cui « 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».

⁹⁷ M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, cit., p. 58.

⁹⁸ In argomento, M. E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Torino, 2018, p. 99 ss.

procedimento proprio, che non sempre compensa 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.

Non esiste una tipologia unica di atto di *soft law* e, soprattutto, le Autorità non si avvalgono tutte degli stessi; ognuna interagisce con il settore di sua competenza tramite lo strumento che appare più funzionale a gestire e monitorare le problematiche. Rientrano, comunque, in tale categoria i codici di autodisciplina, i codici di associazioni, le linee guida, gli standard operativi ed anche gli atti di segnalazione⁹⁹; tali atti sono tutti caratterizzati da un alto grado di informalità e di pervasività, di cui le Autorità indipendenti, sia per colmare una lacuna di un precedente atto vincolante, sia per scegliere un atto efficace al fine di non ingessare le regole del mercato di riferimento, si avvalgono con sempre maggiore frequenza¹⁰⁰.

Istruzioni, comunicazioni, indirizzi interpretativi, indicazioni, rappresentano solo una parte di quegli atti appartenenti al vasto armentario a disposizione delle Autorità, che si concreta nell'esercizio di un efficace potere normativo che si svolge in modo destrutturato e talvolta non procedimentalizzato.

A ciò si aggiunga che tali atti non sono sottoposti né alla valutazione degli AIR, né all'obbligo di indicare preventivamente ai probabili destinatari le finalità e i possibili vantaggi che intendono raggiungere, né, tantomeno, sono previsti nei loro confronti criteri di valutazione successivamente alla decisione effettuata.

Si pensi alle comunicazioni interpretative, che sono atti a contenuto generale e talvolta astratti mediante cui alcune Autorità indipendenti, sulla base di quesiti

⁹⁹ Analizzati specificamente in merito ai poteri normativi dell'Autorità di regolazione dei trasporti recentemente istituita.

¹⁰⁰ Sul tema anche attraverso uno studio comparatistico, L. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008; G. DE MINICO, *Il potere regolativo delle autorità indipendenti: Italia ed Europa a confronto*, in *Le autorità indipendenti tra funzioni regolativa e Judicial review*, (a cura di), Napoli, 2015, p. 41; B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2, 2016, p. 32 ss.

posti ad esse, indicano l'interpretazione da dare alla legge regolatrice e l'esatta applicazione della stessa¹⁰¹.

Non di rado, inoltre, il contenuto di questi atti di *soft law* viene inserito in un precedente regolamento, integrandolo o modificandolo. L'esempio più significativo non può che ricadere su quegli orientamenti ufficiali della Consob in merito ai quesiti posti dagli operatori del mercato.

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 riferimento.

Ed infatti, tale categoria di atti nasce come conseguenza del fenomeno della "mercattizzazione" dello Stato e del diritto: le logiche del mercato sono, ormai, predominanti ma, soprattutto, sono in continua evoluzione, e gli atti di *soft law*, apparentemente non vincolanti e certamente non subordinati ai complessi procedimenti di formazione, intervengono nel mercato in maniera diretta ed immediata, in teoria solo per "indirizzare", in pratica, invece, per produrre vere e proprie regole di *hard law*, tutt'altro che morbide e, soprattutto, assolutamente vincolanti, perché difficilmente si sceglie di discostarsi da una comunicazione o da una linea guida, sapendo che essa promana dalla massima Autorità che regola quel determinato e specifico settore¹⁰².

Pertanto, anche se la natura del loro statuto è definita "soft", gli atti di *moral suasion* sono "soft" solo al fine di "sottrarsi ai più impegnativi requisiti che l'ordinamento

¹⁰¹ Fanno parte di queste categorie di atti le comunicazioni interpretative dell'IVASS sui limiti di applicabilità di particolari clausole contrattuali in materia di polizze per la Responsabilità Civile Autoveicoli.

¹⁰² S. MORETTINI, *Il soft law nelle autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in *www.osservatorioair.it*, P4/2011, pp. 7 ss.

impone agli atti fonte, pur aspirando alla medesima efficacia del diritto da quelli prodotta”¹⁰³.

