



I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*

Vincenzo Cerulli Irelli

1. Sulla nozione di «potere normativo» e sul regime degli «atti normativi» delle autorità amministrative indipendenti (Aai)

Oggetto di queste brevi note è l'analisi di un fenomeno, quello indicato nel titolo, di cui subito si chiarisce il significato e se ne delimita l'ambito, assai diffuso nell'esperienza più recente del nostro ordinamento (come di altri Stati membri dell'Unione europea), e oggetto di molteplici studi, anche assai recenti, in sede dottrinale; caratterizzato da ciò, che alcuni rilevanti settori della vita sociale (e, nell'ambito di queste note, alcuni importanti mercati, quello mobiliare finanziario, quello delle telecomunicazioni, quello dell'energia) sono sottoposti a regole (diciamo pure, disciplinati nel loro concreto svolgersi) stabilite, con forza cogente, da organizzazioni amministrative (le c.d. autorità amministrative indipendenti) preposte, appunto, alla regolazione del settore, nell'esercizio di poteri (di varia specie, accomunati nella nozione di regolazione) ad esse attribuiti dalla legge¹.

Queste autorità di settore, sono poste, com'è noto, nei confronti del potere politico (più precisamente, del governo della Repubblica, nelle sue diverse articolazioni organizzative) in una relazione che si denomina, invero con terminologia imprecisa (non tecnica sul piano costituzionale: l'indipendenza è propria delle magistrature, artt. 100, 104) relazione di indipendenza; ciò che nella sostanza significa, come si specificherà *infra*, sottrazione delle organizzazioni stesse, al potere di indirizzo e controllo, che al governo spetta sulla pubblica amministrazione nel suo complesso, nelle sue singole articolazioni organizzative, anche se soggettivate (enti pubblici) e nelle sue singole

* Il testo costituisce il capitolo quarto del volume Astrid a cura di M. D'Alberti e A. Pajno, *Arbitri dei mercati*, di prossima pubblicazione con l'editore Il Mulino.

¹ Non si cita l'amplessima dottrina in materia di autorità amministrative indipendenti. Un quadro completo della problematica è quello delineato da G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle amministrazioni indipendenti*, in *Le amministrazioni indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, a cura di A. Predieri, Firenze, Passigli, 1997; e in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2001, dove tutti i necessari riferimenti. Sui poteri normativi delle autorità indipendenti si vedano nella più recente produzione dottrinale: S. Nicodemo, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, Cedam, 2002; M.A. Cabiddu - D. Caldirola, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in «Amministrare», 2000; F. Politi, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in «Enc. Giur.», 2001; S. Marzucchi, *Regolamenti delle autorità indipendenti*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006; P. Lazzara, *La potestà regolamentare della Condizione Nazionale per le società e la Borsa in materia di intermediazione finanziaria*, in «Fo. Amm.», 2000; F. Cintioli, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 107 ss.; S. Santoli, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, in «Giur.Cost.», 2003; G. De Minico, *Regole, comando e consenso*, Torino, Giappichelli, 2004; P. Caretti (a cura di), *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Torino, Giappichelli, 2005.

manifestazioni. Ciò da cui consegue che il governo non possa rispondere davanti al Parlamento dell'operato di queste amministrazioni, del loro funzionamento (se non per alcuni limitati aspetti), dei risultati della loro azione. Esse sono, ovviamente, sottoposte alla legge, e operano nell'ambito dei poteri conferiti dalla legge, come tutte le amministrazioni, ma, a differenza di queste, non sono soggette alla direzione politica del governo.

Sul punto, si pongono, com'è noto, una serie di questioni sul piano costituzionale, che si riflettono anche sull'assetto stesso della forma di governo da noi vigente, che probabilmente (anche per questo fatto) non è più ascrivibile in senso pieno alla forma di governo parlamentare. Ma queste questioni restano al di fuori dell'analisi oggetto di queste note; le quali, del complesso fenomeno cui s'è appena accennato, prendono in esame uno degli aspetti o delle manifestazioni, certamente assai rilevante anche in merito a queste più generali questioni, quello rappresentato appunto, dal potere normativo che le Aai esercitano, in virtù di attribuzione legislativa, nei diversi settori della vita sociale cui sono preposte.

Si tratta di ciò, che nell'ambito dell'attività di regolazione propria di queste autorità con riferimento al settore di competenza, attività che si esprimono in varia tipologia di poteri amministrativi, a carattere puntuale o generale, poteri ablatori, autorizzatori, sanzionatori, ecc., poteri anche giustiziali in determinati casi, intesi tutti al governo del settore, operanti nell'ambito dell'ordinamento sezionale (secondo la vecchia terminologia cara a Giannini²), esse esercitano poteri (e adottano atti) conferiti dalle diverse leggi, che per il loro contenuto generale e astratto, nonché sostanzialmente innovativo dell'ordinamento («producono nuovo diritto, introducendo delle modificazioni o dei completamenti nel sistema normativo preesistente»: Sandulli³), e perciò sostanzialmente normativo, delle disposizioni cogenti nelle quali si esprimono (che perciò sono ascrivibili alla categoria delle norme giuridiche) sono da considerare atti normativi in senso tecnico, cioè sottoposti al regime proprio degli atti normativi (ovviamente, di rango secondario: regolamenti).

Regime differenziato rispetto a quello degli altri atti ascrivibili alla funzione amministrativa, i cui principali elementi, com'è noto (ma è bene ricordarlo) sono i seguenti: la violazione di detti atti può essere dedotta come motivo di ricorso in Cassazione (art. 360, cod. proc. civ.); la violazione di detti atti da parte di successivi atti amministrativi (generali o puntuali) rileva come causa di illegittimità di questi, per «violazione di legge» (art. 21-*octies*, l. n. 241/90); gli atti possono essere disapplicati in sede giurisdizionale, e anche, per effetto di recente giurisprudenza, nel giudizio amministrativo (a partire da Cons. St., V, 26.2.92 n. 154; v. più di recente, TAR Sardegna, 5.6.99 n. 723; Cons. St., VI, 5.12.02, n. 6657; Cons. St., IV, 14.4.06, n. 2142), ove venga accertato dal giudice (anche d'ufficio) il contrasto del contenuto dispositivo degli atti stessi con norma di legge; gli atti, nel loro contenuto dispositivo, sono conosciuti dal giudice ai fini della risoluzione delle controversie al suo esame, in sede giurisdizionale ordinaria e amministrativa, anche se non allegati dalle parti, in virtù dell'antico principio che il giudice conosce il diritto vigente (*iura novit curia*), principio applicato tuttavia con qualche eccezione in ordine ad atti normativi di limitata portata ed efficacia territorialmente limitata (v., tra le altre, Cass., I, 29/8/06, n. 18661).

Detti atti restano tuttavia ascritti a quelli propri della funzione amministrativa (atti amministrativi in senso tecnico, provvedimenti: artt. 2, 4, 5, l. n. 2248/1865, all. e); art. 26, t.u., Cons. St.) per quanto concerne le modalità della loro adozione (che seguono principi e regole dell'azione amministrativa), nonché per quanto concerne il sindacato giurisdizionale cui sono

² M.S. Giannini, Istituti di credito e servizi di interesse pubblico, in «Moneta e Credito», 1949.

³ A.M. Sandulli, Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo, in Scritti Orlando, II, Padova, Cedam, 1957.

sottoposti (a tutela dei soggetti che per effetto di quegli atti possono essere lesi nei loro diritti o interessi protetti).

Sul concetto di atto normativo e sulle sue applicazioni nel concreto dell'esperienza del nostro ordinamento positivo, emerge la posizione, che sembra la più accreditata e invero l'unica capace di fornire all'interprete un criterio valido al fine di dirimere le controversie, che si può denominare sostanzialista⁴.

