

Il diritto dell'economia

ISSN 1123-3036

rivista quadrimestrale
open access di dottrina,
giurisprudenza
e documentazione

dicembre 2018

3

promossa da

Università degli Studi
"Mediterranea" di Reggio Calabria



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane



STEM Mucchi Editore

issn 1123-3036

d e Il diritto dell'economia

rivista quadrimestrale *open access* di
dottrina, giurisprudenza e documentazione

Promossa da



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane

anno 64, n. 97 (3-2018)



Mucchi Editore

Direttore Responsabile: Prof. Fabrizio Fracchia - Università Commerciale “Luigi Bocconi” di Milano,
Via Röentgen, 1 - 20136 - Milano - tel. 02.583.652.25.

La rivista «Il diritto dell’economia», fondata e diretta dal 1954 al 1987 da Mario Longo, ha continuato la pubblicazione, dal 1987, su iniziativa di Elio Casetta e Gustavo Vignocchi.

issn 1123-3036

© STEM Mucchi Editore, via Emilia est, 1741, 41122, Modena

info@mucchieditore.it

info@pec.mucchieditore.it

www.mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore

twitter.com/mucchieditore

instagram.com/mucchi_editore

www.ildirittodelleconomia.it



Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Grafica, impaginazione, gestione sito web: STEM Mucchi Editore Srl - Modena
Pubblicato nel mese di dicembre 2018

Indice n. 97 (3-2018)

ARTICOLI E SAGGI

<i>Antonio Barone</i> , La prevenzione della corruzione nella “governance” del territorio... pag.	571
<i>Alberto Buonfino, Elisa Grillo</i> , The Supranational Concept of Property in the light of the ECtHR Case Law and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Some Critical Remarks on Recent Developments..... »	597
<i>Maurizio Cafagno</i> , Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva” »	625
<i>Pier Luigi Portaluri</i> , <i>Lupus lupus non homo</i> . Diritto umano per l’ <i>ethos</i> degli “animali”?.. »	659
<i>Estanislao Arana Garcia</i> , Los servicios urbanos del agua en el Derecho Español: situación actual y perspectivas de futuro..... »	675
<i>Francesco De Leonardis</i> , Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell’economia..... »	697
<i>Giovanni Maria Uda</i> , Il <i>bail-in</i> e i principi della <i>par condicio creditorum</i> e del <i>no creditor worse off</i> (ncwo) »	733
<i>Giovanni Luchena</i> , An overview of the main issues set forth in the <i>Notice</i> on the notion of State aid: a new “code of conduct” for the States..... »	747
<i>Giuseppe Andrea Primerano</i> , Gli oneri di motivazione analitica nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica »	771
<i>Luiz Augusto da Silva, Melina Girardi Fachin</i> , State intervention, economic constitution, and the so-called “principle of subsidiarity”: the Brazilian debate »	797
<i>Saul Monzani</i> , La tutela giurisdizionale dei concorrenti a un procedimento ad evidenza pubblica: l’interesse all’aggiudicazione e quello ad un corretto svolgimento della procedura secondo canoni pienamente concorrenziali »	825
<i>Nicola Posteraro</i> , La compensazione e i rimborsi nella mobilità sanitaria interregionale e transfrontaliera »	851
<i>Andrea Venanzoni</i> , Ciclo dei rifiuti e nuova Autorità di Regolazione Energia Reti e Ambiente (ARERA) »	881
<i>Cosimo Gabbani</i> , La logica dei provvedimenti ripristinatori »	911

<i>Vinicio Brigante</i> , Fenomeni corruttivi nell'affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale.....	»	955
<i>Chiara Guardamagna</i> , Aggregazione e digitalizzazione nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici.....	»	993
<i>Gian Antonio Benacchio</i> , Tutela delle scelte economiche consumeristiche e punti deboli del modello europeo e nazionale.....	»	1017
<i>Walter Giulietti</i> , Norme in materia di domini collettivi ed assetti organizzativi.....	»	1041
<i>Francesco Zammartino</i> , Sulla salvaguardia dei diritti sociali tra interpretazioni della Costituzione economica e incertezze della recente giustizia costituzionale: alcune osservazioni.....	»	1059
<i>Mariaconcetta D'Arienzo</i> , La salute ai tempi della <i>spending review</i> : come conciliare il controllo della spesa sanitaria con l'effettività del diritto alla salute e della relativa tutela giurisdizionale.....	»	1083
<i>Fabrizio Fracchia, Massimo Occhiena</i> , Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico.....	»	1125
Sezione di diritto internazionale dell'economia		1167
NOTE SUI COLLABORATORI	»	1183

Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia

Francesco De Leonardis

SOMMARIO: 1. La regolazione come concetto indistinto. – 2. La specificazione del concetto di regolazione con riferimento al soggetto e all'oggetto: la «regolazione pubblica dell'economia». – 3. La genesi della regolazione pubblica dell'economia: i tre modelli fondamentali. – 4. I soggetti della regolazione pubblica: le amministrazioni indipendenti. – 5. Il fondamento dei poteri di regolazione delle autorità indipendenti. – 6. Le dieci categorie dei poteri di regolazione. – 6.1. Il potere regolamentare interno. – 6.2. Il potere regolamentare esterno. – 6.3. I poteri di amministrazione attiva. – 6.4. Il potere di determinare gli standards di qualità o le tariffe. – 6.5. Il potere sanzionatorio. – 6.6. I poteri di *moral suasion*. – 6.7. I poteri di segnalazione e di proposta. – 6.8. Il potere consultivo. – 6.9. I poteri quasi giurisdizionali. – 6.10. I poteri ispettivi. – 7. La natura «amministrativa» dei poteri di regolazione e le sue «gradazioni». – 8. Spunti sui possibili contrappesi ai poteri «forti» delle autorità indipendenti.

1. *La regolazione come concetto indistinto*

Mentre sul concetto di regolazione la letteratura è sterminata¹, non altrettanto può dirsi con riguardo alla sistematizzazione degli atti che ne costituiscono espressione.

¹ Sul tema della regolazione la letteratura è vastissima: per un primo approccio si vedano A. Bagnasco, *Le basi sociali della regolazione*, in *Stato e mercato*, 2010, 3; E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679; M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999; M. Cocconi, *Motivazione e qualità dei procedimenti di regolazione generali*, in *Il diritto dell'economia*, Modena, 2011, 459; L. Cossu, *L'autorità di regolazione dei trasporti, Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2013; M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesauro e M. D'Alberti, Bologna, 2000, 171 ss.; L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; G. Marcou, *Esiste una nozione giuridica di regolazione?*, in *Rass. Dir. pubbl. eur.*, 2006, 13; E.M. Marengi, *Il diritto ai tempi della crisi: la regolazione possibile*, 2010, 145; F. Merusi, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 313; Id. *Variazioni su crisi economica e regolazione*, in *Il diritto dell'eco-*

L'obiettivo che ci si propone con il presente contributo è proprio quello di individuare tali atti, di classificarli raggruppandoli in categorie (come si vedrà ne sono state menzionate dieci), di evidenziarne la natura e i caratteri offrendone i necessari spunti ricostruttivi, di verificare se da essi emerga un'amministrazione più "forte" e in caso di risposta affermativa quali potrebbero essere le contropartite da prevedere e/o da potenziare.

Per poter conseguire tale obiettivo occorrerà preventivamente soffermarsi sui concetti di regolazione, di soggetti della regolazione e sul fondamento del potere di regolazione, il tutto, ovviamente, nel mutato quadro risultante dalla spinta dell'integrazione europea e, in generale, della globalizzazione degli scambi².

Solo infatti dopo aver ricordato gli elementi di base di tali concetti preliminari – si noti fin d'ora che ognuno di essi, per il suo spessore sistematico, non potrà che essere affrontato per linee generali – si potrà passare ad indicare quali siano gli atti di regolazione, come possano essere classificati e quali caratteri e natura essi abbiano e così tentare di offrire qualche spunto sistematico e ricostruttivo.

Innanzitutto si rilevi come, soprattutto nell'ultimo decennio del secolo scorso, più che di regolazione si sia parlato dei suoi contrari ossia di «liberalizzazione» che può essere definita come l'attività di eliminazione delle regole in relazione allo svolgimento di una determinata attività in generale prima svolta da un pubblico potere e di «semplificazione» che non è altro che l'attività di diminuzione quantitativa e qualitativa delle regole.

Più che di regolazione si parlava, quindi, di *deregolazione* nelle sue varie gradazioni o di *deregulation*³; oggi invece, soprattutto a seguito della crisi globale del-

nomia, 2010, 623; G. Napolitano, *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2010, 218; M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 121; N. Rangone, voce *Regolazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano, 2006, 5057 ss.; M. Sanino, *L'approdo dell'esperienza delle autorità indipendenti a oltre venti anni dalla loro istituzione*, Padova, 2015. Tra i contributi più recenti P. Lazzara, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in atti del convegno, *A 150 anni dalla unificazione amministrativa italiana. Studi*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, vol. V, *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, 117.