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, deve indurre a riflettere, ma, soprattutto, deve, a parere di chi scrive, mettere in uno stato di allerta, in quanto, per assolvere nella maniera migliore al loro ruolo di regolatori del mercato – le cui logiche sono prevalenti rispetto a qualsiasi altra – le Autorità sono soggetti che agiscono incontrastate nell’ambito del proprio settore di competenza¹⁰⁴.

Infatti, al di là della diversa natura che le caratterizza - essendo, alcune di esse, autorità di regolazione ed altre, invece, autorità di garanzia - ciò che le accomuna è che hanno tutte una funzione di “governo” relativamente al settore per il quale sono state istituite, e in ragione di ciò esercitano i poteri che sono ad esso più funzionali, e l’utilizzo degli atti di *moral suasion* - atti atipici aventi la capacità di modificare l’ordinamento normativo¹⁰⁵ - consente loro non solo di intervenire nel mercato in maniera tempestiva ed immediata - ma, soprattutto di incidere su di esso in maniera non sempre esplicita, grazie all’opera di persuasione e all’autorevolezza di cui godono “primeggiando” nel proprio settore al fine di tutelare quegli interessi alla cui cura sono state preposte dal Legislatore¹⁰⁶.

¹⁰³ M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, cit., p. 58; in argomento, v. anche recentemente, M. CHIARELLI, *La soft regulation e il caso delle nuove linee Anac*, in *Federalismi.it*, n. 3/2019, p. 4 ss.

¹⁰⁴ R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nella società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 33 ss.

¹⁰⁵ M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4, 2016, p. 443; L. DE BERNANDIN, *Soft law*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. 4, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5605; P. MANTINI, *Autorità nazionale anticorruzione e “soft law” nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, 2017; N. MARI, *Linee Guida Anac: la soft law e la gerarchia delle fonti*, in *ItaliAppalti*, 4 aprile 2017.

¹⁰⁶ L’esempio più lampante è dato dalle linee guida dell’Anac. Quest’ultime, a prescindere dalla loro natura vincolante o meno, vanno 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

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 autorevole 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*»¹⁰⁷. I consumatori e le loro associazioni, nell'ambito del mercato, orientano le scelte sulla base della soddisfazione 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*¹⁰⁸.

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 vincolanti¹⁰⁹.

D'altra parte, non sembra allontanarci molto dal vero se si ritiene che non è corretto considerare la *soft law* non vincolante solo perché non è una fonte del diritto in

strettamente normativo. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 18 settembre 2015, n. 4358. In dottrina, cfr. tra gli altri, C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in *Giustamm.it*, n. 4, 2016, p. 7 ss; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?* in *Dir. amm.*, fasc. 3, 2016, p. 273; G.G. GIUFFRÉ, *Le nuove dimensioni del regolamento. Il caso delle linee guida Anac*, in *Federalismi.it*, n. 2/2017, p. 7; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2017, p. 763; V. GIANNELLI, *Linee guida Anac e "fuga" dall'Esecutivo*, in *Forum quad. cost.*, n. 9, 2018.

¹⁰⁷ R. BIN, *Soft law no law*, cit., p. 34.

¹⁰⁸ In tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 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».

¹⁰⁹ Cfr., B. PASTORE, *Soft Law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 2003, p. 5 ss.

senso formale¹¹⁰; 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 vantaggio¹¹¹.

Quando appena affermato induce a sottolineare che la contrapposizione tra *soft law* e *hard law* non deriva dal carattere di flessibilità che contraddistingue la prima in luogo della rigidità della seconda, in quanto anche quest'ultima può rivelarsi flessibile¹¹² attraverso particolari meccanismi di rinvio o ingresso di fonti atipiche all'interno del sistema delle fonti¹¹³.

E' poiché 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, sembra opportuno, come giustamente osservato in dottrina, analizzarla nel più ampio orizzonte del c.d. *regulatory process*, ossia «della dinamica che abbraccia la produzione del diritto ... la sua attuazione (anche attraverso la regolazione) e applicazione in chiave di effettività (meccanismi di enforcement)»¹¹⁴, insomma, come strumento di regolazione.