Secondo questa impostazione, al fine di qualificare un determinato atto che proviene dalla pubblica amministrazione, come normativo o meno, qualificazione necessaria al fine di stabilire l'applicazione degli elementi di disciplina sopra indicati, occorre guardare al contenuto di dispositivo dell'atto stesso. Se esso si compone di prescrizioni cogenti a carattere generale e astratto (che si rivolgono cioè, per usare la definizione più accreditata di Rescigno, cui senz'altro si rinvia, a una serie indeterminata e indeterminabile di soggetti e a una serie indeterminata e indeterminabile di comportamenti) è atto normativo (regolamento); e di tale atto deve rispettare le forme prescritte a pena di invalidità.

Seguire altro criterio, di carattere formale (cioè individuare l'atto per requisiti di forma, e dalla sussistenza di questi desumere il carattere di atto normativo quanto all'efficacia delle sue disposizioni e al regime applicabile) renderebbe invero in molteplici casi, impossibile all'interprete valutare la validità dell'atto; anche perché nel nostro ordinamento, a differenza che per gli atti di rango legislativo, non sono previste per tutti gli atti di normazione secondaria, forme tipiche (e non lo sono previste, come si vedrà, per gli atti a carattere normativo delle Aai)⁵.

Ai fini della valutazione della validità dell'atto, lo scrutinio consiste propriamente in ciò, se le forme (procedimento, modalità di pubblicazione, ecc.) seguite sono quelle prescritte per il tipo di atto di cui si tratta, guardando agli effetti che esso è chiamato a produrre. Questo procedimento valutativo non può essere ribaltato, a pena di privarlo di ogni significato (ogni forma adottata dall'Autorità di governo o dall'Amministrazione agente sarebbe ammessa). Problema diverso è quello se possano essere ammessi regolamenti a contenuto singolare (i quali perciò abbiano una capacità di derogare *singulatim* a precedenti regolamenti generali)⁶ sul quale non mi soffermo perché esula dall'ambito di queste note. Il problema resta quello di valutare (ai fini della loro esatta collocazione sistematica) atti che presentano indubbiamente i caratteri della generalità e dell'astrattezza nelle prescrizioni nelle quali si esprimono, che a loro volta producono effetti normativi nell'ambito dell'ordinamento (la cui normazione, in assenza di quelle prescrizioni, non imporrebbe i relativi comportamenti o adempimenti).

Invero, ogni atto giuridico (e segnatamente gli atti della funzione amministrativa soggetti al principio di legalità e di tipicità) è tale e viene qualificato per gli effetti che è chiamato a produrre. Ed una volta qualificato, si stabilisce quali forme di esso sono proprie secondo legge, a pena di invalidità.

Orbene, che gli atti di regolazione delle Aai, a contenuto generale e astratto, cogenti nelle loro disposizioni nei confronti di operatori e utenti del settore di competenza, abbiano la natura di atti normativi, sembra non vi siano dubbi. Si tratta di atti sostanzialmente normativi, con quel che ne segue in punto di disciplina applicabile.

Sul punto, occorre tener presente che la questione, in concreto, se un atto sia o non sia normativo, è sempre una questione di interpretazione che il giudice dovrà risolvere caso per caso,

⁴ G.U. Rescigno, *L'atto normativo*, Bologna, Il Mulino 1998; e dello stesso A., le cospicue note in «*Giur. Cost.*», *Atti normativi e atti non normativi. Riflessioni suggerite dalla sent. n. 569 del 1988 della Corte costituzionale* (ivi, 1988); *Forma e contenuto di regolamento* (ivi, 1993). L. Carlassare, (voce) *Regolamento (dir. Cost.)*, in *Enc. Dir.*, V, agg. 2001, e ivi, i riferimenti a p. 960.

⁵ V. la nota impostazione di E. Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967.

⁶ *Ibidem*, p. 359 ss.

in occasione di singole controversie, al fine di stabilirne la disciplina applicabile; sia per quanto concerne l'applicazione degli elementi di disciplina sopra indicati propri degli atti normativi (è consentito o non è consentito il ricorso in Cassazione per violazione dell'atto; il giudice può o non può disapplicare d'ufficio l'atto per contrasto con norme di legge, ecc.), sia al fine di stabilire se sono stati rispettati i requisiti di forma imposti dalla legge (per l'adozione dell'atto occorre la deliberazione del Consiglio regionale o è sufficiente quello di Giunta; occorre o non occorre il parere del Consiglio di Stato, etc.): ovviamente, laddove si pongano problemi, nell'ambito della controversia, in ordine alla disciplina applicabile; chè altrimenti, la questione è del tutto irrilevante.

E così, ad esempio, si è posto in giurisprudenza il caso di un atto a contenuto generale adottato da una regione, il quale, se considerato come atto normativo, necessita, nell'ordinamento di quella regione, di una determinata forma (la determinazione del Consiglio regionale), non necessaria, viceversa, se si tratta semplicemente di atto amministrativo a contenuto generale. Lo scrutinio perciò sulla legittimità dell'atto, in ordine all'adozione della forma prescritta, necessariamente deve trovare il suo presupposto nella previa individuazione della natura del contenuto dispositivo dell'atto stesso (Corte cost., n. 569/88). E ancora, a proposito degli atti normativi statali, si è posto il problema se un atto dal contenuto sostanzialmente normativo sia illegittimo perché adottato senza le forme prescritte dall'art. 17 della l. n. 400/88 (v. Cons. St., VI, 19.9.92, n. 663).

Per quanto riguarda i requisiti di forma degli atti a carattere normativo delle Aai, solo talvolta, come subito si mostra, si rinvencono nelle leggi o nei regolamenti interni delle autorità stesse, specifici requisiti di forma per questi tipi di atti (differenziati rispetto agli altri atti di competenza delle diverse autorità), che in tal caso, evidentemente vanno rispettati a pena di invalidità.

Resta fermo che un requisito di forma è da ritenere sempre prescritto per ogni tipo di atto normativo a qualsiasi soggetto sia imputato, ed è quello della pubblicazione dell'atto in Gazzetta Ufficiale (G.U.), che ne consente la conoscibilità da parte della generalità dei consociati (ovviamente, si fa riferimento ad atti del governo e delle amministrazioni nazionali). La mancanza della pubblicazione, comporta, in ogni caso, la non applicabilità delle sue prescrizioni alla generalità dei consociati; e dei singoli soggetti cui si pretenda applicarlo nell'ambito della controversia di cui si tratta, alla cui conoscenza esso non sia stato direttamente portato. Insomma, in tal caso, esso non può operare, quanto agli effetti, come atto normativo, secondo il regime di cui s'è detto (Corte cost., n. 79/70).

Questa problematica, che emerge sporadicamente in giurisprudenza (con riguardo cioè ai casi in cui si pone la questione della legittimità di un atto in quanto atto normativo) è meno evidente a proposito degli atti normativi delle Aai, perché invero, come s'è accennato, nell'ambito di dette amministrazioni, le forme seguite (in virtù di leggi e di regolamenti interni) per l'adozione degli atti di competenza, e segnatamente di quelli a carattere generale (a prescindere cioè dal loro contenuto normativo), sono in genere le stesse; e contemplano, come subito si mostra, un procedimento ampiamente partecipato, l'adozione mediante delibera motivata e la successiva pubblicazione in G.U.

Né risulta, allo stato della nostra giurisprudenza, che sia emersa la questione della qualificazione come atti normativi di atti delle Aai, rispetto agli altri fini rispetto ai quali tale questione, come s'è mostrato, in teoria si può porre (invalidità dei successivi atti per contrasto, disapplicazione da parte del giudice amministrativo, ricorso in Cassazione, ecc.). Resta perciò, allo stato, un problema di carattere fondamentalmente teorico.