² Da ultimo con ricostruzione di grande spessore sistematico v. E. Cardì, *Mercati e istituzioni in Italia*, Torino, 2018, 5 che rileva come le spinte centrifughe che si possono riscontrare negli ultimi anni (tra le quali il referendum sul Leave della Gran Bretagna del 23 giugno 2016) siano controbilanciate dal consolidamento del processo sovranazionale sui temi della moneta, del debito e degli equilibri patrimoniali bancari. Per quel che riguarda la moneta ci si riferisce al trattato internazionale *European Stability Mechanism (ESM)* o Fondo salva Stati o meccanismo europeo di stabilità del 2012; per quel che riguarda il debito il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance o Patto di bilancio europeo o fiscal compact (patto di bilancio) firmato anch'esso nel 2012; per quel che riguarda la sovranazionalità della vigilanza bancaria il processo si è sviluppato nel 2014 tramite il *Single Supervisory Mechanism (SSM)* e il *Single Resolution Mechanism (SRM)*.

³ I tre termini e le loro traduzioni in inglese *regulation* e *deregulation* sono spesso usati in modo non preciso e pertanto, spesso, con il termine *deregulation* si intende sia l'eliminazione totale delle regole che disciplinano un determinato settore sia la loro attenuazione. Per l'OCSE «*deregulation is a subset of regulatory reform and refers to complete or partial elimination of regulation in a sector to improve economic performance*».

la fine del primo decennio degli anni Duemila, si ritorna a parlare di regolazione, o di necessità della regolazione, con ciò riproponendosi sotto nuova luce il tema della sua definizione.

Sebbene il concetto di regolazione in positivo sia indubbiamente un concetto vasto e indeterminato⁴; sebbene secondo uno dei maggiori studiosi di regolazione, M. d'Alberti, «sia impossibile condurre un discorso unitario sulla regolazione» (ed in effetti non esistono voci enciclopediche dedicate espressamente alla regolazione); sebbene anche la dottrina angloamericana, che è quella che maggiormente si è soffermata sul tema, affermi che «*regulation*» è un «*notoriously contested concept*»⁵, nonostante tutto e pur ribadendo che si tratta di un concetto dai confini mobili e ambigui, una parte della dottrina sia angloamericana (Breyer, Prossér) sia nazionale più attenta alle suggestioni di oltre Manica e di oltre oceano (Giani, De Lucia, D'Alberti, Cassese), ha comunque provato a definirla⁶.

Molti contributi sulla regolazione iniziano richiamando la definizione dell'OCSE per la quale essa viene definita come «*the diverse set of instruments by which governments set requirements on enterprises and citizens*» (OCSE, Report on Regulatory Reform, Parigi, 1997)⁷. Tale definizione richiama la pluralità degli atti di regolazione («*the diverse set of instruments*»), il soggetto pubblico della regolazione («*governments*») e l'attività di produzione di norme («*set requirements*»).

Come vedremo, però, per arrivare ad essere utile la definizione di regolazione deve essere precisata sia con riguardo al soggetto che con riguardo all'oggetto.

Ma si proceda con ordine: effettivamente semanticamente «regolare» significa «dare regole» («*to set requirements*») e pertanto la «regolazione» può definirsi, in linea generalissima, come l'attività di chi produce regole ossia dà regole (o aggiunge regole) a un qualcosa che prima non le aveva. Da questo punto di vista un sinonimo di «regolazione» potrebbe considerarsi il sostantivo «regolamentazione».

La definizione di regolazione come produzione di regole è talmente generica da risultare però, almeno parzialmente, inutile: seguendo questa definizione, infatti, l'attività per antonomasia di regolazione sarebbe quella legislativa che è quella con cui, a volere seguire lo schema di separazione dei poteri, si «danno» le norme ai vari settori della vita civile; ma allo stesso modo potrebbe ritenersi attività di rego-

⁴ Lo ricorda anche F. Follieri, *La regolazione economica dei porti e degli aeroporti, tra fallimenti del mercato e fallimenti della regolazione*, in *Dir.dell'ec.*, Modena, 2017, 675 con richiami di dottrina straniera sul punto.

⁵ Si vedano Hancer e Moran, *Introduction: Regulation and Deregulation*, in *European Journal of Political Research*, 1989, 129.

⁶ L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit.; L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit.

⁷ Una tale nozione, ancora troppo generica, come è stato rilevato «evoca qualsiasi previsione rivolta dai pubblici poteri ai soggetti terzi prescindendo dal contenuto della disciplina e dai rapporti che in base a questa si instaurano» (N. Rangone, voce *Regolazione*, in *Diz.dir.pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano, 2006, 5057ss).

lazione tutta l'attività contrattuale di diritto privato che è quella in cui i soggetti privati si danno le regole della propria azione futura nei loro reciproci rapporti.

