

I POTERI QUASI-GIUDIZIALI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI*

Enrico Leonardo Camilli e Marcello Clarich

1. Premessa

L'irrompere delle autorità indipendenti nel panorama istituzionale italiano, soprattutto a partire dall'inizio degli anni Novanta del secolo scorso, ha costretto gli interpreti a prendere le misure con una nuova tipologia di apparati che per le loro caratteristiche strutturali e funzionali mal si inquadrano nelle tipologie tradizionali di amministrazioni pubbliche.

Esse infatti, per un verso, svolgono in varia misura funzioni di regolazione (*regulation*), di amministrazione attiva (*adjudication*) e di risoluzione di controversie tra i privati, operando così, almeno in parte, un'eccezione al principio classico della separazione (o distinzione) tra i poteri.

Più in generale, in presenza della crisi della legge come fonte di disciplina di attività private in settori dinamici e soggetti a processi di innovazione tecnologica rapidissimi, come quelli nei quali operano le autorità indipendenti, ha colpito l'attenzione degli interpreti l'ampiezza dei poteri complessivamente devoluti a quest'ultime, tanto da far dubitarne la compatibilità con i principi dello Stato di diritto e del canone della legalità e tipicità dei poteri che è fondamentale in un ordinamento democratico¹.

Inoltre, spezzato in gran parte il legame con il circuito politico rappresentativo, poiché viene meno un raccordo istituzionale diretto con il Governo (tramite il potere di nomina dei componenti delle autorità e il potere di indirizzo), è emerso in primo piano il problema della legittimazione del ruolo e dei poteri delle autorità indipendenti e ciò sia sul versante costituzionale sia su quello amministrativo.

Una delle risposte, da parte del legislatore, della giurisprudenza e degli interpreti, è stata quella di richiedere alle autorità indipendenti un'applicazione rigorosa del principio del contraddittorio e ciò ben oltre la soglia minima prevista per l'esercizio dei poteri dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo. Il rafforzamento della legalità procedurale è stato visto come un correttivo e una parziale compensazione della caduta della legalità sostanziale, particolarmente vistosa, come si è accennato, nel caso delle autorità indipendenti e un succedaneo del legame verso il basso con il circuito politico rappresentativo².

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

¹ Di legalità "problematica" parla F. Merusi, *I sentieri interrotti della legalità*, Mulino, 2007, soprattutto con riferimento all'estensione dei poteri di regolazione.

² Di vera e propria "prevalenza" della legittimazione procedimentale sulla rappresentatività, in merito ai poteri finalizzati alla tutela di posizioni di garanzia tutelate direttamente a livello costituzionale, parla sempre F. Merusi, *Democrazia ed autorità indipendenti*, Mulino, 2000, 27.

Ciò ha avvicinato in qualche misura il *modus operandi* delle autorità indipendenti a quello degli organi giudiziari, per i quali le regole processuali sono in gran parte volte a garantire la “parità delle armi” tra i contendenti.

A ciò si aggiungono altri due aspetti. L'indipendenza organizzativa e funzionale delle autorità indipendenti riprende, anche se in modo meno perfetto, quella propria degli organi giurisdizionali. Le stesse funzioni esercitate dalle autorità hanno un grado accentuato di “neutralità”, cioè di equidistanza tra i vari interessi in gioco e una finalizzazione limitata al mero rispetto delle regole e al corretto funzionamento del mercato.

Complessivamente, dunque si capisce come siano emerse nell'uso espressioni ambigue come poteri quasi-giudiziali (o paragiurisdizionali) delle autorità indipendenti, quasi che quest'ultime costituissero una sorta di *tertium genus* tra potere giurisdizionale e potere amministrativo.

La giurisprudenza civile e amministrativa ha temperato peraltro gli eccessi di questo genere di ricostruzione chiarendo che comunque gli atti emanati dalle autorità indipendenti conservano la natura di provvedimenti amministrativi, come tali assoggettati, in particolare, al regime dell'impugnabilità dinanzi al giudice competente.

Non di meno, se ci si limita ad attribuire un valore meramente descrittivo a questo genere di qualificazioni, un'analisi empirica dei poteri attribuiti alle autorità indipendenti, fondata sia sulle norme legislative che li disciplinano sia sugli atti normativi adottati dalle singole autorità per disciplinare i vari tipi procedimenti, consente di far emergere la distanza che separa il modo di agire delle autorità indipendenti rispetto a quello delle amministrazioni di tipo tradizionale. Il potenziamento del principio del contraddittorio, nelle sue varie manifestazioni concrete, costituisce senz'altro un elemento qualificante del modello³.

L'indagine svolta di seguito prende in considerazione una per una le principali autorità indipendenti e segnala le principali analogie e differenze tra le varie discipline.

Prima di svolgere questo tipo di indagine, conviene chiarire alcuni aspetti.

In primo luogo, ci si soffermerà esclusivamente sui provvedimenti di tipo individuale emanati dalle autorità indipendenti, tralasciando gli atti di regolazione (regolamenti, atti amministrativi generali, ecc.) che pure presentano particolarità sotto il profilo procedimentale della partecipazione dei soggetti interessati.

Inoltre, può essere utile considerare che, sotto il profilo concettuale, i due estremi costituiti dall'attività propriamente amministrativa che si sostanzia nell'emanazione di un provvedimento amministrativo discrezionale e dall'attività propriamente giurisdizionale che si sostanzia nell'emanazione di una sentenza di mera applicazione di una legge in una controversia concreta tra soggetti privati, sono uniti da una linea sostanzialmente continua.

Lungo tale linea si possono collocare una serie di fattispecie intermedie che, proprio nel caso delle autorità indipendenti, appaiono particolarmente significative. Così, in particolare, le autorità, che comunque assai di rado sono titolari di poteri

³ Sul ruolo del contraddittorio nel modello delle autorità indipendenti, ci si permette di rimandare a M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Mulino, 2005, 156 e ss.

amministrativi di tipo tradizionale, connotati cioè da una vera e propria discrezionalità amministrativa (tutt'al più si tratta di cosiddetta discrezionalità tecnica), esercitano anche poteri che si avvicinano molto a quelli di tipo giurisdizionale, in particolare quelli relativi alla risoluzione di controversie tra soggetti privati (controversie tra imprese e utenti o clienti, e controversie tra imprese). Anche il potere di irrogare sanzioni amministrative nel caso di violazione delle regole del settore da parte di un'impresa, ove esso sia esercitato in conseguenza di una denuncia o di un esposto di un soggetto può innescare una dinamica di tipo paraprocedurale interna al procedimento di accertamento dell'illecito. L'analisi condotta con riguardo alle singole autorità, terrà dunque conto della diversa configurazione dei poteri.

In terzo luogo, è utile tener distinte le dimensioni per così dire verticale e orizzontale del contraddittorio. La prima riguarda esclusivamente il rapporto bilaterale tra l'autorità titolare del potere e l'impresa assoggettata a siffatto potere e sollecita un'indagine volta ad appurare se e in quale misura le garanzie del contraddittorio risultino rafforzate rispetto al modello base costituito dalla legge n. 241 del 1990 (per esempio, prevedendo il contraddittorio orale, oppure il contraddittorio sulla proposta di provvedimento elaborata all'esito di un'indagine istruttoria a sua volta condotta nel rispetto di tale principio, oppure la distinzione organizzativa interna all'autorità tra ufficio che conduce l'istruttoria e organo che assume la decisione finale).

La dimensione orizzontale del contraddittorio, che talora si intreccia con la prima, attiene invece ai rapporti tra le imprese o i consumatori o utenti che intervengono nel procedimento per far valere ragioni contrapposte e rispetto ai quali l'autorità si pone in una posizione di equidistanza, garantendo la "parità delle armi" tra i contendenti, per certi versi simile a quella di un giudice.

2. *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)*

L'AGCM applica sia le norme antitrust (l. 287/90 e le disposizioni del Trattato CE in materia di concorrenza, direttamente applicabili) sia le disposizioni a tutela del consumatore, contenute nel Codice del Consumo in merito alle pratiche commerciali scorrette e nel D. Lgs. 145/07 in materia di pubblicità ingannevole⁴. In entrambi i casi, il nucleo principale dell'attività consiste nella qualificazione di fattispecie concrete alla luce dei divieti generali contenuti nelle leggi di riferimento⁵. Un'attività in buona parte fungibile con quella che può svolgere il giudice in sede di accertamento d'illeciti a fini civilistici⁶.

⁴ Un'ulteriore sfera di attribuzione riguarda il controllo del conflitto di interessi, ai sensi della legge 114/04, che tuttavia non coinvolge direttamente lo svolgimento di attività economiche e non viene considerato in questa sede.

⁵ Tale caratteristica è evidente per l'attività di accertamento di intese anticoncorrenziali ed abusi di posizione dominante (art. 2 e 3 l. 287/90) e per l'applicazione del divieto di pratiche commerciali scorrette (art. 20 del Codice del Consumo). In relazione al controllo sulla pubblicità ingannevole, la qualificazione riguarda la liceità o meno di un messaggio pubblicitario, sulla base dei criteri stabiliti dal D. Lgs. 145/07. Anche il controllo sulle concentrazioni comporta la valutazione di un'operazione alla luce del divieto di costituzione o rafforzamento di una posizione dominante (art. 6 della legge 287/90). In questo caso, tuttavia, la legge prevede un'articolazione procedimentale diversa, basata sull'obbligo di notifica dell'operazione ai sensi dell'art. 16 della legge 287/90 (mentre in materia di intese, invece, la notifica è facoltativa e volontaria).

⁶ Ed infatti i divieti antitrust sono applicabili anche dal giudice civile, cfr art. 33 comma 2 legge 287/90.