2. Quadro degli atti normativi delle autorità e delle relative fonti

Come si è accennato, il quadro dei poteri normativi delle Aai, qui limitato a quelle preposte alla regolazione di mercati (ma altrettanto ricco, come è noto, è quello di altre autorità, e tra tutte, del Garante per la protezione dei dati personali), è assai ricco; come si desume dalla legislazione vigente (di fonte nazionale e comunitaria), variegata di previsioni, a volte esplicite (nel senso dell'attribuzione di poteri normativi, anche nella nomenclatura); a volte reticenti; a volte strutturate attraverso norme a contenuto specifico e puntuale, in altri casi del tutto generiche fino a configurarsi come mere attribuzioni di potere.

Il quadro nelle sue grandi linee è il seguente.

Con riferimento alle autorità - Banca d'Italia e Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) - operanti nel settore bancario, finanziario e mobiliare, la potestà regolamentare attribuita alle stesse trova la sua fonte, essenzialmente, nelle norme del d.lgs. 383/95 (c.d. Tub), e nelle norme del d.lgs. 58/98 (c.d. Tuf), e nella l. 216/74, istitutiva della Consob (a titolo meramente esemplificativo, senza voler enumerare le varie previsioni di legge, che attribuiscono alle autorità in questione espressamente il potere di adottare «regolamenti», v. art. 4, comma 1, Tub, secondo cui «la Banca d'Italia [...] emana regolamenti nei casi previsti dalla legge», l'art. 3 Tuf, che fa espresso riferimento ai «regolamenti» e ai «provvedimenti di carattere generale» della Consob e della Banca d'Italia, l'art. 1 della legge n. l. 216/74).

Per il settore delle telecomunicazioni, le norme di legge attributive del potere normativo all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom), si rinvengono, oltre che nella l. 481/95 istitutiva delle Autorità per i servizi di pubblica utilità (v., ad es., l'art. 2, co. 12, che elenca le funzioni affidate all'autorità), nella legge n. 249/97, istitutiva dell'Agcom (v., ad es., l'art. 1, co. 6, lett. c), secondo cui il Consiglio «garantisce l'applicazione delle norme legislative sull'accesso ai mezzi e alle infrastrutture di comunicazione, anche attraverso la predisposizione di specifici regolamenti», e il co. 9, relativo ai regolamenti interni di organizzazione e funzionamento); e nel d.lgs. n. 259/03, Codice delle comunicazioni elettroniche (v., ad es., l'art. 42, che definisce i «poteri dell'Autorità in materia di accesso ed interconnessione», riportato *infra*).

Per il settore dell'energia, si deve fare riferimento alla citata legge n. 481/95 e al d.lgs. n. 79/99, recante norme comuni per il mercato dell'energia elettrica, che contengono norme attributive di poteri normativi, o comunque a carattere generale, all'Autorità per l'energia elettrica e il gas (Aeeg). V., ad. es., l'art. 2, co. 12, lett. e), f), h) della l. n. 481/95, che affida all'Autorità le funzioni, rispettivamente: di stabilire e aggiornare «la tariffa base» del servizio pubblico; di emanare «le direttive per la separazione contabile e amministrativa» e di «verifica dei costi»; e «le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi»; ed anche il co. 23 del cit. art. 2, secondo cui l'Autorità disciplina «con proprio regolamento» audizioni periodiche di associazioni di consumatori, utenti, ecc.. Con riferimento al d.l.vo n. 79/99, v. gli l'art. 3, co. 3, secondo cui l'Autorità «fissa le condizioni atte a garantire a tutti gli utenti della rete la libertà di accesso a parità di condizioni, l'imparzialità e la neutralità del servizio di trasmissione e dispacciamento», e l'art. 5, comma 1, per il quale l'Autorità «prevede [...] i compiti del gestore del mercato in ordine al bilanciamento della domanda e dell'offerta e gli obblighi di produttori e importatori di energia elettrica».

Nel settore assicurativo, la normativa di legge, fonte dei poteri normativi dell'Autorità, è costituita dal Codice delle Assicurazioni private, di cui al d.lgs. n. 269/05 (sul quale v. il cospicuo parere del Consiglio di Stato, Sez. cons., citato *infra*) e dalla legge n. 576/82, di riforma della vigilanza sulle assicurazioni, istitutiva dell'Isvap. La normativa del Codice contiene un'attribuzione di potestà regolamentare all'Istituto di carattere generale (l'art. 5, infatti stabilisce che «l'Isvap adotta ogni regolamento necessario per la sana e prudente gestione delle imprese o per la trasparenza e la correttezza dei comportamenti dei soggetti» e l'art. 191, secondo cui «l'Isvap [...]

adotta, con i regolamenti per l'attuazione delle norme contenute nel presente codice, disposizioni di carattere generale»), cui si affianca una potestà regolamentare su particolari materie. Ad esempio, l'art. 2, co. 6, in tema di classificazione per ramo delle assicurazioni sulla vita, stabilisce che «l'Isvap adotta, con regolamento, le istruzioni applicative sulla classificazione dei rischi all'interno dei rami»; l'art. 7, stabilisce che i reclami si propongono davanti all'Isvap secondo la procedura prevista con «regolamento adottato [...] nel rispetto dei principi del giusto procedimento»; l'art. 183, in materia di trasparenza delle operazioni e di protezione dell'assicurato, stabilisce che l'Isvap adotta, «con regolamento, specifiche disposizioni relative alla determinazione delle regole di comportamento da osservare nei rapporti con i contraenti».

Dall'esame delle citate norme di legge emergono una serie di considerazioni.

Anzitutto, si rileva che in capo a tutte le Autorità è prevista la titolarità di poteri di regolamentazione, sia aventi efficacia interna, sia produttivi di effetti all'esterno, cioè nei confronti dei soggetti, operatori ed utenti del settore economico sociale di competenza.

Le Aai hanno poteri di regolamentazione interna per quanto concerne l'organizzazione, il personale, la contabilità e lo svolgimento interno delle funzioni; adottando atti che le leggi stesse definiscono «regolamenti», attraverso i quali, appunto, le diverse autorità stabiliscono «le norme concernenti l'organizzazione interna e il funzionamento, la pianta organica del personale di ruolo» (art. 2, co. 28, l. n. 481/95); «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, per l'Agcom); «le norme concernenti la propria organizzazione ed il proprio funzionamento» (art. 1, l. 216/74, per la Consob).

Si tratta di poteri che rientrano nell'autonomia organizzativa (generalmente prevista) delle amministrazioni e degli enti pubblici, presentando, nel nostro caso, la particolarità che i relativi atti non sono sottoposti a procedimenti di controllo (peraltro si tratta di amministrazioni, indipendenti, appunto, in ordine alle quali perciò non sussistono poteri di vigilanza in capo alle autorità di governo).

Per quanto attiene ai poteri a carattere normativo produttivi di effetti all'esterno, tutte le autorità in esame sono titolari di vaste attribuzioni legislative, presentando tuttavia la legislazione vigente, rilevanti differenze quanto al tipo di disciplina.

Innanzitutto, vi sono casi in cui è la stessa legge a stabilire espressamente che determinati atti dell'autorità con rilevanza esterna, abbiano natura di «regolamenti» (ciò vale, in particolare, nel settore bancario, finanziario e assicurativo, le cui normative di settore attribuiscono alle autorità di regolazione il potere di adottare, appunto, «regolamenti» per disciplinare determinate materie).