Nello stesso tempo la definizione di regolazione come produzione di regole pur essendo ancora troppo generica comunque consente, come già anticipato, di definire i concetti ad essa prossimi di liberalizzazione che suppone il ritorno da un sistema amministrativo di regole ad un sistema di libertà (dal regno dell'interesse pubblico a quello dell'interesse privato pur in una cornice pubblica) e di semplificazione che suppone il miglioramento delle regole stesse sia sotto il profilo quantitativo (meno regole), sia sotto quello qualitativo (regole diverse e migliori).

Non è, ovviamente, a questa accezione di regolazione come produzione di norme che ci si riferisce quando si parla di Stato regolatore: se s'intende la regolazione come funzione legislativa, infatti, lo Stato ha sempre avuto un ruolo di «regolatore» essendo, per antonomasia, il detentore della funzione legislativa.

2. *La specificazione del concetto di regolazione con riferimento al soggetto e all'oggetto: la «regolazione pubblica dell'economia»*

Volendo specificare il concetto di regolazione al fine di renderlo utile si possono passare in rassegna le definizioni classiche che ne hanno dato alcuni sociologi.

Particolarmente rilevanti appaiono al riguardo le quattro definizioni di regolazione citate nella monografia di Majone e La Spina sullo Stato regolatore: quella di Riker e Ordeshook del 1973; quella di Lange e Regini del 1987; quella di Mitnick del 1980 e quella di Selznick del 1985.

Per Riker e Ordeshook «la regolazione è il processo tramite cui vengono modificati l'orizzonte delle alternative, gli esiti, lo stato della tecnologia, i modelli di socializzazione, l'informazione [...]. La principale ragione che può spingere ad alterare il contesto originario è che esso così come si presenta implica esternalità costose per i regolatori. Quindi il nocciolo di una teoria della regolazione è una teoria dei costi esterni».

Per Lange e Regini «la regolazione è il modo (o meglio) i diversi modi in cui un determinato insieme di attività o di rapporti tra attori viene coordinato, le risorse che vi sono connesse vengono allocate e i relativi conflitti, reali o potenziali vengono strutturati (cioè prevenuti o composti)».

Per Mitnick la regolazione è una «restrizione intenzionale dell'ambito di scelta nell'attività di un soggetto operata da un'entità non direttamente parte in causa o coinvolta in quell'attività».

La definizione di Selznick è quella per cui per regulation deve intendersi «un controllo prolungato e focalizzato esercitato da una agency pubblica su attività cui una comunità attribuisce una rilevanza sociale».

Da ognuna di tali definizioni si può trarre qualche spunto interessante in ordine alla definizione di regolazione: la definizione di Riker sottolinea un aspetto fondamentale ossia che le regole o la regolazione sono necessarie proprio quando un determinato settore lasciato a sé stesso non arriverebbe a quella che viene ritenuta un'allocazione ottimale e pertanto occorre un intervento del potere pubblico al riguardo: «la principale ragione che può spingere ad alterare il contesto originario è che esso così come si presenta implica esternalità costose per i regolatori».

Da questo punto di vista una buona regolazione presuppone, dunque, innanzitutto un'estrema chiarezza sulla definizione dell'assetto che si considera ottimale (obiettivi della regolazione) un continuo monitoraggio sugli assetti del settore per verificare se effettivamente in autonomia non sarebbe capace di raggiungere la sua allocazione ottimale. Ed è proprio in relazione a tali obiettivi che le misure di regolazione potranno essere considerate più o meno buone.

La definizione di Selznick è importante dal momento che specifica la nozione di regolazione innanzitutto con riferimento al soggetto (per *regulation* deve intendersi «un controllo prolungato e focalizzato esercitato da una agency pubblica su attività cui una comunità attribuisce una rilevanza sociale»): com'è noto la produzione di regole non è appannaggio esclusivo del potere pubblico, anzi si potrebbe dire che i primi produttori di regole sono proprio i soggetti privati (l'art. 1322 cod. civ. non a caso parla di autonomia privata e qualsiasi contratto è produzione di regole) e pertanto escludere dalla regolazione tutto il mondo delle regole private costituisce un indubbio passo in avanti nella specificazione del concetto.

Ecco dunque una prima conclusione: per rendere utile il concetto di regolazione esso deve essere specificato con l'aggettivazione «pubblica» attraverso la quale si fa riferimento ad un'attività di produzione delle regole compiuta da soggetti di natura pubblica e per fini di interesse generale.

Ma ancora questa precisazione, benché necessaria, non appare sufficiente dal momento che l'attività di produzione delle regole può essere svolta, anzi istituzionalmente viene svolta, da organismi pubblici a ciò deputati in linea generale, nel nostro Paese la Camera e il Senato (come si è detto la funzione legislativa è l'attività di regolazione pubblica per eccellenza in quanto essa si esprime nella produzione di norme generali ed astratte).