Sia la legge n. 287/90 sia le disposizioni in materia di tutela del consumatore, regolano direttamente alcuni profili dei procedimenti di competenza dell'AGCM⁷. Per il resto rimandano a regolamenti attuativi atti a garantire il contraddittorio, la piena cognizione degli atti istruttori e la verbalizzazione⁸. Nonostante le rispettive leggi richiamino gli stessi principi, vi sono tuttavia alcune differenze in merito alla struttura interna dei procedimenti in materia antitrust e di tutela del consumatore.

Riguardo al contraddittorio verticale, sia in materia antitrust sia per la tutela del consumatore è necessario segnalare una peculiarità rispetto al disegno procedimentale della legge 241/90, cioè il diritto all'audizione orale dell'impresa sotto indagine. Tuttavia, mentre in materia antitrust l'audizione si svolge (anche) davanti al Collegio decidente, in materia di tutela del consumatore solo il responsabile del procedimento è coinvolto. Diversa è anche la possibilità di controbattere rispetto ai risultati dell'istruttoria. In materia antitrust l'istituto della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, prima dell'audizione finale, dà la possibilità di controbattere a un "progetto di decisione" che ha alcuni effetti vincolanti sui contenuti della decisione finale⁹.

In relazione al contraddittorio orizzontale, la riforma del 2007 ha attenuato una delle differenze fra il procedimento in materia antitrust e quello a tutela del consumatore, ovvero l'attivazione d'ufficio nel primo caso e solo su istanza di parte nel secondo. Il nuovo comma 2 dell'art. 27 del Codice del Consumo (e l'art. 8 comma 2 D. Lgs. 145/07) prevede che l'AGCM si attivi, oltre che su istanza di parte, anche d'ufficio. Inoltre i regolamenti attuativi sembrano prefigurare una qualificazione degli effetti dell'istanza molto simile a quella delle denunce in materia antitrust. Di conseguenza la "richiesta di intervento" non comporta più l'automatica apertura del procedimento, giacché il Collegio può disporre l'archiviazione in assenza dei "presupposti per un approfondimento istruttorio". La struttura "inquisitoria" in fase di attivazione non impedisce comunque la necessità di instaurare il contraddittorio orizzontale nei confronti dei denunciati, mediante la comunicazione dell'avvio del procedimento. La differente struttura originaria dei due procedimenti riemerge in sede di audizione. Infatti, in materia di tutela del consumatore anche il denunciante ha il diritto ad essere sentito, mentre in materia antitrust l'audizione dei partecipanti non sottoposti ad indagine è a discrezione del Collegio.

Quello che tuttora caratterizza l'articolazione procedimentale in materia di tutela del consumatore rispetto alla materia antitrust è la maggiore autonomia del responsabile del procedimento dall'organo decidente. In materia antitrust il Collegio è chiamato a

⁷ In merito all'attivazione dei poteri oppure all'esercizio dei poteri istruttori, cfr. artt. 4, 12, 13, 14, 14 bis e 16 l. 287/90 e i commi 2 e 3 dell'art. 27 del Codice del Consumo.

⁸ Art. 10 comma 5 l. 287/90 e art. 27 comma 11 Codice del Consumo. Nonostante i principi di riferimento siano gli stessi, va sottolineata un'importante differenza: mentre il regolamento di procedura in materia antitrust deve essere disposto con D.P.R. su proposta del Ministero dello sviluppo economico (vedi D.P.R. n. 217/98), quelli relativi alle pratiche commerciali scorrette sono definiti dalla stessa AGCM (vedi Provvedimento AGCM n. 17589, in merito alle procedure relative alle pratiche commerciali scorrette e Provvedimento AGCM n. 17590, in merito alle procedure in materia di pubblicità ingannevole e scorretta).

⁹ La decisione, infatti, non potrà discostarsi eccessivamente dalle risultanze istruttorie, ad esempio laddove comporti un sensibile aggravamento delle sanzioni (ad esempio da illecito grave a molto grave, sulla scorta delle vecchie Linee Guida della Commissione), senza comportare una violazione del diritto di difesa, cfr. TAR Lazio, I, 29 ottobre 2003, 9203, in *I TAR*, 2003, I, 2979, con nota di V. Torano.

pronunciarsi su tutte le fasi più importanti del procedimento: sull'avvio, sull'autorizzazione all'esercizio dei poteri ispettivi, sulle perizie e sulla Comunicazione delle Risultanze Istruttorie¹⁰. I regolamenti in materia di pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole, invece, optano per una separazione più decisa fra le funzioni istruttorie del responsabile e quelle del Collegio: il primo decide l'avvio; può disporre l'inversione dell'onere della prova sull'esattezza dei dati di fatto alla base della pratica scorretta o della pubblicità ingannevole; procede allo svolgimento delle audizioni delle parti; addirittura, nelle ipotesi di scorrettezze non gravi ma che appaiano fondate, può diffidare il professionista senza aprire un procedimento formale, limitandosi a informare il Collegio¹¹. Rimangono di competenza di quest'ultimo gli atti aventi rilevanza esterna, come l'esercizio dei poteri istruttori e le archiviazioni, oltre naturalmente alla decisione finale.

Simile, invece, è il regime sull'accesso agli atti, da cui emerge una differenziazione della posizione del soggetto sotto indagine rispetto agli altri partecipanti. In attuazione del principio della piena conoscenza degli atti istruttori e del contraddittorio, il soggetto indagato ha un diritto ad accedere a tutti i documenti che contengano prove di colpevolezza o elementi essenziali per la difesa¹². Per gli altri partecipanti, invece, l'autorità deve invece bilanciare il diritto di accesso con quello alla riservatezza e alla tutela delle informazioni commerciali.

3. *Autorità dell'Energia Elettrica e del Gas (AEEG)*

A differenza dell'AGCM, l'AEEG è dotata sia di poteri normativi sia di poteri puntuali e, all'interno di questi ultimi, sia di amministrazione attiva sia sanzionatori e di risoluzione di conflitti interprivati.

Anche per l'AEEG è prevista una disciplina procedimentale supplementare rispetto alla legge 241/90. La disciplina generale dei procedimenti individuali gestiti dall'AEEG, e in particolare di quelli sanzionatori, è contenuta nel DPR n. 244 del 9 maggio 2001, in attuazione dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio (sia orale che scritto) e della verbalizzazione (art. 2 comma 24 lett. a l. 481/95). Tuttavia tale disciplina non fornisce un quadro completo, in particolare non regola l'esercizio di quelle funzioni di risoluzione di conflitti interprivati che diversi atti legislativi attribuiscono all'AEEG¹³ ma per le quali si evidenzia un'attuazione ancora incompleta e parziale.

¹⁰ Si vedano gli artt. 6 comma 1, 10 comma 1, 11 comma 1 del Reg. 217/98. Critico in merito al coinvolgimento del Collegio nella decisione di avvio del procedimento, in quanto in grado di inficiare l'imparzialità di giudizio nella successiva fase decidente, è C. Osti, *Un giudice a Berlino: equità ed efficienza nelle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2008, 1 e ss.

¹¹ Art. 4 comma 3 delle Delibere 17589 e 17590.

¹² Tale da configurare una recessività del diritto alla riservatezza rispetto al diritto di accesso, cfr. Cons. di Stato, sez. VI n. 652/01, per cui "deve comunque essere assicurata alle imprese la conoscenza dell'intero fascicolo e l'effettiva conoscenza degli elementi di prova dell'infrazione o degli elementi essenziali per la difesa (l'eventuale visione parziale non deve quindi ostacolare l'esercizio dei diritti difensivi)".

¹³ In relazione alle procedure di conciliazione ed arbitrato fra utenti e operatori del servizio, cfr. art. 2 comma 24 lett. b) l. 481/95; in merito alle controversie relative all'accesso alle infrastrutture fra esercenti e gestori dei sistemi di

L'AEEG esercita d'ufficio i propri poteri amministrativi, ma la legge prevede che l'Autorità possa attivarsi valutando i *reclami*, le istanze o le segnalazioni degli utenti (sia consumatori finali che esercenti) o delle associazioni rappresentative (art. 2 comma 12 lett. m l. 481/95). Se dunque non incombe un obbligo di avvio del procedimento in relazione a qualsiasi reclamo presentato, l'Autorità è comunque tenuta a valutare la non manifesta infondatezza, la tempestività e l'attualità del reclamo ed in caso positivo “*deve*” dare seguito con l'avvio del procedimento¹⁴. La decisione sull'attivazione, dunque, dovrebbe essere subordinata ad una valutazione di tipo “tecnico” del reclamo, e non ad una di opportunità.

La struttura del procedimento delineata dal Regolamento richiama per il resto quella del procedimento in materia antitrust, con un ampio coinvolgimento del Collegio nella fase istruttoria, in particolare nella decisione di avvio o di archiviazione, nell'esercizio dei poteri istruttori e nello svolgimento dell'audizione orale finale. In conformità al principio del contraddittorio orale, richiamato nella legge istitutiva, tutti i partecipanti al procedimento (non solo le imprese sotto indagine e i reclamanti) hanno il diritto di chiedere di essere ascoltati davanti al Collegio prima della decisione finale. Manca, invece, il passaggio della comunicazione formale delle risultanze istruttorie. Il Regolamento dunque traccia un procedimento a struttura fondamentalmente inquisitoria, con un rafforzamento tuttavia delle prerogative dei reclamanti sia in sede di valutazione della segnalazione che di partecipazione all'audizione finale.