Tuttavia, anche in questi casi, solo talvolta la legge stabilisce con precisione le modalità, i criteri e gli oggetti della regolamentazione. Si tratta di ipotesi estremamente limitate, tra cui si può citare, ad es., l'art. 33 Cod. assicur. priv., in base al quale «l'Isvap determina, con regolamento, per tutti i contratti da stipulare [relativi ai rami vita] che prevedono una garanzia di tasso di interesse un tasso di interesse massimo, che non può superare il sessanta per cento del tasso medio dei prestiti obbligazionari dello Stato»; l'art. 15, co. 5, del Tuf, in tema di potestà regolamentare della Banca d'Italia sulla partecipazione al capitale in Sim e Sicav; al di fuori del quadro normativo indicato, a volte il legislatore interviene con successive norme limitative dei poteri normativi delle Autorità (come ad es. 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: Tar Lazio, n.5769/09 cit. *infra*).

Il più delle volte vi sono solo previsioni generiche su cui si fonda il potere normativo delle autorità. Ad esempio l'Isvap «adotta ogni regolamento necessario per la sana e prudente gestione delle imprese o per la trasparenza e la correttezza dei comportamenti dei soggetti vigilati» art. 5 Cod. assicur. priv.), mentre l'Agcom ha il compito di garantire mediante regolamenti,

«l'applicazione delle norme legislative sull'accesso ai mezzi e alla infrastrutture di comunicazione» (art. 1, co. 6. lett. c) l. n. 249/97). Sui mercati finanziari, Consob e Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza regolamentare, sono tenute all'osservanza di alcuni generali principi stabiliti dalla legge (art. 6, co. 1, Tuf) circa la proporzionalità, l'agevolazione dell'innovazione e della concorrenza, e così via.

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 all'autorità, con l'indicazione degli scopi e dell'interesse pubblico da perseguire e tutelare nel settore.

Ad esempio, per il settore dell'energia, 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), ad esempio, ha fondato proprio su questa generica previsione la legittimità dell'esercizio da parte dell'Aeeg di poteri normativi, volti a «dettare prescrizioni atte a garantire la sicurezza degli impianti» di erogazione gas⁷. Per il settore delle comunicazioni, si può citare l'art. 42 del Cod. comun. elettr. cit., che, nel definire i «poteri dell'Autorità in materia di accesso ed interconnessione», stabilisce, tra l'altro, che «nel perseguire gli obiettivi stabiliti dall'articolo 13, l'Autorità incoraggia e garantisce forme adeguate di accesso, interconnessione e interoperabilità dei servizi, esercitando le proprie competenze in modo da promuovere l'efficienza economica e una concorrenza sostenibile e recare il massimo vantaggio agli utenti finali» e che gli obblighi e le condizioni imposti dall'autorità «sono obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori».

Le norme attributive alle Aai di poteri che possono tradursi, ed effettivamente si traducono in atti a contenuto normativo, spesso, dunque, consistono di mere attribuzioni di potere, mentre solo in pochi casi dettano prescrizioni specifiche cui le autorità debbono attenersi nella adozione dei relativi atti (a fronte delle quali si esprime successivamente, come subito si mostra, il sindacato giurisdizionale sugli atti stessi).

E' sempre prevista per gli atti di questo tipo, normativi o comunque a contenuto generale, la pubblicazione in G.U.⁸ Gli altri atti a carattere puntuale, di competenza delle medesime autorità, in genere vengono pubblicati nelle forme di pubblicazione interna⁹.

⁷ Nella sentenza, commentata da S. Santoli, in «Giur. Cost.», 2003, I, p. 1785, il Consiglio di Stato ha qualificato come «atto normativo» la delibera Aeeg n. 236 del 2000.

⁸ Per gli atti della Banca d'Italia, v. l'art. 8, co. 2, Tub, secondo cui «i provvedimenti di carattere generale della Banca d'Italia sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana quando le disposizioni in essi contenute sono destinate anche a soggetti diversi da quelli sottoposti a vigilanza». Per gli atti della Consob, l'art. 3 Tuf stabilisce che «i regolamenti e i provvedimenti di carattere generale della Banca d'Italia e della Consob sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale». Per gli atti dell'Isvap, l'art. 9, comma 5 Cod. assicur. priv. stabilisce che «i regolamenti, le raccomandazioni di carattere generale adottati dall'ISVAP sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale». Per gli atti dell'Aeeg, è il regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità, approvato con deliberazione n. 26/01, all'art. 6, a stabilire che «la pubblicità delle deliberazioni a carattere generale è assicurata attraverso la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale». Per gli atti dell'Agcom, l'art. 10-bis del nuovo regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'autorità, approvato con deliberazione n. 316/02/CONS, stabilisce che «le delibere che hanno rilevanza generale dell'Autorità» sono pubblicate in G.U. (e, più in generale, «degli atti emessi nell'esercizio delle funzioni istituzionali»).

⁹ L'art. 3 del Tuf stabilisce che, oltre i regolamenti, «gli altri provvedimenti rilevanti relativi ai soggetti sottoposti a vigilanza sono pubblicati dalla Banca d'Italia e dalla Consob nei rispettivi Bollettini». L'art. 9, comma 5 Cod. assicur. priv. stabilisce che «ogni altro provvedimento rilevante relativo ai soggetti sottoposti a vigilanza, sono pubblicati dall'ISVAP nel suo bollettino». Con riferimento agli atti dell'Aeeg, l'art. 2, comma 26, l. 481/95, prevede che «la pubblicità di atti e procedimenti delle Autorità è assicurata anche attraverso un apposito bollettino pubblicato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri».

Sul versante del procedimento, emerge che l'attività normativa delle Aai appare impostata (pur in mancanza della disciplina unitaria), secondo un modello unitario; che non è, come si è avvertito, proprio solo degli atti normativi, ma, possiamo dire, è comune a tutti gli atti a contenuto generale, e quindi anche degli atti normativi. Modello invero del tutto alternativo a quello proprio degli atti normativi del governo (art. 17, l. n. 400/88), ai quali per il loro contenuto, per la loro portata normativa, si direbbe, gli atti in esame possono essere rapportati (altre discipline si applicano nell'ambito di altre manifestazioni del potere normativo, regionale, locale, ecc.).

Gli elementi di questo modello organizzativo, fortemente differenziato rispetto a quello tradizionale (cui resta accomunato, ovviamente, dalla pubblicazione in G.U. dell'atto, senza la quale l'atto non potrebbe essere qualificato come atto normativo) sono fondamentalmente due: il procedimento partecipato, la motivazione.

E difatti, nell'ambito di tutte le autorità in esame, con qualche differenza di disciplina e sulla base di previsioni di diversa fonte, è sempre prevista l'applicazione dei principi e delle regole circa il giusto procedimento e la motivazione degli atti. In alcuni casi, come per l'Agcom (art. 11, d.lgs. n. 259/03), con estensione a tutti gli atti dell'autorità «che abbiano un impatto rilevante sul mercato di riferimento»; opera la prescrizione specifica circa l'osservanza della l. n. 241/90 (art. 13, d.lgs. n. 259/03; si v. anche il regolamento di organizzazione e funzionamento, adottato con la delibera n. 316/02/CONS e succ. modif., il quale stabilisce, all'art. 26, che «*nell'esercizio delle proprie attività, l'Autorità si ispira ai principi della trasparenza, della partecipazione e del contraddittorio stabiliti dalla legge 7 agosto 1990 n. 241*»). E così anche per l'Isvap, il Cod. assicur. priv., all'art. 9, co. 3, stabilisce l'applicazione dei principi sulla partecipazione e sull'accesso stabiliti dalla l. n. 241/90, e all'art. 191, co. 4, prevede che i regolamenti sono adottati «nel rispetto di procedure di consultazione aperte e trasparenti che consentano la conoscibilità della normativa in preparazione e dei commenti ricevuti». In altri casi, come per l'Aeeg, è la stessa autorità a definire le disposizioni generali in materia di svolgimento dei procedimenti, individuando uno specifico procedimento partecipato «per la formazione di atti normativi e di atti a contenuto generale» (art. 5, delib. n. 61/97).