Ecco la seconda conclusione: per poter essere utile la definizione di regolazione deve, quindi, essere anche collegata ad un oggetto e, quindi, quando si parla di Stato «regolatore» si fa riferimento generalmente proprio alla trasformazione del ruolo dello Stato nei confronti dell'economia ossia di Stato che produce regole nei settori economici.

È questa la cd. «*Economic regulation*» che ha l'obiettivo di aumentare l'efficienza dei mercati nel produrre beni e servizi e che comprende sia le discipline della concorrenza (secondo lo schema «regolo per far sì che tutti possano opera-

re») sia le discipline volte a surrogare il normale funzionamento dei mercati (lo schema in questo caso è «regolo per evitare che un bene o un servizio che il mercato tenderebbe a produrre non venga prodotto ossia per garantire che qualche risultato che altrimenti non si produrrebbe si produca»)⁸.

Su questo secondo versante, quello tipico della regolazione economica, si consideri che non sempre i sistemi economici, i mercati, consentono il raggiungimento di risultati che sono ritenuti indispensabili dalla collettività e per essa dai pubblici poteri: vi possono essere casi di lievitazione incontrollata dei prezzi che esige un intervento dell'autorità pubblica (particolarmente evocativo al riguardo è il sogno di Diocleziano di F. Merusi⁹); vi possono essere settori nei quali l'esercizio di libera attività economica presupponga capacità finanziarie (ad esempio per la costituzione di reti infrastrutturali) che i privati potrebbero non avere; vi sono casi in cui la libera iniziativa potrebbe portare a sacrificare gli interessi di alcuni o alcuni tipi di interessi (es. gli interessi in materia ambientale) e, quindi, si necessita un intervento esterno.

La nozione che ci interessa è, quindi, quella di «regolazione» «pubblica» dei «settori economici»: gli elementi essenziali sono sempre un regolatore pubblico (soggetto, il chi); l'intento di modificare il contesto di azione di altri soggetti perché evidentemente lasciato a sé stesso, alla sue dinamiche perverrebbe ad un assetto considerato non ottimale (finalità, il perché); i mercati (oggetto); la definizione ufficiale di certi valori, beni, interessi, posizioni come meritevoli di tutela; i poteri attraverso i quali avviene la conformazione dell'attività (modalità, il come) e il fondamento di tali poteri.

⁸ Alla *Economic regulation* si aggiungono la *Administrative Regulation* attraverso la quale i poteri pubblici impongono una serie di permessi e la *Social Regulation* volta a correggere una vasta gamma di difetti di informazione ovvero di effetti collaterali (N. Rangone, voce *Regolazione*, cit.).

⁹ Si narra che l'imperatore Diocleziano uscisse travestito dal suo palazzo di Spalato per conoscere cosa succedeva nel mondo e raccogliere elementi utili per adottare i propri provvedimenti. Gli piaceva molto, in particolare, girare per il mercato di Spalato per conoscere gli umori della gente. Proprio in occasione di una delle sue passeggiate si rese conto che i prezzi di quasi tutte le merci salivano vertiginosamente e appurò in poco tempo che praticamente in tutti i mercati dell'Impero succedeva la stessa cosa. A questo punto chiamò a sé un commerciante per ogni tipo di merce e domandò a loro quale era il prezzo che riteneva congruo per ogni tipo di merce. Stilò un elenco che pretendeva essere esaustivo di ogni transazione commerciale ed emanò un editto, l'editto de pretiis (*Edictum De Pretiis Rerum Venalium* emesso nel 301) ingiungendo che fosse pubblicato in tutti i mercati dell'Impero. L'editto era diviso in 32 sezioni e poneva un limite sui prezzi per tutti i prodotti commerciabili nell'impero. L'obiettivo non era «congelare» i prezzi, ma segnarne i maxima, ovvero i massimi prezzi di mercato, oltre i quali determinate merci non avrebbero potuto essere vendute. L'editto è giunto fino a noi perché una cittadina dell'Asia minore pensò bene di farlo scolpire su una parete di marmo. Si trattava di uno dei primi esempi di regolazione e segnatamente di provvedimento pubblico adottato per la regolazione dell'economia (che, per la cronaca, venne palesemente disatteso e che venne poco dopo revocato!); cfr. F. Merusi, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013, 1.

3. *La genesi della regolazione pubblica dell'economia: i tre modelli fondamentali*

Una volta specificato il concetto di regolazione in quello di «regolazione pubblica delle attività economiche» e ristretto anche il perimetro dell'indagine, che dovrebbe essere conseguentemente specificato come «natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia», si può ora passare alla genesi storica di tali poteri.

Il punto di fondo è stato già ben chiarito: la ragione ultima della regolazione, come si è detto, è che si ritiene che un determinato settore economico lasciato alle naturali dinamiche di mercato non arriverebbe ad una situazione che viene considerata ottimale in relazione al conseguimento di determinate finalità ma che, d'altra parte, non necessita un diretto intervento operativo del potere pubblico.