Come accennato, tuttavia, le competenze “quasi-giudiziali” dell'AEEG non si esauriscono nell'esercizio dei poteri di accertamento e sanzionatori. La legge istitutiva, infatti, prevedeva che il Governo avrebbe dovuto emanare anche un regolamento di disciplina delle funzioni di conciliazione ed arbitrato dell'AEEG nella gestione delle controversie fra imprese ed utenti (art. 2 comma 24 lett. b l. 481/95). Inoltre, sia in materia di elettricità che di gas, l'AEEG era indicata, in base alla disciplina comunitaria, quale autorità competente a risolvere le controversie relative all'accesso alle reti di trasmissione e distribuzione fra imprese¹⁵. Il regolamento governativo di attuazione, tuttavia, non è mai stato emanato. Per quel che riguarda le controversie in materia di accesso alla rete, l'AEEG ha emanato un regolamento arbitrale che tutte le parti devono sottoscrivere per deferire la controversia all'Autorità, definendo dunque un meccanismo avente portata esclusivamente negoziale¹⁶.

trasmissione e distribuzione, cfr. art. 5 comma 3 D. Lgs. 79/99 per il settore elettrico e art. 35 D. Lgs. 164/00 per il settore del gas.

¹⁴ Art. 3 comma 7 DPR 244/01.

¹⁵ Sulle caratteristiche di tale competenza, la disciplina comunitaria ha subito alcuni cambiamenti importanti: mentre le direttive 96/92/CE (elettricità) e 98/30/CE (gas) non si pronunciavano sulle caratteristiche di tale competenza (se fosse una mera competenza arbitrale oppure una vera e propria funzione amministrativa, con l'esercizio di poteri autoritativi) le nuove direttive 2003/54/CE (art. 23 comma 5) e 2003/55/CE (art. 25 comma 5) espressamente prevedono che la *decisione* sia adottata dall'autorità entro 2 mesi dal reclamo ma soprattutto che tale atto abbia *effetti vincolanti* fino all'impugnazione, configurando dunque un tipico esercizio di poteri amministrativi.

¹⁶ Si veda la Delibera 42/05, che sostituisce la precedente disciplina contenuta nella Delibera 127/03. Portata negoziale hanno anche le procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie fra utenti ed esercenti che, sulla base di un protocollo di intesa fra l'AEEG e le Camere di commercio, possono essere svolte presso queste ultime, cfr. Protocollo di intesa adottato con Delibera 94/03. La necessità del previo raggiungimento di un accordo fra le parti potrebbe aver limitato fortemente l'operatività di tale strumento, se si considera che ad oggi risulta un solo procedimento arbitrale svolto.

Solo nel settore dell'elettricità, ed in particolare in materia di controversie fra produttori di energia da fonti rinnovabili e gestori della rete, la situazione si è evoluta con l'attribuzione all'AEEG, ai sensi dell'art. 14 comma 1 del D. Lgs. 387/03, della funzione di risoluzione delle controversie in tema di connessione alla rete. Il decreto configura l'esercizio di un vero e proprio potere amministrativo, con l'emanazione di una decisione, avente portata vincolante, che può anche contenere un indennizzo a favore della parte vincitrice ed è soggetta ad impugnazione davanti al Tribunale Amministrativo della Lombardia.

La Delibera AEEG ARG/elt n. 123/08, di attuazione del decreto, presta particolare attenzione ai profili del contraddittorio orizzontale, soprattutto se comparata col DPR 144/01: il procedimento e le misure cautelari possono essere attivate solo su istanza di parte (e senza il necessario accordo con la controparte, a differenza delle competenze arbitrali definite *supra*) e l'archiviazione del procedimento può essere disposta solo per motivi tassativi¹⁷; il diritto di audizione, da svolgersi davanti al responsabile (e non davanti al collegio), è previsto per entrambe le parti ma soprattutto deve essere svolto in contraddittorio, non potendosi operare audizioni separate, come per i procedimenti sanzionatori. Anche la dimensione verticale del contraddittorio è rafforzata: prima dell'adozione della decisione finale, il responsabile è tenuto a comunicare alle parti le risultanze istruttorie e il progetto di decisione. La dimensione interprivata del conflitto, inoltre, spiega la diversa disciplina in merito alla partecipazione al procedimento: non è prevista la partecipazione di soggetti terzi rispetto al gestore della rete e al produttore, in deroga alla disciplina generale; le parti, poi, possono chiedere, per esigenze di riservatezza, di limitare la pubblicazione della decisione finale. In definitiva l'ipotesi disciplinata dal D. Lgs. 387/03 dovrebbe rispecchiare il "modello amministrativo"¹⁸ di risoluzione delle controversie, rintracciabile anche nelle ultime direttive su elettricità e gas: in queste ipotesi la pronta risoluzione della controversia è strumentale all'interesse pubblico della garanzia dell'accesso alla rete, oltre che alla tutela delle posizioni giuridiche private coinvolte.

4. *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCom)*

Anche l'AGCom, come l'AEEG, è dotata sia di poteri normativi che di amministrazione attiva che, infine, sanzionatori e di risoluzione delle controversie. La commistione fra funzioni normative e di applicazione puntuale della legge, già vista in relazione al procedimento in materia di impegni davanti all'AGCM, risulta ancora più complessa in relazione al peculiare sistema di regolazione di matrice comunitaria.

Infatti, per l'adozione di alcune misure dirette a singoli operatori ma con riflessi sull'intera struttura del mercato (ad esempio le misure asimmetriche nei confronti degli operatori dotati di un sostanziale potere di mercato), il diritto comunitario ha previsto una complessa procedura a cavallo fra le esigenze di consultazione generalizzata

¹⁷ Il mancato rispetto dei requisiti formali dell'istanza oppure la non appartenenza della controversia al novero di quelle rientranti nella competenza dell'AEEG, ovvero a quelle relative all'erogazione del servizio di connessione, escluse quelle in materia di inerzia nella connessione (punto 3.3 del Regolamento).

¹⁸ N. Longobardi, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 53 e ss.

dell'attività normativa e quelle di garanzia delle imprese destinatarie degli obblighi. L'art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche (D. Lgs. 259/03), infatti, prevede che nell'ipotesi di provvedimenti che abbiano un impatto rilevante sui mercati di riferimento, sia necessario svolgere un'apposita fase di consultazione pubblica, mediante la notifica della proposta di provvedimento alle parti direttamente destinatarie ma anche la pubblicazione sul Bollettino dell'Autorità. In questo modo è data la possibilità di intervenire a tutti i soggetti che possono dimostrare un interesse agli esiti del provvedimento, anche di tipo potenziale¹⁹. A decorrere dalla pubblicazione, le parti *interessate* possono depositare documenti e memorie e chiedere di essere ascoltate in sede di audizione. I risultati della consultazione, poi, rappresenteranno un oggetto necessario della successiva motivazione, ai sensi dell'art. 4 comma 1 della Delibera 453/03/CONS. In ragione della particolare ampiezza soggettiva del procedimento di consultazione, si pone anche un problema di garanzia della segretezza delle informazioni raccolte. Anche in questo caso, la necessità di tutelare le informazioni considerate riservate si scontra con la garanzia del *contraddittorio*, anche se sul punto andrebbe probabilmente effettuata una distinzione fra la posizione dell'impresa destinataria degli obblighi e quella degli altri soggetti partecipanti alla consultazione. Solo nei confronti della prima si pone effettivamente un vero problema di tutela del contraddittorio, in quanto l'esito del procedimento si concretizza in misure che possono incidere direttamente sul suo diritto di iniziativa economica.

Per quel che riguarda le procedure sanzionatorie, la disciplina contenuta nella Delibera 136/06/CONS, rispetto alle ipotesi già esaminate, prevede una particolare autonomia degli uffici istruttori rispetto all'organo collegiale competente. E' infatti il direttore dell'unità organizzativa competente a deliberare l'avvio o l'archiviazione dei procedimenti, con un mero obbligo di comunicazione al collegio decidente; sempre il direttore delibera lo svolgimento degli adempimenti istruttori e delle perizie. Dal punto di vista del contraddittorio verticale, poi, è da segnalare l'assenza della comunicazione alle parti delle risultanze istruttorie, che vengono trasmesse dal direttore responsabile solamente all'organo collegiale, competente per la decisione. Anche l'audizione viene svolta solo in sede istruttoria davanti al responsabile del procedimento. In definitiva, se appare più marcata la separazione fra funzioni istruttorie e funzione decisorie, dall'altra parte sembra ridotta la possibilità di instaurare un contraddittorio diretto con l'organo decidente.

Rispetto ai soggetti terzi (denuncianti ed altri interessati al provvedimento finale) la disciplina di rango primario riconosce espressamente la posizione dei denunciati²⁰ e l'art. 3bis comma 3 della Delibera 136/06/CONS prevede che il direttore del servizio competente non possa archiviare denunce se non in caso di genericità o manifesta infondatezza. Tuttavia, nonostante il richiamo della normativa primaria e la specifica

¹⁹ Un meccanismo simile, con l'inserimento di una fase consultiva di tipo regolatorio all'interno di un procedimento individuale, può rintracciarsi anche in materia antitrust, in relazione alla nuova disciplina degli impegni ex art. 14-ter della legge 287/90. Tuttavia in questo secondo caso l'iniziativa in merito all'apertura della fase consultiva è dall'impresa sotto indagine, che decide di proporre gli impegni.