4. Brevi considerazioni sulla natura dell'interesse da tutelare

L'ultimo oggetto della nostra riflessione è la natura dell'interesse tutelato dalle Autorità indipendenti, che, a parere dello scrivente, si riflette sistematicamente non solo sui caratteri fondanti del fenomeno delle Autorità indipendenti in quanto tale, ma anche sui metodi del sindacato giurisdizionale esercitabili avverso i loro atti¹¹⁵.

¹¹⁰ In tal senso, B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2/2016, cit., p. 32-52; M. E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, cit., p. 101 ss.; contra recentemente, Cons. Stato, n. 7805 del 2019.

¹¹¹ Ne costituisce un esempio la decisione 19 luglio 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.

¹¹² Cfr. Tar Lazio, sez. I, sentenza del 17/07/ 2019, n. 9335.

¹¹³ Ad esempio, tramite il rinvio alle norme tecniche o al contenuto di provvedimenti amministrativi generali, ma anche ad atti delle Autorità di regolazione.

¹¹⁴ B. BOSCHETTI, *ivi*, p. 35.

¹¹⁵ Cfr., ex multis, F.G.SCOCA, *Autorità amministrative Indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere e effettività della tutela*, in *Giustamm.it.*, 2012, passim; cfr. anche, A. TRAVI, *Circa il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica*

Poiché, infatti, in un assetto dei rapporti economici qual è quello che si è ormai delineato, pare difficile individuare sempre e con nettezza un interesse pubblico cui finalizzare l'attività degli organismi in parola, secondo i canoni che sono, invece, propri dei tradizionali meccanismi di garanzia, e poiché, altresì, l'attività delle Autorità amministrative indipendenti comporta l'attuazione di regole sia finalistiche che prudenziali, ma, soprattutto, di regole definite condizionali - tali, cioè, da contenere criteri di comportamento e di condotta rivolti ai soggetti privati, sembra non resti che accedere alla tesi di quanti, anni fa, concludono nel senso che «caratteristica peculiare di tali criteri è che essi non trovano fondamento nella garanzia o nella tutela di un interesse pubblico, ma piuttosto nella necessità ed opportunità di garantire e tutelare, reciprocamente, situazioni soggettive private: di qui ... la possibilità di configurare un interesse pubblico "riflesso" e mediato, affidato, appunto, alla cura delle Autorità indipendenti»¹¹⁶.

Da ciò si dovrebbe giungere 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 gioco¹¹⁷, svolgerebbero una funzione non riconducibile a quella amministrativa tradizionalmente intesa, poiché non finalizzata alla concretizzazione di un interesse pubblico¹¹⁸. Con la conseguenza, che l'attività svolta da queste assumerebbe una

della pubblica amministrazione, in *Foro .it*, 2001, fasc. n. 1, p. 9 ss.; R. CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. Sc. Sup. econ e fin.*, 2005, p. 3. L. CARBONE, *Le Autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione*, in *Rass. dir. Pubbl. eur.*, n. 1, 2015, p. 2; F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del Giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017; F. CINTIOLI, *Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli e le autorità amministrative indipendenti, ieri e oggi*, su *Federalismi.it*, n. 12, 2019, p. 8; S. NAPOLITANO, *La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Gazzetta amministrativa*, n. 1, 2019, p. 159 ss.

¹¹⁶ L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura di delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, (a cura di) Bologna, 1996, p. 60.

¹¹⁷ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, p. 667.

¹¹⁸ 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*, F. MERUSI e F. BASSI (a cura di), *Mercati e*

forma “ibrida”, che, rendendo arduo il compito di ascriverla a uno dei tradizionali ambiti di poteri, si rifletterebbe sul sindacato esercitabile sugli atti di regolazione e sanzionatori¹¹⁹, sui connessi profili di giurisdizione e sull’ampiezza del sindacato in concreto esercitabile sugli atti delle Authorities che hanno finora presentato un assetto cangiante e non pare ancora aver raggiunto un assetto stabile¹²⁰.