Il piano del dover essere – si noti – attiene a diversi elementi: le imprese in quanto tali *in primis*, gli attori del mercato, e l'ottimalità della situazione. Questo secondo elemento può far riferimento a situazioni che si intendono garantire in capo ai cittadini o agli utenti, o ad altri obiettivi di carattere più ampio (si pensi ad esempio alla tutela ambientale).

Mentre la «concorrenza», la disciplina della concorrenza, attiene alle regole per le quali ogni impresa deve aver accesso al mercato (il potere pubblico si limita a consentire il gioco degli attori economici ma non ha obiettivi propri da raggiungere a parte questo), la «regolazione» attiene al fatto che pur all'interno del mercato non vengano pregiudicati i diritti dei cittadini e degli utenti o di interessi sovraindividuali (e questo è il *proprium* della disciplina della regolazione).

L'esigenza è risalente; già negli ordinamenti antichi si producevano regole al fine di tutelare le esigenze primarie dei gruppi più deboli nell'economia e nella società: grazie a regole speciali il pane e gli alimenti essenziali per la sopravvivenza venivano sottoposti a prezzi controllati e i mulini divennero servizi pubblici per fornire a tutti garanzie che il diritto comune degli affari di certo non assicurava.

Ma, volendo schematizzare e assumendo per comodità come punto di partenza la formazione dello Stato italiano, generalmente le fasi dell'intervento pubblico nell'economia vengono riassunte in tre momenti fondamentali: il periodo dello Stato minimo che corrisponde al pensiero liberale (*laissez faire*) e che comprende il periodo 1860-1900¹⁰; il periodo dello stato gestore/imprenditore (dirigismo) e che

¹⁰ Nel periodo di formazione degli Stati nazionali le regole speciali inizialmente nate per correggere la naturale e non ottimale allocazione dei mercati si andarono concentrando essenzialmente in concessioni di privilegi, patenti e monopoli alla classe mercantile e recò vantaggi a singole imprese. La reazione a questa «cattiva regolazione» non si fece attendere: si può dire che l'ottocento sia stato il secolo della reazione a tali abusi e influenzato con larghe eccezioni dalle pagine di A. Smith e dall'idea di garantire a tutti la libertà di scambio protetta dal *droit naturel* e dalla *common law*, abbia tentato di reagire contro gli eccessi e gli errori delle amministrazioni e dei Governi. Anche in tale periodo del *laissez faire* si ebbero una serie di eccezioni: basti pensare che men-

comprende il periodo 1900-1990¹¹; il periodo dello Stato regolatore (che costituisce una via intermedia tra *laissez faire* e dirigismo) e che va dal 1990 in poi.

Quest'ultima fase si può scomporre, a sua volta, in tre sottoperiodi: l'ultimo decennio degli anni Novanta (*the roaring Nineties*) che viene considerato il *turning point* nelle relazioni tra istituzioni e mercati (e in cui significativamente si inquadrano la legge sull'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 1990, il periodo delle privatizzazioni formali e sostanziali del 1992-1994, le trasformazioni del sistema bancario del 1993, le trasformazioni di quello finanziario del 1998 e la regolazione quadro delle reti del 1995)¹²; il primo decennio degli anni Duemila è quello che registra la cd. crisi finanziaria globale con l'avvio del ripudio del *market fundamentalism* a favore di un *comprehensive approach* e, infine, il secondo decennio degli anni Duemila in cui si registra la crisi bancaria che segue quella finanziaria e un pieno ritorno della sfera pubblica.

Il secondo decennio degli anni Duemila vede susseguirsi una serie di importanti step sia a livello nazionale (il riordino delle società a partecipazione pubblica nel 2016, la valorizzazione nei bilanci delle grandi imprese dei profili di responsabilità sociale nel 2017, il rafforzamento dei profili istituzionali in materia di prevenzione della corruzione nel 2014) sia a livello europeo: nel 2012 entrano in vigore due nuovi Trattati uno a presidio della moneta, l'*European Stability Mechanism* (ESM) e uno a presidio del debito, il trattato sulla stabilità o fiscal compact al fine della riduzione del debito degli Stati membri¹³.

Il punto di partenza della situazione che oggi viviamo va ricercata nella reazione allo Stato gestore o allo Stato imprenditore (dagli inizi del Novecento fino al 1990) che si ingeriva direttamente nell'economia attraverso i tre modelli fon-

tre in Italia alla fine dell'Ottocento si alienavano i beni del demanio veniva istituita nel 1863 la prima impresa pubblica la Cassa depositi e Prestiti, grande banca del Ministero delle Finanze.