²⁰ Art. 2 comma 12 lett. m) l. 481/95, applicabile anche all'AGCom; art. 1 comma 10 l. 249/97.

disciplina della denuncia e degli impegni²¹, lo sviluppo del contraddittorio orizzontale o anche solo della partecipazione dei terzi al procedimento sanzionatorio, successivamente alla sua apertura, appare ridotto. Ai sensi della Delibera 136/06 i denunciati non hanno il diritto di ottenere la comunicazione dell'avvio del procedimento, di partecipare al procedimento successivamente alla contestazione, di accedere al fascicolo del procedimento né possono richiedere l'audizione. Da un lato, in effetti, va considerato che nell'eventualità di procedimenti in cui risulti un impatto rilevante sul mercato di riferimento, il responsabile è tenuto ad aprire una fase di consultazione ai sensi dell'art. 11 del Codice. Inoltre, laddove la violazione oggetto di denuncia abbia comportato anche la lesione di una situazione giuridica del denunciante, rimangono aperte altre forme di tutela presso l'Autorità, ai sensi dell'art. 23 o 84 del Codice (vedi par. successivo), oltre che per via giurisdizionale. Certo è che andrebbe verificato se le deroghe alla disciplina della legge 241/90 in merito alla partecipazione dei terzi siano legittime o se sia invece necessaria una interpretazione adeguatrice della Delibera, tale da rendere possibile la partecipazione al procedimento almeno per i denunciati, la cui posizione è legislativamente qualificata.

L'aspetto che tuttavia offre i maggiori spunti di interesse in merito allo sviluppo di funzioni "quasi-giudiziali" riguarda il coinvolgimento dell'AGCom (e degli organismi locali funzionali, i Corecom²²) nella risoluzione di controversie interprivate. Rispetto al quadro ancora incompleto analizzato per l'AEEG, il settore delle comunicazioni elettroniche presenta una disciplina compiuta sia in merito alla risoluzione delle controversie fra utenti ed operatori che fra operatori, sebbene con caratteristiche diverse.

In relazione alle controversie fra operatori, il Codice ha attuato il "modello amministrativo" di risoluzione alternativa delle controversie di matrice comunitaria, presente, come si è visto, anche nelle più recenti direttive in materia di gas ed elettricità. L'art. 23 del Codice prevede che l'AGCom possa essere adita da una delle parti di una controversia "avente ad oggetto gli obblighi" derivanti dal Codice stesso; l'Autorità è tenuta a risolvere la controversia entro 4 mesi con decisione vincolante, ma il Codice precisa che nel fare ciò l'Autorità persegue altresì gli obiettivi generali che sovrintendono in generale l'attività di regolazione ai sensi dell'art. 13 del Codice²³.

La disciplina offre un interessante esempio di commistione fra l'interesse degli operatori alla pronta risoluzione della controversia ed interessi pubblici, resa ancora più

²¹ In sede di valutazione degli impegni sottoposti dall'impresa soggetta a procedura sanzionatoria, i terzi interessati possono presentare osservazioni nei 30gg successivi alla loro pubblicazione.

²² I CoReCom (Comitati Regionali per le Comunicazioni) sono organi istituiti con legge regionale ma che ai sensi della l. 249/97 svolgono funzioni delegate dall'AGCom nell'ottica del decentramento sul territorio (sono "funzionalmente organi dell'Autorità", art. 1 comma 13 della l. 249/97). La duplice natura dei CoReCom (organi regionali e di decentramento delle competenze nazionali in materia di comunicazioni elettroniche) si riflette nel dualismo delle funzioni esercitate e nelle relazioni con l'Autorità. Sul primo aspetto, i Comitati esercitano sia funzioni proprie (conferite dalla legislazione regionale) che funzioni delegate dall'Autorità, sulla base della stipula di apposite convenzioni disciplinate dalla Delibera 53/1999/CONS. Sul piano organizzativo, l'Autorità è tenuta a conferire le risorse per l'esercizio delle funzioni delegate ed è dotata di un generale potere di indirizzo in merito "ai requisiti richiesti ai componenti, ai criteri di incompatibilità degli stessi, ai modi organizzativi e di finanziamento dei comitati", esercitato con la Delibera 52/1999/CONS. Per un inquadramento giuridico dei CoReCom nel sistema delle comunicazioni elettroniche si veda M. Mensi, *Il quadro giuridico*, in Formez (a cura di), *Le garanzie del sistema locale delle comunicazioni: le deleghe ai Corecom*, 2005, Roma, 135 e ss.

²³ Inciso, questo, assente nel precedente assetto, disciplinato dal D.M. 23 aprile 1998.

complessa dalla compresenza di una disciplina attuativa emanata in vigore di un assetto sensibilmente diverso a livello primario²⁴. In effetti l'assetto delineato dal Codice sembra prospettare un sistema in cui la controversia rappresenta l'occasione per esercitare in realtà i poteri di controllo sul rispetto degli obblighi del Codice, eventualmente sulla loro rimodulazione, nell'ottica del perseguimento degli interessi pubblici affidati alle cure dell'Autorità. Questo giustificerebbe anche l'assenza di meccanismi di coordinamento con la tutela giurisdizionale, che può essere esperita in qualsiasi momento senza avere riflessi sul procedimento amministrativo²⁵.

Tuttavia, ci si potrebbe chiedere in che misura gli interessi pubblici legati alla risoluzione della controversia possano attrarre e modificare la struttura originaria dell'istituto, questione decisiva per valutare quali profili della precedente disciplina procedimentale siano ancora compatibili. Il problema, ad esempio, è stato sottolineato in relazione alla partecipazione dei terzi al procedimento, che la riconduzione della procedura al perseguimento di interessi generali dovrebbe rendere ammissibile, ai sensi della legge 241/90²⁶; ma vale anche in relazione al possibile contenuto della decisione e all'ammissibilità della predisposizione di obblighi ulteriori e diversi da quelli oggetto della controversia. L'interesse della parti alla risoluzione della controversia, d'altra parte, rimane rilevante nella fase di iniziativa: l'istanza di parte, se formalmente corretta, obbliga l'Autorità ad attivarsi; la fase istruttoria devia in parte dalla struttura inquisitoria dei procedimenti amministrativi per lasciare maggiore spazio al contraddittorio orizzontale fra le parti, sia cartolare che orale²⁷; l'accordo delle parti sulla soluzione della controversia proposta dalla direzione competente permette di evitare l'adozione del provvedimento finale²⁸.

L'intreccio fra interessi pubblici ed interesse alla risoluzione della controversia risulta meno intricato in materia di risoluzione stragiudiziale delle controversie fra operatori ed utenti. Ed infatti, già la disciplina di rango primario sembrerebbe escludere la subordinazione della funzione in oggetto ad interessi pubblici diversi da quelli relativi alla giusta composizione del conflitto²⁹. Va infatti considerato che in questo caso la legge prevede espressamente il coordinamento del tentativo *obbligatorio* con l'azione giurisdizionale: l'esperimento del tentativo di conciliazione è condizione di procedibilità

²⁴ La procedura è ancora regolata dalla Delibera 148/01/CONS, che fu emanata in attuazione del d.m. 23 aprile 1998 in cui la natura conciliativa e giustiziale aveva un ruolo prevalente.

²⁵ L'art. 23 comma 5 del Codice modifica la disciplina previgente, che considerava l'espletamento della procedura di conciliazione quale condizione di procedibilità per il ricorso giurisdizionale, vedi in tal senso F. Donati, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, Giappichelli, 2007, 212.

²⁶ Critica l'orientamento dell'AGCom tendente ad escludere la partecipazione di terzi interessati, legati alla disciplina emanata nel quadro normativo previgente, G. Della Cananea, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in *Diritto pubblico*, 2005, 612 e ss.

²⁷ Ai sensi dell'art. 5 della Delibera 148/01/CONS, ad esempio, non dovrebbe essere possibile l'esercizio di poteri istruttori ulteriori, come ispezioni o perizie, oltre all'integrazione della documentazione già in atti.

²⁸ Non di un vero e proprio accordo amministrativo potrebbe parlarsi in merito al verbale di conciliazione di cui all'art. 9 comma 2 della Delibera 148/01/CONS, in quanto esso non risulta preceduto da una determinazione dell'organo competente all'adozione della decisione finale (l'organo collegiale), ai sensi dell'art. 11 comma 4bis della legge 241/90. Piuttosto si tratta di una transazione cui la sottoscrizione ad opera di un pubblico ufficiale attribuisce, in base alla delibera, la forza di titolo esecutivo. Andrebbe tuttavia valutata la compatibilità di tale disposizione con il nuovo modello di risoluzione amministrativa della controversia definito dal Codice.

²⁹ L'art. 2 comma 24 lett. b) della legge 481/95, l'art. 1 comma 11 della legge 249/97 e l'art. 84 del Codice.

per la successiva azione giurisdizionale³⁰; è prevista la sospensione dei termini di prescrizione nelle more del procedimento³¹; infine, la disciplina di attuazione prevede una vera e propria alternatività rispetto all'esperimento delle vie giudiziarie per la fase decisoria successiva a quella conciliativa, per cui il procedimento amministrativo non può attivarsi nell'ipotesi di parallela azione presso gli organi giudiziari³². Il deferimento della controversia non rappresenta una occasione per l'esercizio di poteri amministrativi, ma impone l'attivazione di un servizio da parte dell'AGCom e degli organismi funzionali. In effetti, anche la peculiare articolazione a livello locale, con l'attribuzione della funzione ai Corecom o, in via temporanea, alle camere di conciliazione istituite presso le Camere di Commercio, rafforza l'idea di un collegamento solo indiretto fra la funzione esercitata e gli ulteriori interessi pubblici perseguiti dall'Autorità.

Peraltro la disciplina secondaria, definita dalla Delibera 173/07/CONS, prevede una struttura bifasica, in cui ad una fase conciliativa obbligatoria può seguire una fase decisoria eventuale.