L'applicazione di questi principi e regole, peraltro, come si mostra subito *infra*, è ritenuta dalla giurisprudenza (citata al § 4.), ormai si direbbe consolidata, e anche a prescindere da singoli disposizioni di legge, prescritta a pena di invalidità dei relativi procedimenti.

Curiosamente (si tratta invero di una inspiegabile aporia dell'ordinamento positivo) si tratta proprio dei due elementi – la partecipazione e la motivazione – che la legge generale sull'azione amministrativa esclude siano prescritti nell'ambito dei procedimenti per l'adozione degli atti normativi (art. 3, co. 2 e art. 13, co. 2, l. n. 241/90).

In questi procedimenti i soggetti portatori degli interessi coinvolti nell'adozione dell'atto (perché destinati a subirne gli effetti) diventano parti necessarie (nel senso di cui all'art. 7 della stessa l. n. 241/90) cui l'avvio del procedimento dovrebbe essere comunicato, che possono presentare memorie e documenti, istanze ed osservazioni: soggetti identificati negli operatori del settore di competenza e loro rappresentanze collettive nonché nelle associazioni dei consumatori e degli utenti.

Della attività di partecipazione, dei suoi esiti in ordine alle decisioni finali dell'autorità, nel confronto dialettico degli interessi, viene dato ampio riscontro nella motivazione degli atti, spesso assai analitica, tale da consentirne il più penetrante sindacato.

3. Su alcune questioni di costituzionalità

L'attribuzione alle Aai di poteri normativi in senso tecnico (adozione di atti a contenuto sostanzialmente normativo e perciò sottoposti al regime proprio degli atti normativi, quanto alla efficacia degli stessi) ha suscitato, come è noto, molteplici problemi di ordine costituzionale, anche per la circostanza che la nostra Costituzione tace del tutto sul fenomeno stesso delle Aai; e d'altro canto, essa contempla poteri normativi, ovviamente di carattere secondario, oltre che in capo allo Stato, solo in capo agli enti del governo territoriale (art. 117, co. 6; 121, co. 4; 123, co. 1) nonché alle Università e alle altre istituzioni di alta cultura (art. 33, co. 1).

Sul punto in estrema sintesi dato il carattere di queste note, e rinviando all'ampia produzione della dottrina costituzionalistica, si può considerare quanto segue.

Sulle Aai, come amministrazioni sottratte all'indirizzo politico amministrativo del governo, come modello organizzativo alternativo a quelli tradizionali della nostra pubblica amministrazione, è sufficiente qualche cenno.

E' noto che nel nostro sistema positivo, anche sulla base di principi costituzionali, si configurano più tipi di relazioni tra politica e amministrazione (intendendo con questa espressione, i rapporti tra organi di direzione politica e uffici burocratico professionali nell'ambito delle diverse organizzazioni pubbliche, nonché la distinzione o separazione tra sfere di competenza rispettivamente dell'una e dell'altra categoria di uffici nell'esercizio delle funzioni di amministrazione).

E tra questi modelli di relazioni, recentemente si va delineando il modello, precedentemente sconosciuto (almeno nell'ambito dell'amministrazione attiva), quello della indipendenza appunto, caratterizzato da ciò, che alcune organizzazioni amministrative e i relativi ambiti di competenza sono sottratti all'indirizzo politico amministrativo dell'autorità politica, e segnatamente, per quanto riguarda l'organizzazione dello Stato, sono sottratte all'indirizzo del governo.

Questo modello di relazioni, che appunto si configura nelle Aai, può essere con qualche cautela ricondotto ai principi di cui all'art. 97 Cost., portando alle estreme conseguenze il loro significato, laddove garantiscono, in funzione dei principi di imparzialità e buon andamento, spazi di amministrazione riservati alla competenza e alla responsabilità propria di uffici professionali; ciò che in determinati settori può consentire la sottrazione di questi ambiti di amministrazione anche all'indirizzo del governo. Con qualche anomalia, invero, come s'accennava, dal punto di vista della forma di governo, perché da una parte è vero che la politica non deve ingerirsi nelle cose dell'amministrazione nella loro concretezza e puntualità, ma è vero allo stesso tempo che le autorità politiche debbono rispondere alla collettività dell'andamento complessivo dell'amministrazione.

Ad ogni modo, questo più generale problema, certamente assai delicato nel nostro sistema costituzionale, e ancora perplesso, pare tuttavia nella gran parte delle sue manifestazioni e anche in quelle oggetto delle presenti note, sostanzialmente superato dalle previsioni del diritto europeo, che in molti settori economico sociali, e in tutti quelli oggetto delle presenti note, prevedono appunto che la regolazione nazionale, in base ai principi dello stesso diritto europeo, preveda specifiche autorità di settore, dotate di indipendenza e comunque differenziate rispetto alle ordinarie articolazioni dell'organizzazione statale.

E queste autorità di settore, come s'è accennato, ricevono dallo stesso diritto europeo ampie attribuzioni di poteri di regolazione, alcuni dei quali certamente ascrivibili alla categoria dei poteri normativi¹⁰.

¹⁰ Le autorità in esame trovano tutte un fondamento nel diritto europeo, con disciplina più o meno intensa, che in qualche caso espressamente ne stabilisce il requisito dell'indipendenza. Per il settore dell'energia, l'art. 23 Dir. 2003/54/CE del Parlamento e del Consiglio, prevede che gli Stati membri «designano uno o più organismi competenti con la funzione di autorità di regolamentazione. Tali autorità sono pienamente indipendenti dagli interessi dell'industria elettrica». Per il settore delle telecomunicazioni, l'art. 3, comma 2, dir. 2002/21/CE del Parlamento e del Consiglio «che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica» (c.d. direttiva quadro), impone agli Stati membri di garantire «l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione provvedendo

Quanto al potere normativo delle autorità, nell'ambito dei poteri di regolazione attribuiti alle stesse, si sono posti in dottrina molteplici dubbi circa la costituzionalità dell'attribuzione legislativa di detti poteri. Ma invero solo qualche voce dottrinale si è espressa nel senso della illegittimità costituzionale in sé dell'attribuzione; mentre si possono certamente porre problemi di costituzionalità con riferimento a singole norme attributive di poteri normativi¹¹.

In termini generali, basterà qui ricordare che nell'ambito della normazione secondaria vige nel nostro sistema positivo il principio della atipicità degli atti normativi, categoria aperta ad una serie di specie e di modelli stabiliti dalla legge.

D'altra parte, è notazione diffusa, quella della pluralità dei soggetti normatori, e perciò dei tipi di fonti normative, in un ordinamento ormai fortemente pluralistico come il nostro, quanto all'assetto dei pubblici poteri¹².

E' la legge (e in materia il principio di legalità opera nella sua portata più stretta) che determina le specie degli atti normativi secondari e l'attribuzione dei relativi poteri ai diversi soggetti pubblici. Sul punto, mi pare che si riscontri convergenza di posizioni in dottrina e in giurisprudenza: la legge può attribuire poteri normativi a soggetti diversi da quelli previsti in Costituzione, e segnatamente ad enti non politici (cioè non direttamente rappresentativi della collettività, come viceversa sono gli enti del governo territoriale). Peraltro ciò è espressamente previsto dalla stessa Costituzione almeno per le Università e le istituzioni di alta cultura, che certamente non sono enti politici.