Ora, se si accoglie del termine “garanzia” la concezione classica, secondo cui essa sta a indicare qualsiasi meccanismo disposto a presidio di specifici interessi contro l’eventualità di torti cui gli stessi siano esposti¹²¹, è sin troppo facile rimarcare come qualunque incertezza in ordine all’esatta determinazione delle caratteristiche dell’interesse assunto in tutela non può non rifluire sulla stessa definizione delle garanzie¹²².

Del resto, a parere dello scrivente, sembra che proprio il settore dei rapporti economici – molto più decisamente di tanti altri - abbia provato un evento di vero e proprio “collasso”, con il decisivo superamento dei due tradizionali trinomi: soggetto economico di diritto pubblico, regime giuridico pubblicistico, perseguimento dell’interesse pubblico, da un lato; operatore economico privato, regime giuridico civilistico, conseguimento di finalità private, dall’altro.

E ciascuno dei fattori poc’anzi enunciati, a dir il vero ormai da tempo, ha tralasciato

amministrazioni indipendenti, Milano, 1993, p. 96; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Rivista trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss.

¹¹⁹ G. SERGES, *La giurisdizione in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d’Italia tra principi elastici di delega e reviviscenza di disposizioni abrogate*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 1692 ss.

¹²⁰ C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO, *Codice delle Comunicazioni Elettroniche Commentato e Annotato articolo per articolo*, Piacenza, 2018, p. 133.

¹²¹ C. MORTATI, *Il potere discrezionale della Pubblica amministrazione*, in *Noviss. Digesto it., V.*, 1939, p. 1098 ss.

¹²² Si pensi all’ord. n. 10095 del 2015 della Corte di Cassazione, la quale, dinnanzi alla pretesa azionata dai titolari delle azioni di una società quotata nei confronti della Consob, avente ad oggetto la condanna della citata autorità per non aver esercitato i poteri di vigilanza che il legislatore le attribuisce per assicurare la correttezza e la trasparenza dei mercati finanziari, ha sancito che “[spetta] al Giudice amministrativo stabilire, in concreto e nel merito, se l’interesse del privato volto ad ottenere o a conservare un bene della vita quando esso viene a confronto con un potere attribuito dalla legge all’Amministrazione non per la soddisfazione proprio di quell’interesse individuale, ma di un interesse pubblico che lo ricomprende e per la cui realizzazione è dotata di discrezionalità nell’uso dei mezzi a sua disposizione, costituisca un interesse meritevole di tutela ovvero rientri tra gli interessi di mero fatto”.

la sua tradizionale classificazione per muoversi verso combinazioni, di volta in volta, differenti e destinate di lì prossimamente ad essere di nuovo superate; con un'accelerazione, di cui né la dottrina, né la giurisprudenza, né a maggior ragione il legislatore sembrano capaci di tenere il passo¹²³.

Se questo è vero, e se è vero altresì che una sedimentazione di detto processo - non direi definitiva, ma quanto meno ragionevolmente apprezzabile - non pare ipotizzabile nell'immediato, occorre probabilmente adattarsi all'idea di accompagnare il processo medesimo, sforzandosi di interpretarlo attraverso il metodo, per così dire, delle "approssimazioni progressive".

Anche qui, come si vede, un percorso prevedibilmente tutt'altro che agevole quanto alla sua realizzazione pratica. Per non dire che la tesi in parola porta con sé, pressoché naturalmente, la necessità di una generale riconsiderazione della nozione stessa di interesse pubblico¹²⁴; ciò costituisce un'impresa davvero titanica, ma temo, altresì, costituisca un dato di fatto con cui sia ben difficile evitare di confrontarsi.

¹²³ P. CIRIELLO, *Nuovo ruolo del pubblico e ridefinizione del sistema delle garanzie*, in *Raccolta di scritti in memoria di A. Villani*, Napoli, 2000, p. 459.

¹²⁴ Secondo F. BENVENUTI, *Pubblica Amministrazione e legalità*, in *La cultura della legalità*, Roma, 1992, p. 131, «l'interesse pubblico non è più da pensare come interesse personale dell'Ente, ma come interesse impersonale della collettività da esso amministrata».