Nella (obbligatoria) fase conciliativa, per la quale è competente solo il Corecom, o, in caso di mancata delega, gli altri organismi locali di conciliazione indicati dalla Delibera, l'attività svolta dal soggetto pubblico è finalizzata esclusivamente al raggiungimento di un accordo fra le parti, senza la presenza di poteri amministrativi istruttori né la possibilità, per il responsabile, di imporre la partecipazione alla procedura o di estendere la partecipazione a terzi³³. Addirittura la Delibera prevede un diaframma in merito alle informazioni raccolte nella fase conciliativa, sancendo il divieto di utilizzo delle offerte e delle dichiarazioni espresse in sede conciliativa in altri procedimenti giudiziari, arbitrari o presso *qualsiasi altra* autorità indipendente³⁴. Eccezione a tale struttura puramente "facilitativa"³⁵ rimane il potere del Corecom di emanare provvedimenti cautelari diretti a garantire la continuità del servizio o la cessazione degli abusi³⁶. La qualità di titolo esecutivo del verbale di conciliazione, al contrario, deriva solo dalla sottoscrizione del pubblico ufficiale, ma ha natura negoziale in quanto richiede l'adesione di entrambe le parti.

³⁰ Coerentemente con i limiti definiti dalla Corte Costituzionale in relazione alla possibilità di introdurre ipotesi di giurisdizione condizionata, ai sensi della sent. C. Cost. 276/00.

³¹ Art. 1 comma 11 l. 249/97.

³² Art. 14 comma 2 Delibera 173/07/CONS; peraltro, la delibera non chiarisce se una volta attivato il procedimento amministrativo, il successivo ricorso al giudice possa comportare l'archiviazione della procedura presso l'AGCom.

³³ Diversa è l'ipotesi, prevista all'art. 9 della Delibera, di riunione di procedimenti omogenei, che comporta l'allargamento del procedimento ad altre *parti* aventi procedimenti simili in corso presso il medesimo Corecom (non a terzi) e comunque deve avvenire *sentite le parti interessate*.

³⁴ Ci si potrebbe in realtà chiedere se il divieto per le parti espresso dall'art. 11 della Delibera 173/07/CONS si riferisca anche all'utilizzo da parte dell'AGCom delle medesime informazioni in sede amministrativa, in considerazione della identica *ratio*, ovvero facilitare al massimo la possibilità che le parti, in maniera franca, possano anche scoprirsi per giungere ad un accordo sulla controversia. Per un esempio di tale limitazione all'utilizzo delle informazioni, si veda l'art. 4 comma 7 del D. Lgs. 179/07, in relazione ai procedimenti di conciliazione amministrati dalla Camera di conciliazione ed arbitrato presso la Consob, vedi anche *infra* par. 4.1. .

³⁵ Per una definizione autorevole di ADR facilitativa si rimanda alla Raccomandazione CE 310/01/CE, *Raccomandazione della Commissione del 4 aprile 2001 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo*, in *GUCE* del 19 aprile 2001, L-109, 56.

³⁶ Art. 5 della Delibera 173/07/CONS, in cui è ribadita la natura di ordine del provvedimento, il cui inadempimento può dar luogo all'irrogazione di sanzioni amministrative.

Un discorso diverso può svolgersi in merito alla fase decisoria, che su accordo delle parti o su iniziativa del solo utente si può aprire in caso di mancato accordo sulla conciliazione. In questo caso non può negarsi la natura amministrativa del procedimento³⁷: a differenza della fase conciliativa, l'inerzia di una delle parti non comporta la chiusura del procedimento; il responsabile è dotato di autonomi poteri istruttori ed a questo fine può ampliare la partecipazione a soggetti terzi, sentite le parti; infine è espressamente prevista la natura provvedimentoale della decisione finale³⁸. Rispetto alla generale disciplina del procedimento, naturalmente, le garanzie sono rafforzate, mediante il diritto all'audizione e l'esplicito riferimento alla necessità di separare le funzioni istruttorie da quelle decisorie, oltre alla separazione fra attività conciliativa e decisoria nell'ipotesi di delega ai Corecom anche della seconda³⁹.

Il sistema delineato in materia di comunicazioni elettroniche ha dimostrato la sua validità sul campo, con una intensa attività dei Corecom e delle Camere di Conciliazione⁴⁰. Gli elementi di successo, probabilmente, possono essere ricercati nell'adeguata articolazione territoriale delle sedi di tutela, accompagnate ad un equilibrato mix di attività conciliativa obbligatoria ma non vincolante, da un lato, ed attività decisoria, eventuale ma di natura provvedimentoale, dall'altro.

5. *Il settore finanziario: i procedimenti sanzionatori*

Anche in relazione alle autorità preposte alla regolazione e alla vigilanza dei mercati finanziari (mobiliari, assicurativi, bancari) è possibile individuare una rilevanza sempre maggiore dell'attività quasi-giudiziale, sia per quel che riguarda l'attività di accertamento di illeciti, funzionale anche (ma non solo) all'esercizio dei poteri sanzionatori, che in relazione alla risoluzione di controversie interpretate. Su entrambi i punti, ad esempio, un punto di svolta è rappresentato dalle leggi 62/05, 262/05 e dal d. lgs 303/06. Questi ultimi due provvedimenti hanno introdotto sia una disciplina omogenea dei procedimenti individuali delle autorità operanti nel settore (Banca d'Italia, Consob, Isvap, e Covip) che una regolamentazione pubblica dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nel settore bancario e mobiliare⁴¹.

L'applicabilità della legge 241/90, già prevista per l'attività della Banca d'Italia ai sensi dell'art. 4 del TUB, viene esplicitata in relazione a tutte le autorità operanti nei

³⁷ Sebbene la Delibera 173/07/CONS preveda alcune deroghe al regime generale del procedimento. Ad esempio, il procedimento può essere avviato solo su istanza di parte ed entro 6 mesi dal verbale di conciliazione, essendo quindi esclusa qualsiasi possibilità di attivazione d'ufficio. Ancora la partecipazione di soggetti terzi può avvenire solo su richiesta del responsabile per esigenze istruttorie, senza la possibilità di una legittimazione autonoma ai sensi dell'art. 9 della legge 241/90.

³⁸ Artt. 17, 18, 19 della Delibera 173/07/CONS.

³⁹ Art. 22 comma 2 Delibera 173/07/CONS.

⁴⁰ AGCom, *Relazione annuale per l'anno 2007*, Roma, 2008, 195 e ss.

⁴¹ Per il settore assicurativo, invece, la disciplina delle due forme di risoluzione alternative delle controversie attribuite all'Isvap (in materia di reclami ex art. 7 del Codice e di diniego di accesso agli atti delle imprese di assicurazione ai sensi dell'art. 146 del Codice e dell'art. 6 comma 2 del D. Ministero dello sviluppo economico n. 191/08).

mercati finanziari, sebbene sia mantenuta la possibilità di adattare la disciplina generale alle peculiarità della vigilanza⁴².

Ma soprattutto, con la legge a tutela del risparmio si è portato a compimento quel processo di riorganizzazione dei poteri amministrativi nel settore finanziario che era stato avviato con la stagione dei testi unici degli anni '90. In particolare, nel 2005 è stato attribuito alle autorità di settore il pieno esercizio dei poteri sanzionatori, fino a quel momento divisi fra autorità di vigilanza e Ministero dell'Economia. Ciò ha comportato una profonda revisione del sistema dei procedimenti sanzionatori e contenziosi, sia a livello di legislazione primaria che, di conseguenza, nella normazione secondaria adottata da ciascuna autorità. L'art. 24 della legge 262/05, come da ultimo modificato dal d. lgs. 303/06, richiama i principi della piena conoscenza degli atti istruttori⁴³, del contraddittorio, della verbalizzazione e, solamente per i procedimenti sanzionatori, della distinzione fra funzioni istruttorie e decisorie⁴⁴.

L'attuazione dei principi della legge 262/05 ad opera delle autorità di settore ha coinvolto soprattutto i procedimenti sanzionatori, per i quali era necessario predisporre *ex novo* una disciplina che contemplasse l'attribuzione della funzione decisoria, oltre che quella istruttoria, in capo all'autorità. Ma non va dimenticato che la legge 262/05 fa riferimento anche ai procedimenti contenziosi, offrendo anche un profilo di rilevanza giuridica nel diritto positivo a tale categoria giuridica⁴⁵.

Le discipline specifiche dei procedimenti sanzionatori, contenute nei regolamenti delle autorità di settore, seguono alcune linee comuni. Il principio della separazione fra funzioni decisorie ed istruttorie ha giustificato un'ampia autonomia dell'unità responsabile dell'istruttoria in merito all'attivazione o meno del procedimento sanzionatorio e di alcuni poteri istruttori⁴⁶. E' stato peraltro introdotto un diaframma ulteriore fra l'attività di indagine iniziale, ad opera degli uffici di settore, e l'istruzione del

⁴² Si è mantenuta la clausola della compatibilità, peraltro riferita nella legge 262/05 ai principi della legge 241/90, non alle singole disposizioni come avveniva ai sensi dell'art. 4 comma 3 del TUB. Si veda, da ultimo, l'applicazione dell'art. 24 comma 1 l. 262/05 effettuata dalla Banca d'Italia col Regolamento 25 giugno 2008.

⁴³ In relazione alle autorità finanziarie, per le quali più forte è la tensione fra accesso incondizionato e segreto d'ufficio, l'articolo in questione attua i principi già sanciti dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n. 460/00, a tutela del diritto di difesa all'interno dei procedimenti sanzionatori della Consob.

⁴⁴ La formula originaria dell'art. 24 richiama inoltre anche il principio della denuncia di parte, prospettando dunque un dovere di valutazione delle denunce ed una esplicita qualificazione giuridica della posizione dei denunciati nel procedimento; il d. lgs. 303/06 ha invece modificato il testo, inserendo solo la possibilità, per l'autorità, di valutare nell'istruttoria le notizie fornite per iscritto dai soggetti interessati; sulle modifiche apportate dal d. lgs. 303/06 al testo originario della l. 262/05 ci si permette di rimandare a M. Clarich – E. L. Camilli, *Garanti: competenze ripartite per finalità*, in *Guida al diritto*, n. 4 del 27 gennaio 2007, 70 e ss.