Ed è acquisizione pacifica in dottrina e in giurisprudenza, e tradizionale nel diritto amministrativo italiano, che tutti gli enti pubblici (in conseguenza dell'essere tali) hanno la titolarità di un sia pur limitato potere regolamentare in ordine alla propria organizzazione e al proprio funzionamento (contabilità, personale, ecc.) nonché in ordine ai procedimenti

affinché esse siano giuridicamente distinte e funzionalmente autonome da tutti gli organismi che forniscono reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica». In tutti i casi, il diritto europeo stabilisce che si tratti di specifiche autorità di settore, dotate di specifica competenza, differenziate dalle amministrazioni dipendenti dai governi nazionali. Ad esempio: la dir. 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, (mercati degli strumenti finanziari, Tit. IV, *Autorità competenti*), stabilisce, all'art. 48, che lo Stato membro «designa le autorità competenti incaricate dello svolgimento di ciascuna delle mansioni previste dalle diverse disposizioni della presente direttiva» e che le autorità designate «sono autorità pubbliche». La dir. 2002/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio «sulla intermediazione assicurativa» (art. 7 *Autorità competenti*), stabilisce che gli Stati membri «designano le autorità competenti per l'attuazione della presente direttiva» le quali «possono essere pubbliche autorità, enti riconosciuti dal diritto nazionale oppure da pubbliche autorità espressamente abilitate a tal fine dalla legislazione nazionale». La Dir. 2006/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio «relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio» all'art. 4, definisce le «autorità competenti» come «autorità nazionali abilitate, in forza di legge o regolamento, all'esercizio della vigilanza sugli enti creditizi», le quali «devono essere pubbliche autorità oppure enti ufficialmente riconosciuti dalla legislazione nazionale o dalle pubbliche autorità come soggetti appartenenti al sistema di vigilanza in vigore in ciascuno Stato membro».

¹¹ V. ad es., la posizione assai critica di M. Manetti, *Autorità indipendenti (Dir. Cost.)*, in *Enc. Giur.* 1997, che sostiene l'incostituzionalità delle attribuzioni normative delle autorità indipendenti: negli ordinamenti democratici «solo l'investitura democratica» potrebbe, secondo la chiara Autrice, «legittimare la titolarità di poteri normativi». Già G. Guarino, a proposito dei vasti poteri normativi attribuiti dal Tub alla Banca d'Italia, aveva espresso al riguardo dubbi di legittimità costituzionale (*L'armonizzazione della legislazione bancaria: la revisione dell'ordinamento bancario del 1936*, in « Riv. Banc. », 1995).

¹² Per tutti, A. Sandulli, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1970: «In un sistema così consegnato, i cui elementi sono diventati tanto intensamente bisognosi di disciplina – in buona parte tecnica – e vogliosi di autonomia, i centri di normazione sono venuti naturalmente a moltiplicarsi, diffondendosi perciò su vasta scala la portata normativa delle più diverse autorità amministrative» (ivi, p. 51). Il chiaro Autore già prefigurava il fenomeno, come destinato a intensificarsi nell'esperienza degli Stati democratici contemporanei, della normazione secondaria dell'Esecutivo, come quello che investe senz'altro «rapporti interprivati»; ben al di là della disciplina dell'organizzazione, dei procedimenti, ecc., materie tradizionali di pertinenza di detta normazione.

amministrativi di rispettiva competenza (art. 2, co. 2; art. 4, l. n. 241/90). Principio, questo, confermato in precisi termini, dalla stessa Costituzione, nel testo riformato, a proposito degli enti locali (art. 117, co. 6).

Né si può sostenere che il conferimento di tali poteri ad autorità non politiche (come i nostri tradizionali enti pubblici strumentali), sia consentito soltanto laddove si tratta di organizzazioni amministrative soggette all'indirizzo politico amministrativo del governo (come lo sono in genere gli enti pubblici), ciò che comporterebbe la negazione di poteri normativi in capo alle Aai.

Infatti una tale affermazione non troverebbe invero alcun riscontro costituzionale e verrebbe a negare in radice la stessa ammissibilità delle Aai come modello di amministrazione di settore; ciò che come sopra si è accennato, non avrebbe alcuna giustificazione sul piano costituzionale e viceversa, sarebbe in contrasto con norme del diritto europeo.

Invero, una volta ammesse le Aai come organizzazioni di regolazione di settore, ad esse non può essere negato il potere normativo, che è in qualche modo connaturato allo stesso modello di queste Amministrazioni; e perciò laddove, come è da ritenere nella regolazione dei mercati, questo modello può, e in alcuni casi deve, essere previsto dalla legge, in questi settori si avrà una normazione, ovviamente secondaria, emanata dalle autorità stesse.

Tuttavia, che il potere normativo secondario debba essere supportato, nei diversi settori nei quali è previsto e in capo a qualsiasi soggetto pubblico sia previsto (e a maggior ragione, si direbbe, laddove previsto in capo ad organizzazioni amministrative sottratte al potere di indirizzo dell'autorità politica), da adeguata base legislativa, non limitata alla mera previsione del potere (senza la quale il relativo esercizio avverrebbe in carenza di potere e gli atti adottati sarebbero radicalmente nulli), ma consistente di indicazioni specifiche circa l'oggetto, gli scopi ed interessi da curare; circa i presupposti per l'esercizio in concreto; circa gli spazi normativi da coprire, ecc. (insomma, ricca di prescrizioni sostanziali) è da ritenere pacifico. Ciò vale segnatamente nei casi, nei quali sono compresi i poteri normativi di cui si tratta, di poteri di normazione secondaria attribuiti su materie coperte da riserva (relativa) di legge; materie nelle quali il potere regolamentare si esercita «in un contesto di scelte normative sostanziali predeterminate, tali che il potere dell'amministrazione sia circoscritto secondo limiti e indirizzi ascrivibili al legislatore» (così, Corte cost., n. 383/98; v. anche, n. 236/94, n. 512/90). E la migliore dottrina puntualizza che la riserva relativa di legge richiede «si ponga un solido confine all'attività regolamentare del governo, disciplinando le diverse materie in modo da circoscrivere ed indirizzare la funzione normativa dell'esecutivo»¹³.

Ciò fa dubitare invero della legittimità costituzionale, almeno di alcune delle norme sopra indicate, attributive di poteri normativi alle Aai.

La questione, da noi, ancora non è emersa all'attenzione della Corte costituzionale. Ma le (assai note) affermazioni del *Conseil Constitutionnel* relative alla legge francese sul *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel*, credo possano essere ritenute valide anche nel nostro ordinamento (peraltro soggetto, come quello francese, ai medesimi principi di diritto europeo). In sostanza, l'attribuzione di «*compétences réglementaires*» al *Conseil Supérieur* (e più in generale, secondo il *Conseil Constitutionnel*, a «*une autorité de l'Etat autre que le premier ministre*»; da noi, si direbbe, diversa dal governo) è ammessa a condizione che essa «*ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu*» (fermo restando che appartiene al legislatore fissare le regole) «*concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques*»). In conseguenza, dichiara l'incostituzionalità di alcune norme della legge, perché attributive di poteri normativi troppo estesi e troppo poco definiti, in materia, all'autorità di settore (*Cons.const.* 18.9.86 n. 86/217; 17.1.89 n. 88/248; v. di recente, sulla legge

¹³ L. Carlassare, *Regolamenti*, cit., p. 965.

relativa all'accesso a Internet, e sui relativi poteri interdittivi conferiti alla *Haute Autorité, Cons. const.* 10.6.09 n. 2009/580).

La portata, «*trop étendue*», invero, di alcuni dei poteri normativi attribuiti alle nostre Aai, come s'è visto, dovuta al contenuto, troppo vago, delle relative norme legislative pone dunque indubbiamente un problema di costituzionalità di esse; ancor più, si direbbe, rispetto alla Francia, in un ordinamento come il nostro, nel quale il principio di legalità è inteso in senso più stretto e nel quale abbondano le riserve di legge sia pur relative (che investono tutti i settori in oggetto).