¹¹ È questo il periodo in cui l'espansione dell'intervento statale volta a garantire il godimento di diritti sociali e libertà positive sempre più numerose ed esigenti condusse alla creazione di un modello di Stato quale gestore diretto, dispensatore di beni, erogatore diretto di prestazioni; ingegnere sociale, Stato positivo come produttore diretto di beni e di servizi, Stato interventista. Nascono le imprese pubbliche come l'Azienda Ferrovie dello Stato (1905), l'impresa per la telefonia interurbana (1907), l'INA (1913), la BNL (1913); nasce lo Stato del benessere che cura le prestazioni sociali (si pensi all'istituzione della Cassa nazionale di previdenza nel 1898 e la successiva iscrizione obbligatoria nel 1917); si sviluppano una molteplicità di enti pubblici (nei settori della seta, del cotone, del riso, dei fertilizzanti, dei trasporti, dell'artigianato, dello zolfo, della cellulosa, etc.) e di società per azioni con partecipazione pubblica (come l'AGIP nel 1926 e l'IRI nel 1933). Su questo periodo cfr. anche le considerazioni di S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Laterza, V ed., 2012, 10. Se il giudizio della dottrina è abbastanza unanimemente negativo nei confronti dell'esperimento di economia mista o delle partecipazioni statali non bisogna però dimenticare che agli inizi degli anni Sessanta il nostro paese venne classificato quarto tra i sette paesi più industrializzati e dai dati registrati dalla Banca d'Italia risulta che il tasso di crescita del nostro paese fu nel periodo 1948-1963 superiore a quello degli Stati Uniti, della Francia e dell'Inghilterra.

¹² Si è parlato di tale decennio come quello di fondamentalismo del mercato ed è stato consegnato in letteratura come il decennio del nuovo ordine mercantile o del supercapitalismo (E. Cardì, *Mercati e istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, IV ed., Torino, 2018, 4).

¹³ E. Cardì, *Mercati e istituzioni in Italia...*, cit., 2.

damentali della proprietà pubblica delle imprese¹⁴, delle concessioni¹⁵ e dell'attività di programmazione¹⁶.

Nel primo caso (intervento dello Stato nell'economia attraverso la proprietà pubblica) l'iniziativa privata in un determinato settore era bandita perché veniva sempre ritenuta contrastante con l'interesse pubblico; nel secondo caso (intervento dello Stato nell'economia attraverso le concessioni) l'iniziativa economica privata veniva posta sotto il controllo totalizzante del pubblico; nell'ultimo caso (intervento dello Stato nell'economia attraverso la programmazione) l'iniziativa privata veniva accettata e valorizzata purché si conformasse ai dettami del pubblico e dunque fosse sottoposta a specifici controlli.

Il primo caso è stato definito come un caso di intervento pubblico diretto nell'economia e il secondo e terzo caso sono stati menzionati come casi di intervento pubblico indiretto nell'economia.

Uno degli effetti dell'intervento pubblico diretto (e indiretto) nell'economia fu che una serie di settori economici, nel frattempo divenuti economicamente profittevoli e vantaggiosi, venne sottratta alle imprese e ciò non poteva certamente dirsi compatibile con i principi del diritto europeo che imponeva l'accesso delle imprese a tutti i mercati a meno che non vi fossero motivi di interesse generale che lo impedissero.

È per questo che, nell'ultimo decennio del novecento, attraverso la forte spinta europea data dalle leggi di liberalizzazione e di concorrenza, si è imposto il nuovo modello dello Stato regolatore che comporta la riappropriazione da parte del mercato di territori che prima gli erano sottratti.

¹⁴ Storicamente la proprietà pubblica è stata la principale forma di regolamentazione pubblica in Europa. In vari settori come il gas, l'elettricità, l'acqua, le ferrovie si riteneva che la proprietà pubblica di tali industrie desse allo Stato il potere di proteggere l'interesse pubblico contro potenti interessi privati (Majone La Spina, cit., 18). È questo lo schema che venne poi recepito dall'art. 43 Cost. che prevede la riserva originaria in mano pubblica o il trasferimento mediante espropriazione di imprese o categorie di imprese che erogano servizi pubblici essenziali e che ha consentito aziende di Stato come le poste o le ferrovie; enti pubblici economici come l'Enel e società a partecipazione pubblica concessionarie di pubblici servizi come la RAI o la SNAM.

¹⁵ Il secondo modello consisteva nel controllo amministrativo dei mercati (in questo caso i pubblici poteri stabiliscono le regole per l'accesso ad ogni singolo mercato come il commercio al dettaglio, i trasporti automobilistici extraurbani, il servizio taxi, i mestieri artigiani, le libere professioni, i pubblici esercizi) e prevede un intenso sistema di controlli amministrativi sulla loro osservanza (autorizzazioni, abilitazioni, licenze, concessioni, iscrizioni in albi o in elenchi, revoche, cancellazioni, decadenze) (è il caso dell'art. 41 Cost., comma 3, Cost. laddove si dice che la legge determina i programmi e controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali).