⁴⁵ In effetti le autorità di vigilanza sono spesso chiamate ad esercitare una funzione di accertamento anche in assenza di un (immediato) esercizio dei poteri sanzionatori. Un esempio è rappresentato dai numerosi poteri di accertamento in materia di obblighi informativi degli emittenti e relativi ad offerte pubbliche, cfr. artt. 99, 102, 106, 115 del TUF. La giurisprudenza amministrativa, poi, ha ricavato implicitamente un generale potere di accertamento ogniqualvolta siano attribuiti alla Consob poteri sanzionatori o di impugnativa delle delibere, cfr. TAR Lazio, sent. sez. I, 26 novembre 2002, n. 10709, in *Foro Amministrativo – TAR*, 2002, 3988 con nota di F. Manfreda, in particolare par. 1.4. Rimane tuttavia incertezza sulla effettiva dimensione della categoria dei procedimenti contenziosi, come dimostra l'interpretazione restrittiva proposta da R. Ippolito – D. Morgante, *Trasparenza del procedimento amministrativo e segreto d'ufficio*, in E. Galante (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Cedam, Padova, 2008, 608.

⁴⁶ Eventualmente prevedendo l'intesa con il direttore generale, si vedano gli art. 2 comma 2 della Delibera Consob 15086; art. 3 comma 1 Reg. ISVAP 1/06; primo periodo del provvedimento Banca d'Italia n. 473798/06.

fascicolo per la decisione, ad opera di un'unità organizzativa apposita⁴⁷. Il contraddittorio orale viene garantito nei confronti degli uffici istruttori, mentre al contrario non risulta possibile interloquire con l'organo competente per la decisione finale né controdedurre rispetto alla proposta sanzionatoria definita dal competente "ufficio sanzioni"⁴⁸.

Risulta anche assai ridotto lo spazio per la partecipazione al procedimento di soggetti terzi. Lo schema procedimentale di riferimento è quello della legge 689/81, in cui la dialettica opera esclusivamente in seguito all'atto di contestazione e solo fra amministrazione e indagato. Non è prevista una disciplina specifica della fase antecedente all'accertamento, da cui decorre il termine perentorio per la contestazione ex art. 14 l. 689/81. Se tale mancanza aveva senso nell'ipotesi di accertamenti concernenti fatti semplici, maggiori perplessità desta nell'ipotesi di accertamenti di fatti complessi, in cui l'attività preistruttoria in realtà definisce in maniera rilevante il materiale probatorio che formerà poi oggetto del procedimento⁴⁹. Sul secondo aspetto, quello dell'estensione soggettiva del contraddittorio, la comunicazione dell'avvio del procedimento (o atto di contestazione) non prevede la partecipazione di soggetti terzi, magari denunciati. Anche l'eliminazione, ad opera del D. lgs. 303/06, del principio, della denuncia di parte sembra confermare l'impermeabilità del procedimento sanzionatorio rispetto alla partecipazione di soggetti terzi⁵⁰. Il sistema di gestione dei reclami dell'ISVAP rappresenta un'eccezione; per la sua natura ambivalente, a cavallo fra disciplina dell'attività amministrativa e quella ADR, tale istituto verrà analizzato *infra*, al paragrafo successivo.

5.1. segue: ADR nei settori finanziari

Sempre a partire dalle riforme del 2005, le autorità di settore sono state coinvolte in maniera crescente nella gestione o regolazione di sistemi di risoluzione alternativa delle controversie⁵¹. Rispetto alle esperienze in materia di servizi pubblici, il modello di

⁴⁷ Il servizio Concorrenza, Normativa e Affari generali nel caso della Banca d'Italia; il Servizio Sanzioni nel caso dell'ISVAP; l'Ufficio sanzioni amministrative per la Consob.

⁴⁸ Le deficienze nei confronti del principio del contraddittorio, in relazione ai procedimenti della Consob, sono state già oggetto di contenzioso davanti ai giudici di merito, che hanno segnalato il rischio di un'elusione non solo formale, ma anche sostanziale del principio, cfr. Corte d'Appello di Genova, sez. I, Decreto 24 gennaio 2008, n. 51 e Corte d'Appello di Milano, sez. I, Decreto 406, 11 luglio 2008.

⁴⁹ Ed infatti l'inadeguatezza della disciplina della fase antecedente all'accertamento si è tradotta in un contenzioso in materia che non ha ancora trovato una composizione a livello giurisprudenziale ed ha dato luogo a diverse discipline secondarie ad opera delle diverse autorità di settore, per una panoramica ci si permette di rimandare a M. Clarich – E. L. Camilli, *Il procedimento sanzionatorio della Consob sotto la lente della Cassazione*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2007, 1161 e ss.

⁵⁰ Una possibile deroga, tuttavia, è contenuta all'art. 67-noviesdecies del Codice del Consumo. Nell'attribuire alle autorità di vigilanza di settore i poteri sanzionatori in materia di violazioni della disciplina sui servizi finanziari a distanza, infatti, il d. lgs. 221/07 ha altresì previsto che le associazioni dei consumatori iscritte all'albo, siano legittimate a proporre reclamo presso le autorità competenti per l'accertamento delle violazioni della disciplina. Tale reclamo dovrebbe comportare per lo meno un obbligo di valutazione ad opera dell'autorità, ma presumibilmente dovrebbe condurre anche ad una partecipazione dell'associazione al procedimento successivo, anche in considerazione del risvolto civilistico, a livello di inibitoria, che la decisione amministrativa può avere.

⁵¹ In origine il legislatore del 2005 prevedeva due modalità di coinvolgimento delle autorità: quello della gestione diretta del sistema da parte dell'autorità (come nel caso dell'art. 27 della legge 262/05 o dell'art. 7 del Codice delle Assicurazioni) e quello della regolazione e vigilanza, ad opera dell'autorità, di sistemi privati di ADR (art. 29 della legge 262/05). In sede di attuazione, in realtà, si è operato per la riconduzione all'unico modello della gestione del

riferimento è solo quello negoziale: la risoluzione delle controversie da parte delle autorità non comporta l'esercizio di poteri amministrativi. L'eventuale portata vincolante del verbale di conciliazione o della decisione arbitrale poggia sulla volontà delle parti, successiva o antecedente rispetto alla soluzione proposta. In assenza di portata vincolante, invece, il contributo dell'attività "paragiurisdizionale" alla soluzione della controversia sarà legato all'autorevolezza dell'organo decidente e al legame con l'attività di vigilanza.

Per quel che riguarda la struttura delle forme alternative di risoluzione delle controversie, vi sono importanti differenze in relazione alle tre autorità indipendenti interessate.

L'art. 27 l. 262/05 e il d. lgs. 179/07 delineano un sistema di conciliazione ed arbitrato in materia di controversie fra investitori non professionali ed intermediari finanziari istituito presso la Consob⁵². Il decreto non prevede alcuna obbligatorietà o pregiudizialità rispetto all'azione giurisdizionale. Si preoccupa piuttosto di garantire che il collegamento con la Consob non conduca ad una minore efficacia della procedura informale di conciliazione e ad una riduzione delle garanzie di imparzialità del conciliatore. Perciò prevede un esplicito divieto di utilizzazione nella procedura amministrativa delle dichiarazioni ed offerte intercorse nella fase conciliativa. Inoltre ribadisce i principi di riservatezza, imparzialità, celerità e di garanzia del contraddittorio⁵³. Mentre nel settore delle comunicazioni la commistione fra funzioni pubbliche e funzione di risoluzione delle controversie sembra essere una fonte di sinergie, nel settore dell'intermediazione finanziaria la preoccupazione del legislatore è quasi opposta.

Nel settore bancario, al contrario, il CICR ha inteso in maniera estensiva le proprie competenze in materia, rispetto al dettato del nuovo art. 128bis TUB. Non si è limitato a regolare l'adesione a sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, ma ha istituito direttamente un sistema che si appoggia alla Banca d'Italia, cui tutti i risparmiatori possono rivolgersi⁵⁴. In questo caso il contraddittorio è meramente cartolare: consiste nella possibilità, per l'intermediario bancario, di presentare le proprie controdeduzioni rispetto al reclamo presentato dal risparmiatore al collegio giudicante, assieme ad ogni altra informazione posseduta in merito alla controversia. Il sistema si regge fondamentalmente sull'autorevolezza dell'organo decidente e sulla contiguità con

servizio da parte dell'autorità pubblica, magari con l'attribuzione delle competenze arbitrali a persone fisiche non legate da rapporti di dipendenza con l'autorità. Per un'analisi dettagliata delle diverse forme di intervento pubblico sui sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore finanziario, a livello comparato e nazionale, in particolare in relazione a Consob e BI, ci si permette di rimandare a E. L. Camilli, *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparativa*, in corso di pubblicazione su *Giurisprudenza commerciale*, 2009, n. 2

⁵² La Consob ha recentemente adottato il regolamento di attuazione, cfr delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008.

⁵³ Artt. 4 commi 3 e 7 D. Lgs. 179/07

⁵⁴ La Banca d'Italia ha sottoposto a consultazione la disciplina di attuazione, cfr il documento di consultazione del 13 marzo 2009, disponibile su http://www.bancaditalia.it/vigilanza/banche/documcons/consnorm/Ombudsman/sistemi_stragiudiziali_soluzione_controverse.pdf.

l'organo di vigilanza: la decisione non ha alcun valore vincolante⁵⁵, ma l'esito dei ricorsi è valutato dalla Banca d'Italia per i profili di rilievo per la vigilanza⁵⁶.