Tuttavia, anche con riferimento a queste manifestazioni del potere normativo delle Aai, dobbiamo tener presente che l'esercizio del potere stesso, in concreto, resta soggetto alla disciplina generale di cui si è detto, assai più analitica e puntuale e perciò più garantistica, di quella propria degli atti normativi del governo; e assai più garantistica di quella generalmente applicata all'esercizio della funzione amministrativa in base ai principi di cui alla legge n. 241/90; e in conseguenza, soggetta ad un più penetrante controllo giurisdizionale.

E in secondo luogo, occorre tener presente che al di là delle singole previsioni legislative circa singoli poteri attribuiti alle diverse autorità, come si è visto, l'esercizio in concreto di questi è in ogni caso vincolato al perseguimento degli scopi di interesse pubblico alla cui cura l'autorità stessa nel settore di competenza è deputata; ciò che a sua volta rileva in sede di sindacato giurisdizionale.

4. *Itinerari della giurisprudenza*

Gli atti normativi delle Aai, come si è accennato, sono sottoposti ad un penetrante sindacato giurisdizionale, riservato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 2, co. 25, l. 481/95; art. 1, co. 26, l. 249/97, art. 9 d.lgs. n. 259/03, Cod. comunic. elettr.; art. 33, d.lgs. n. 80/98); e data la rilevanza (anche economica) degli interessi coinvolti, il contenzioso in materia è molto esteso e si è tradotto in una vastissima giurisprudenza che presenta invero grande interesse sul piano dell'innovazione giurisprudenziale in ordine al sindacato proprio del giudice amministrativo.

Anzitutto, la giurisprudenza amministrativa non dubita della legittimità in sé dell'attribuzione di poteri normativi alle Aai; conferma, invero, quanto sopra si è affermato sul punto. L'attribuzione di poteri normativi alle Aai appare ineliminabile, in quanto alle stesse connaturata, trattandosi di autorità preposte alla regolazione di un settore economico sociale (preposte al «governo» del settore). Ma occorre, ovviamente, una espressa attribuzione legislativa, che espliciti l'ambito di operatività del potere medesimo e i criteri di fondo cui si deve ispirare.

Sul punto il Consiglio di Stato (Sez. consult. atti normativi, 14/2/05, n. 11603/04 (§§ 6.1, 6.2., 6.3 e 6.5), nel rendere parere sullo schema di decreto legislativo relativo al Codice delle assicurazioni, prendendo spunto dai poteri ivi riconosciuti all'Isvap, ha svolto considerazioni di carattere generale sui poteri delle autorità indipendenti, affermando che in capo alle stesse «siano configurabili funzioni normative». Considera superata «la tradizionale impostazione negativa, secondo la quale l'attribuzione di poteri normativi risulta configurabile solo a fronte di soggetti dotati di rappresentatività» e riconosce il «policentrismo normativo», 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». Le autorità indipendenti «costituiscono certamente una tipologia speciale di soggettività pubblica», che deve comunque trovare «in un profilo legislativo primario la fonte attributiva del potere e i criteri di fondo che devono presiedere all'esercizio di detto potere». In base al principio di legalità – sostiene sempre il Consiglio di Stato – «l'azione

delle autorità indipendenti può esprimersi anche attraverso atti normativi e, a seconda dei casi, attraverso regolamenti» di vario tipo (§§ 6.1. e 6.2.).

Si riconosce altresì una «copertura costituzionale» e/o una «copertura comunitaria» del potere normativo delle autorità indipendenti: la legge nel conferire (talora implicitamente) detti poteri normativi «spesso lo fa in attuazione dei principi costituzionali». Un fondamento costituzionale è stato rinvenuto, oltre che nel principio di legalità, «nel principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, nonché nei principi regolanti singoli settori o attività, quali gli artt. 41, 47, 21, 39 Cost. ecc.» che forniscono «caso per caso» un fondamento costituzionale «diversificato» a seconda del tipo di autorità (§ 6.3.). Il fondamento in principi e norme di livello «sovra-primario» dei poteri normativi delle autorità si rinviene poi – afferma il Consiglio di Stato – «ampiamente nell'ordinamento comunitario, che ha fornito un impulso decisivo alla diffusione di questi organismi», cui è affidata «una competenza regolatoria» e una «competenza di vigilanza».

Che l'esercizio di poteri normativi sia insito nella natura e nel ruolo delle autorità è dato dalla circostanza che le stesse sono chiamate non solo ad eseguire e dare attuazione, ma anche «a regolare e quindi anche a regolamentare, in conformità alle esigenze che via via si pongono nel settore di afferenza, anche e soprattutto sulla base del dato dell'esperienza, della prassi, l'azione di quanti vi operano»¹⁴.

Spetta ovviamente al giudice di legittimità sindacare in concreto se l'atto adottato dall'autorità sia conforme o meno alle prescrizioni di legge (nel cit. parere della Sez. atti normativi si afferma la «necessità di accertare, caso per caso, la sussistenza della condizione che la materia regolata non sia sottoposta a riserva di legge e che nella stessa legge istitutiva dell'Autorità, o comunque in altra fonte primaria (anche di livello comunitario), siano rinvenibili i criteri di fondo per l'esercizio del potere normativo dell'autorità di regolazione»). Sul punto, la recentissima Tar Lazio, III ter, n. 5769/09, riconosciuta «l'esistenza di una potestà regolamentare dell'Autorità nella materia de qua», che «trova puntuale e pacifico riconoscimento nella normativa primaria vigente», afferma l'illegittimità della delibera dell'Agcom impugnata, nella parte in cui si pone in contrasto con una norma di legge (nella specie l'art. 1, comma 3 del d.l. 7/07) «non essendo consentito all'amministrazione, e quindi anche all'autorità, qualunque sia la latitudine dei poteri di cui dispone, sostituire le proprie valutazioni a quelle effettuate dal legislatore» e «modificare una norma di rango primario»¹⁵.

Non risultano, allo stato, sollevate questione di costituzionalità relative a quelle norme di legge che si limitano ad attribuzioni generiche, in alcuni casi mere attribuzioni di poteri, senza indicazione specifica di oggetti e di limiti. Naturalmente, anche in questo caso, spetta al giudice il sindacato circa la conformità dell'atto ai principi generali dell'azione amministrativa, alle regole del giusto procedimento, nonché circa la conformità dell'atto, sotto il profilo del vizio di eccesso di potere, agli interessi pubblici che spetta all'autorità perseguire. Sul punto, il Tar Lazio, I, 28/3/08,

¹⁴ Sull'esistenza del potere normativo in capo alle autorità indipendenti e sui suoi limiti, v. di recente Tar Lazio, I, n. 5523/2007, su un atto regolamentare dell'Isvap e Cons. Stato, VI, 11/11/08, n. 5622, sul potere normativo dell'Aeeg, in cui si afferma che il potere normativo delle autorità è «ormai riconosciuto unanimemente da dottrina e giurisprudenza, sia sulla base delle disposizioni legislative di settore, sia in ragione della peculiare natura e funzione delle Authorities», ma detto potere «non può imporsi su fonti di rango primario»; sull'Agcom, cfr. Tar Lazio, II, 21/12/05, n. 14357 e n. 12820/05, relative all'esercizio della potestà regolamentare dell'autorità in attuazione di una previsione comunitaria e interna in materia di pubblicità televisiva; e, da ultimo, Tar Lazio, II, 30/10/08, n. 9731, in cui si afferma che l'autorità può, anche in assenza di una normativa nazionale di recepimento di una direttiva, esercitare il proprio potere regolamentare al fine di dare diretta ed immediata attuazione alla normativa comunitaria.