Forse più vicino al modello “amministrativo” di risoluzione delle controversie è il sistema reclami previsto dal Codice delle Assicurazioni e disciplinato dal Reg. Isvap 24/08. Il sistema, in realtà, si presta ad una duplice utilizzazione: come disciplina dei reclami finalizzati all'accertamento delle violazioni del Codice delle Assicurazioni e del Codice del Consumo sulla prestazione a distanza dei servizi finanziari⁵⁷; per segnalare controversie relative al rapporto contrattuale, cui l'impresa non abbia dato seguito in maniera soddisfacente per l'assicurato, in sede di prima valutazione interna⁵⁸. In entrambi i casi, a seguito del reclamo dell'assicurato, l'Isvap è tenuta ad esercitare i propri poteri istruttori nei confronti dell'impresa, oltre a poter chiedere chiarimenti al reclamante; il contraddittorio dunque è indiretto e si basa sul ruolo di mediazione dell'Isvap. L'esito del reclamo sarà diverso, a seconda della funzione svolta: nel caso in cui sia segnalata un'infrazione, si dovrà procedere in via amministrativa; nel caso in cui si verta esclusivamente su un rapporto contrattuale, l'Isvap non ha competenze decisorie formali. Può però in via informale mediare il conflitto e chiedere all'impresa di fornire direttamente al reclamante i chiarimenti. Anche in tal caso il valore delle valutazioni dell'autorità è legato fondamentalmente all'autorevolezza dell'ufficio, ma non ha alcuna portata vincolante.

Un'ulteriore funzione contenziosa dell'Isvap è stata prevista anche in relazione all'esercizio del diritto d'accesso degli assicurati RCAuto agli atti delle imprese di assicurazione relativi procedimenti di valutazione, constatazione e liquidazione dei danni, ai sensi dell'art. 146 del Codice delle Assicurazioni e del D. M. Sviluppo Economico n. 191/08. In questo caso all'Isvap è attribuito il ruolo di garante di un diritto relativo ad un rapporto puramente interprivato, intercorrente fra assicurato ed impresa. Tale tutela si esplica mediante l'esercizio di poteri amministrativi, in quanto l'Isvap “provvede” nel termine di 30gg dal reclamo, “al fine di vedere garantito il [...]diritto”. Il D.M. riproduce lo schema della tutela del diritto d'accesso ai documenti amministrativi, anche se in tal caso l'obiettivo della trasparenza non coinvolge l'azione amministrativa, ma riguarda il riequilibrio del bagaglio informativo fra assicurato ed impresa in vista di possibili contenziosi. Si tratterebbe, in altri termini, di una forma di *discovery* pre-processuale. L'attuazione, tuttavia, viene attribuita ad un'autorità pubblica, con tutte le conseguenze relative, ad esempio in merito all'applicazione della giurisdizione amministrativa in sede di impugnativa della decisione del ISVAP.

6. *Garante per la protezione dei dati personali*

⁵⁵ La sanzione della pubblicazione dell'inadempimento rispetto alla decisione, infatti, è l'unica conseguenza prevista dal sistema, cfr art. 6 comma 7 della delibera CICR n. 275 del 24 luglio 2008.

⁵⁶ Il documento di consultazione, par. 4 della sez. VI, non utilizza una formula condizionale, ma sembra adombrare un obbligo di valutazione ai fini dell'attivazione delle competenze di vigilanza, seguendo uno schema opposto a quello previsto per la Consob.

⁵⁷ Questa funzione opererebbe in relazione ai reclami sub art. 4 comma 1 lett. a) del Reg. 24/08.

⁵⁸ Si tratta dell'ipotesi di cui all'art. 4 comma 1 lett. b) e comma 5 del Reg. 24/08.

La dimensione “quasi-giudiziale” è particolarmente rilevante nel settore della protezione dei dati personali, nella prospettiva dell’esercizio dei poteri sanzionatori ma soprattutto in merito alle forme amministrative di tutela dei diritti scaturenti dal Codice della privacy (D. Lgs. 196/03). Il legislatore ha attribuito al Garante un ruolo centrale non solo nella vigilanza delle norme e nell’attività di repressione degli utilizzi illeciti dei dati personali, ma anche nella tutela delle situazioni giuridiche soggettive attribuite dalla legge.

In merito all’attività repressiva, il Codice prevede che i soggetti interessati da una violazione delle disposizioni di settore, o un’associazione rappresentativa, possano presentare un reclamo al Garante per stimolare l’esercizio dei poteri di accertamento e sanzionatori. In questo caso dunque l’istanza mira a provocare l’attivazione di una funzione amministrativa finalizzata a rilevare un illecito e dunque a risolvere un conflitto fra amministrazione (in quanto ente preposto a verificare il rispetto della disciplina) e titolare dei dati. Per questo la legittimazione soggettiva è più ampia rispetto al solo soggetto cui i dati ineriscono: il Codice utilizza la formula aperta “interessati”⁵⁹ e prevede esplicitamente la legittimazione delle associazioni rappresentative. La presentazione di un reclamo obbliga il Garante a valutarlo⁶⁰ ed in caso di fondatezza può portare all’adozione delle misure di cui all’art. 143 e le sanzioni degli artt. 161 e ss. del Codice.

Se è disciplinata in modo puntuale la facoltà di reclamo degli interessati, il legislatore invece non si preoccupa di individuare le misure del contraddittorio verticale. Si applicano, quindi, i principi generali della 241/90 e, nel caso di adozione di provvedimenti sanzionatori, quelli della legge 689/81.

La connotazione giustiziale è più forte, tuttavia, per la tutela *alternativa* alla giurisdizione dei diritti definiti all’art. 7 del Codice, ai sensi dell’art. 145 e ss. In questo caso il *ricorso* del soggetto titolare dei diritti ex art. 7 comporta la impercorribilità della strada della tutela giurisdizionale ordinaria (art. 145 comma 3). Proprio la scelta della alternatività con la tutela giurisdizionale comporta la necessità di una sovrapposibilità del grado di tutela offerta davanti all’autorità amministrativa⁶¹, soprattutto per il titolare dei dati, che subisce la scelta del ricorrente. Da questa esigenza deriva una maggiore formalizzazione del ricorso ed una maggiore cogenza del principio della domanda (art. 149 comma 4), con l’impossibilità per il Garante di integrare il ricorso (ma semmai solo di invitare alla regolarizzazione). Inoltre è prevista la pronta instaurazione del contraddittorio con il titolare dei dati (entro 3giorni dal ricevimento del ricorso, rendendo quindi di fatto impossibile una fase preistruttoria) e il diritto all’audizione orale per entrambe le parti. Il Garante si pronuncia mediante provvedimenti amministrativi, aventi portata vincolante. Tuttavia il provvedimento verte sulla cognizione di veri e propri diritti soggettivi del ricorrente, *in alternativa* alla via giurisdizionale. Tale peculiarità

⁵⁹ Sulla qualificazione del reclamo quale strumento per la tutela di interessi collettivi, che si riverbera su un’ampia legittimazione soggettiva, cfr.. M. Giorgetti, *Le tutele della privacy e i dati giudiziari*, in *Rivista di diritto processuale*, 2007, 328 in particolare, e bibliografia ivi richiamata.

⁶⁰ A differenza delle generiche segnalazioni, che non obbligano all’apertura di un procedimento, cfr. M. Giorgetti, *op. cit.*, 2007, 328.

⁶¹ Cfr. M. Granieri, *Sulla c.d. tutela paragiurisdizionale dei diritti di fronte alle autorità amministrative indipendenti. Il caso del Garante dei dati personali*, in *Foro it.* 2000, I, 651. Tuttavia tale coincidenza non è perfetta, anche (ma non solo) in considerazione dell’impossibilità di richiedere il risarcimento del danno davanti al Garante.

si riflette nel particolare sistema di tutela giurisdizionale contro il provvedimento: l'art. 151 del Codice prevede lo strumento dell'opposizione davanti al giudice ordinario, su cui si registra una divisione in dottrina circa la natura impugnatoria o meno⁶².

7. *Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, di lavori, servizi e forniture (AVLP)*

Il Codice sui Contratti Pubblici (D. lgs. 163/06) ha rafforzato i poteri di vigilanza puntuale e sanzionatori dell'AVLP. L'art. 8 comma 4 prescrive in particolare tali poteri siano disciplinati con un regolamento dell'Autorità "nel rispetto dei principi della tempestiva comunicazione dell'apertura dell'istruttoria, della contestazione degli addebiti, del termine a difesa, del contraddittorio, della motivazione, proporzionalità e adeguatezza della sanzione, della comunicazione tempestiva con forme idonee ad assicurare la data certa della piena conoscenza del provvedimento, del rispetto degli obblighi di riservatezza previsti dalle norme vigenti". Oltre alle attività di vigilanza, poi, all'AVLP sono attribuiti poteri di risoluzione alternativa delle controversie, al fine di ridurre il contenzioso relativo all'aggiudicazione dei contratti pubblici. Su entrambi gli aspetti è possibile sottolineare alcuni aspetti innovativi nell'articolazione dei procedimenti svolti dall'Autorità.