¹⁵ V. precedentemente, la nota giurisprudenza sul regolamento Consob in materia di emittenti, Tar Lazio, I, ord. 21/10/99 n. 2964 e Cons. Stato, VI, ord. 29/10/99 n. 1984 (sul punto, le osservazioni di G. Puccini, in *Osservatorio delle fonti*, cit., p. 39).

n. 2687, con riferimento ai regolamenti della Consob, afferma che «fermo restando il principio di legalità, le norme secondarie emanate da tali organismi [...] sono annullabili dal g.a. solo ove contrastino con i principi generali della materia o con gli obiettivi della vigilanza stessa, ovvero non rispettino il principio di proporzionalità, ovvero ove 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».

Più perplessa, viceversa, è la posizione della giurisprudenza in ordine al controllo delle scelte a carattere discrezionale che in concreto le autorità compiono attraverso l'esercizio dei loro poteri di regolazione, scelte molto spesso di carattere tecnico-discrezionale (ad es., nel settore delle telecomunicazioni, la definizione del prezzo per il servizio di terminazione delle chiamate sulla rete telefonica di ogni operatore; o, nel settore dell'energia, la definizione dei criteri per l'effettuazione di verifiche tecniche sugli impianti di produzione di energia elettrica; o, nel settore della concorrenza, la definizione del mercato rilevante ecc.).

La giurisprudenza, infatti, in alcuni casi configura il sindacato come limitato al mero controllo della legittimità dell'atto, nell'ambito del quale le scelte tecnico-discrezionali possono essere conosciute esclusivamente sotto il profilo della mera ragionevolezza, proporzionalità, logicità ecc. (c.d. sindacato debole)¹⁶.

In altri casi la giurisprudenza appare sostenere la necessità di un sindacato più incisivo, pur in presenza di «concetti giuridici indeterminati»¹⁷.

¹⁶ Sul punto, da ultimo, Tar Lazio, III ter, n. 895/09 che, con riferimento alla definizione dei prezzi di terminazione delle chiamate vocali su rete di un operatore mobile, ha ritenuto che «il giudizio di discrezionalità tecnica qualificata delle Autorità indipendenti, in caso di corretta e completa acquisizione degli elementi di fatto rilevanti, è sindacabile esclusivamente sul piano della ragionevolezza e della congruità della valutazione, restando esclusi interventi di carattere sostitutivo incompatibili con l'opinabilità dei giudizi e con la non oggettività ed esattezza delle discipline di riferimento; pertanto, con riguardo a una valutazione complessa in funzione dell'applicazione di concetti giuridici indeterminati, il sindacato del giudice amministrativo è di tipo debole in quanto non è consentito un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del concetto indeterminato all'operato dell'Autorità». Il Tar dà quindi atto «della ragionevolezza di una “riserva di amministrazione” in ordine al merito, con conseguente sottrazione delle relative valutazioni di opportunità ai poteri di indagine del giudice, specie laddove vengano in rilievo provvedimenti adottati, al di fuori del circuito dell'indirizzo politico, da un organo posto in posizione di particolare indipendenza nell'esercizio di poteri neutrali»; nello stesso senso si richiamano, Tar Lazio, I, 27/7/08 n. 7549; Cons. Stato, VI, 25/2/2003, n. 1054 e 1/10/2002 n. 5156; per il settore dell'energia, si attesta sulla medesima posizione, con riferimento all'esercizio di mera discrezionalità tecnica, anche il Tar Lombardia, IV, 1/12/2005, n. 4831.

¹⁷ Così Cons. Stato, VI, 17/12/07, n. 6469, il quale ricostruisce l'orientamento giurisprudenziale in materia riconoscendo che «il giudice amministrativo possa sindacare senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche [...] anche quando riferite ai c.d. concetti giuridici indeterminati», e che «la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione [...]. Il sindacato del giudice amministrativo è quindi pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame»; si richiama anche Cons. Stato, VI, n. 926/2004, nella quale la stessa Sezione «ha inteso abbandonare la terminologia, utilizzata in precedenza, “sindacato forte o debole”, per porre l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato. Tale ultimo orientamento esclude limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, individuando quale unica preclusione l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità».

Fermissima è invece la giurisprudenza, nell'affermazione dell'esigenza del giusto procedimento (come procedimento partecipato) e della motivazione degli atti dell'autorità, in deroga alle deroghe, cui s'è accennato, di cui alla legge n. 241/90 (in questi termini, cfr., tra le tante, Cons. Stato, VI, 29 maggio 2006, n. 3272; 2 maggio 2006, n. 2444; 20 aprile 2006, n. 2201; 11 aprile 2006, n. 2007; 17 marzo 2006, n. 1409).

La garanzia della trasparenza, attraverso procedimenti partecipati (da tutti i soggetti interessati) e motivati (circa le scelte adottate) giustifica – secondo detto orientamento giurisprudenziale – l'esercizio di poteri regolatori da parte di autorità indipendenti, che sono «poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del criterio di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost.» e per le quali lo «strumento di partecipazione dei soggetti interessati» è sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative» (Cons. Stato, VI, n. 2201/06 cit.) e «costituisce un meccanismo di democrazia sostitutivo rispetto a quello fondato sulla rappresentanza popolare», in quanto le regole di «formazione amministrativa» dell'autorità indipendente – si afferma – «provocano una caduta della “legalità sostanziale”, che viene compensata con un rafforzamento della “legalità procedurale” sotto forma di garanzie del contraddittorio» (in questi termini Cons. Stato, VI, 27/12/06, n. 7972, che, proprio per l'assenza del contraddittorio, ha ritenuto illegittima la deliberazione dell'Aeeg che aveva introdotto un «atto di regolazione [...] rispetto alle finalità dell'intervento regolatorio, indicate nel documento di consultazione e nella delibera regolatoria», non rispettoso del «principio di proporzionalità (del c.d. minimo mezzo), implicando un aggravio per i contrapposti interessi dei soggetti grossisti, non presi in considerazione in modo esplicito dall'Autorità» ed in «contrasto anche con il principio dell'affidamento, trattandosi di misure dirette a incidere su contratti di fornitura già stipulati e su soggetti che non potevano in alcun modo rivalersi sui propri clienti o comunque programmare in modo diverso la propria attività».

In sostanza, «la partecipazione dei soggetti regolati ha un valore legittimante per l'attività di *regulation* dell'autorità» e «la legittimazione derivante dal procedimento partecipativo è possibile purché sia assicurato il rispetto di apposite regole di garanzia del giusto procedimento e il controllo successivo in sede giurisdizionale» (cfr. Cons. Stato, VI, n. 7972/06 cit. e negli stessi termini, Cons. Stato, VI, n. 3272/06 cit.). E ciò perché «quanto meno è garantita la legalità sostanziale, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un rilevante impatto sull'assetto del mercato» (Cons. Stato, VI, n. 2007/06, con riferimento all'attività dell'Aeeg).

In conclusione (ovviamente provvisoria).

Le Aai sono titolari, nell'ambito dei settori di rispettiva competenza di vasti poteri di regolazione, che si esprimono anche (e si direbbe principalmente) in atti normativi. Le relative attribuzioni stabilite da norma legislativa sono spesso carenti della necessaria specificazione di presupposti, oggetto e limiti, necessari al fine di poterne affermare la piena legittimità sul piano costituzionale. L'esercizio di detti poteri di regolazione, e segnatamente laddove essi si esprimono in atti normativi, avviene nel pieno rispetto delle garanzie procedurali di partecipazione (giusto procedimento); e gli atti sono sempre motivati.

Il sindacato giurisdizionale sugli atti delle Aai lesivi di situazioni protette di soggetti terzi (operatorie ed utenti) è esteso ed incisivo. Nel complesso le situazioni soggettive dei terzi appaiono meglio protette a fronte degli atti normativi delle Aai che a fronte degli atti normativi delle autorità politiche.

Il problema della qualificazione come atti normativi degli atti generali delle Aai, ai fini di stabilire in concreto l'applicazione del regime proprio degli atti normativi, non ha trovato sinora riscontro in giurisprudenza.