In relazione all'esercizio della vigilanza e dei poteri sanzionatori, è recentemente intervenuto il Regolamento AVLP del 6 aprile 2009. Pur riprendendo buona parte delle soluzioni già adottate da altre Autorità Indipendenti in relazione alla tutela del contraddittorio, è possibile segnalare alcune peculiarità. In considerazione dell'ampiezza dell'attività di vigilanza dell'AVLP, chiamata a controllare il rispetto del Codice da parte di tutte le stazioni appaltanti, il Regolamento dedica particolare attenzione alla *programmazione* dell'attività di vigilanza. In altri termini l'art. 2 comma 1 del Regolamento prevede che l'attività di indagine segua, in primo luogo, un programma annuale deliberato dal Consiglio, che si focalizzi su determinate problematiche o criticità. Tale programmazione non esclude che il Dirigente Generale possa comunque attivare il procedimento d'ufficio o su istanza motivata di chiunque abbia interesse, al di là delle ipotesi di indagine programmata. In altri termini se al Consiglio dell'Autorità compete un compito di direzione dell'attività di vigilanza, gli uffici godono comunque di una certa autonomia nell'esercitare l'attività di indagine⁶³. In ossequio al principio della separazione fra funzioni istruttorie e decisorie, il Consiglio non interviene nella fase istruttoria, neanche per autorizzare l'attività ispettiva degli uffici, gestita, al pari della decisione di avvio del procedimento, dal Direttore Generale. Le facoltà partecipative in sede istruttoria non si discostano da quelle della legge 241/90, salvo la previsione espressa della facoltà, per i destinatari della comunicazione di avvio del procedimento, di essere sentiti oralmente dagli uffici. Il Consiglio interviene solo successivamente, con

⁶² Propende per la natura impugnatoria M. Giorgetti, *op. cit.*, 2007, 334 e bibliografia ivi citata; di opposto avviso M. Giovannini, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bononia University Press, Bologna, 2007, 247.

⁶³ Il dirigente generale è tenuto ad aprire il procedimento nelle ipotesi di segnalazioni regolari non rientranti nelle ipotesi di esclusione di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 2 del Regolamento. Addirittura in alcune ipotesi particolari, elencate al comma 4, al Dirigente Generale è attribuito non solo il compito di avvio del procedimento, ma anche la decisione.

l'autorizzazione all'invio delle risultanze istruttorie formulate dagli uffici. Da questa fase in poi si delinea un ulteriore contraddittorio con l'organo decisorio, che può anche condurre all'audizione dei soggetti interessati (senza però che sussista un diritto all'audizione orale).

Per quel che riguarda l'attività di risoluzione alternativa delle controversie, si è visto che essa va assumendo un ruolo sempre più rilevante fra le competenze delle autorità fin qui analizzate, sia nella sua declinazione più propriamente arbitrale che in quella "facilitativa". Spesso tale forma di risoluzione del conflitto permette di ridurre sensibilmente i costi del contenzioso, mediante una ricomposizione in tempi brevi e con una limitata perdita di fiducia fra le parti.

Questo obiettivo è essenziale in materia di gare ed aggiudicazione di contratti pubblici, in considerazione della utilità di una pronta risoluzione del conflitto in vista del buon esito della successiva attività. Per questo il Codice, oltre a confermare il ruolo della composizione arbitrale nelle controversie in materia di appalti, ha introdotto anche una nuova competenza dell'AVLP per prevenire il contenzioso.

In materia arbitrale, l'Autorità interviene gestendo una Camera Arbitrale specializzata. Quest'ufficio gestisce l'albo degli arbitri da cui è possibile estrarre il presidente del collegio arbitrale in caso di mancato accordo delle parti. L'AVLP dunque offre un supporto tecnico nello svolgimento dell'attività di risoluzione arbitrale della controversia.

Più interessante è la peculiare competenza consultiva prevista dall'art. 6 comma 7 lett. n) del Codice. Tale disposizione prevede che l'AVLP, su istanza di parte, esprima parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante la gara e proponga una soluzione. L'Autorità ha poi adottato un regolamento attuativo, nell'ottica della garanzia del principio del contraddittorio scritto ed orale fra le parti interessate⁶⁴. Il Regolamento ha inteso procedere ad una lettura piuttosto estensiva della legittimazione attiva: la legge infatti nomina solo le stazioni appaltanti e, genericamente, "le altre parti"; il regolamento espressamente attribuisce la legittimazione attiva anche a "soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati"⁶⁵.

Il Regolamento disciplina con cura l'instaurazione del contraddittorio orizzontale. L'istanza infatti deve individuare gli eventuali controinteressati, a pena di inammissibilità; di conseguenza l'autorità deve comunicare l'avvio del procedimento a tutti i soggetti così individuati. Il contraddittorio però è garantito solo a livello cartolare, perché l'eventuale audizione è disposta a discrezione dell'Ufficio del pre-contenzioso sulla base delle informazioni acquisite. Inoltre l'audizione non viene svolta davanti all'organo competente ad emanare il parere (la Commissione per la soluzione delle controversie ed il Consiglio dell'Autorità). Come per altri strumenti "facilitativi" di risoluzione delle controversie, la "decisione" dell'Autorità non ha valore vincolante. Va però considerata la particolare portata giuridica sulla successiva attività amministrativa della stazione appaltante/p.a. . Quest'ultima dovrebbe motivare in maniera molto approfondita il

⁶⁴ Regolamento AVLP del 10 gennaio 2008.

⁶⁵ Art. 2 comma 2 del Regolamento. Probabilmente non risulta chiarissimo quali siano gli interessi "pubblici e privati" cui si fa riferimento, ma naturalmente essi andrebbero letti in relazione alla procedura oggetto della controversia.

mancato rispetto del parere dell'Autorità nel proseguimento della procedura, a pena di illegittimità. Non solo il parere proviene da un'autorità dotata di particolare qualificazione tecnica in materia. Ma soprattutto già in sede di valutazione dell'istanza la p.a. esprime le proprie valutazioni in merito alla controversia e queste sono sottoposte ad un primo vaglio dell'Autorità. La parte "vincitrice" in sede consultiva potrebbe avere in mano uno strumento decisivo per impugnare la successiva attività della p.a. non conforme. Ma anche nel caso di "soccombenza" del concorrente il rischio di un contenzioso potrebbe ridursi: il comportamento della p.a. troverebbe un saldo punto d'appoggio nella valutazione dell'Autorità, con scarse possibilità di successo di un'impugnazione. Proprio questa peculiare rilevanza giuridica potrebbe spiegare il successo che tale funzione ha mostrato in sede applicativa, con oltre 400 pareri in poco più di un anno⁶⁶.

8. *Considerazioni conclusive*

I modelli di contraddittorio previsti nelle normative relative a ciascuna autorità indipendente hanno tratti in parte comuni, in parte differenziati. In particolare, se si considera la dimensione orizzontale del contraddittorio, la posizione del denunciante riceve livelli di protezione assai diversificati. La stessa distinzione organizzativa interna tra funzioni istruttorie e funzioni decisionali, che negli Stati Uniti ha applicazione generalizzata in base all'*Administrative Procedure Act* del 1946, è confinata per ora soltanto al settore delle autorità finanziarie, anche se essa si presterebbe ad essere recepita, entro certi limiti, da altre autorità nell'esercizio del potere di autoorganizzazione.

Le diversità riscontrate dipendono probabilmente, più che da scelte consapevoli, dal carattere frammentario ed episodico delle discipline. Soltanto in occasione di una riforma organica dell'intero settore delle autorità indipendenti, più volte ipotizzata in anni recenti ma mai intrapresa seriamente, potrebbe rendere più omogeneo anche questo tipo di regole.

Acquisita sembra comunque la consapevolezza che i poteri esercitati dalle autorità indipendenti richiedano, per le ragioni già indicate nella premessa, modelli di contraddittorio rinforzato. E ciò a prescindere dal tipo di potere attribuito, vuoi di mero accertamento di condotte illecite, sanzionatorio, ordinatorio, di imposizione di obblighi regolamentari.

La connotazione paraprocedurale del *modus operandi* delle autorità indipendenti è tanto più giustificato in quanto esse si connotano come garanti di posizioni soggettive individuali di rilievo costituzionale nel contesto di mercati regolamentati. Se la funzione di regolazione delle autorità richiede a quest'ultime un bilanciamento tra opposti interessi, in coerenza con gli obiettivi generali (peraltro spesso non univoci) posti dal legislatore, una volta che le regole vengono emanate, l'autorità, in sede di applicazione della stesse, è chiamata, a quel punto, a svolgere soprattutto un ruolo di garante delle posizioni soggettive sorte in capo ai soggetti regolati. Questo ruolo è particolarmente

⁶⁶ AVLP, Relazione annuale per il 2007, 198, disponibile al sito:
<http://www.autoritalavoripubblici.it/pubblicazioni/Relazione2007.pdf> .

evidente in relazione alla funzioni di risoluzione delle controversie in sede conciliativa e arbitrale. I testi normativi che disciplinano questo tipo procedimenti (in particolare nel settore delle comunicazioni elettroniche) richiamano non a caso disposizioni e istituti tipici del processo civile.

L'amministrazione giustiziale, che tende a conciliare l'esigenza del perseguimento di interessi pubblici nel caso concreto con quello della piena tutela delle situazioni giuridiche coinvolte, ha una lunga tradizione nel diritto amministrativo in alcuni ordinamenti, come quello austriaco, tra i primi a dotarsi all'inizio del secolo scorso di una normativa sul procedimento particolarmente garantistica. Nel nostro ordinamento, invece, una tradizione amministrativa con venature stataliste e autoritarie ha sbarrato a lungo la strada a una simile concezione. Solo la legge 7 agosto 1990, n. 241 ha introdotto, in modo forse ancora timido, alcuni istituti volti a garantire una tutela endoprocedimentale più piena dei soggetti amministrati. Con le autorità indipendenti il modello dell'amministrazione giustiziale ha trovato pieno ingresso, pur con le imperfezioni segnalate, nel nostro ordinamento.

Il quesito più generale e se questa esperienza, magari dopo un periodo di affinamento e di sperimentazione, per ora limitata al settore delle autorità indipendenti, potrà essere estesa più in generale ad altri tipi di rapporti tra privato e pubblica amministrazione. Sarebbe questo il segno di una maturazione culturale complessiva, che sembra peraltro ancora di là da venire.