¹⁶ M. Carabba, voce *Programmazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, 1997; R. Sacco, voce *Programmazione economica*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, vol. VIII agg., Torino, 2013; M.S. Giannini, voce *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983; M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 121; G. Corso, *Procedimenti di programmazione e comparazione di interessi*, Varenna, 1991; N. Rangone, *Le programmazioni economiche*, Bologna, 2007.

4. *I soggetti della regolazione pubblica: le amministrazioni indipendenti*

I soggetti a cui nel nuovo modello di intervento pubblico dell'economia è stato in via principale affidato il compito di regolazione dei settori economici che vengono via via liberalizzati sono le amministrazioni indipendenti.

La prova che non si sia raggiunto un sufficiente indice di sistematizzazione di tali soggetti è provato dal fatto che tra coloro che hanno maggiormente studiato la materia non vi sia accordo neppure sull'enumerazione e la classificazione di tali soggetti di regolazione.

Non è pacifico innanzitutto il numero di tali autorità indipendenti: V. Cerulli Irelli ne elenca nove¹⁷, G. Rossi tredici¹⁸; M. Clarich otto¹⁹; M. D'Alberti sei²⁰, per citare solo alcuni tra i manuali più diffusi.

In uno degli ultimi lavori sul tema si citano quattordici autorità indipendenti²¹ e segnatamente: 1) la CONSOB²²; 2) l'Autorità garante della concorrenza e del mercato meglio nota come Antitrust o brevemente detta AGCM²³; 3) la Commissione di garanzia sullo sciopero nei servizi essenziali²⁴; 4) la Commissione di vigilanza sui fondi pensione (COVIP)²⁵; 5) l'Autorità nazionale Anticorruzione (ANAC)²⁶; 6) l'Autorità per l'energia elettrica e per il gas e il servizio idri-

¹⁷ V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, 4 ed., 2014, Torino, 104. Si menzionano tra le autorità indipendenti di più recente istituzione l'AGCM, la Commissione di garanzia per l'esercizio del diritto di sciopero, l'ARERA, il Garante per la tutela della privacy, l'Autorità per le comunicazioni, la Commissione di Vigilanza sui fondi pensione che si accompagnano a quelle più antiche come Banca d'Italia, Consob e IVASS.

¹⁸ G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, II ed., 2 ed., 2015, Torino, 192.

¹⁹ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013. Nel suo manuale si elencano otto autorità ma si utilizza, intelligentemente, una sorta di clausola di salvaguardia nel senso che avverte che si tratta delle «principali» autorità così lasciando intendere che ce ne sono delle altre.

²⁰ M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, II ed., 2013, Torino, 94. Si menzionano ovviamente le tre autorità più risalenti (Banca d'Italia, Consob e IVASS) e l'AGCM, l'ARERA, l'AGCOM evidenziando soprattutto la loro legittimazione sul versante del diritto europeo.

²¹ M. Sanino, *L'approdo dell'esperienza delle autorità indipendenti a oltre venti anni dalla loro istituzione*, Padova, 2015.

²² La Consob istituita con la legge 7 giugno 1974, n. 216 e dotata di personalità giuridica e di piena autonomia con la legge n. 281 del 1985 la cui attività è rivolta alla tutela degli investitori, all'efficienza, alla trasparenza e allo sviluppo del mercato mobiliare. Vedi anche il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

²³ L'AGCM è stata istituita con la legge 10 ottobre 1990, n. 287 e successivamente disciplinata con l. 215/2004; d.lgs. 206/2005; d.lgs. 145/2007; d.l. n. 1/2012 e garantisce il rispetto delle regole che vietano le intese anticoncorrenziali tra imprese, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni in grado di creare o di rafforzare posizioni dominanti dannose per la concorrenza, con l'obiettivo di migliorare il benessere dei cittadini.

²⁴ È stata istituita con l. 12 giugno 1990, n. 146 (poi integrata dalla legge 11 aprile 2000, n. 83) con il compito di vigilare sul contemperamento tra il diritto di sciopero e i diritti dei cittadini nell'ambito di servizi pubblici essenziali.

²⁵ È stata istituita con d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124 (vedi anche d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252) e ha il compito di vigilare sul buon funzionamento del sistema dei fondi pensione.

²⁶ Nell'ANAC sono confluite le competenze dell'autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. La legge n. 190/2012 individuò la CIVIT come autorità anticorruzione. Con l'entrata in vigore della legge 30 ottobre 2013, n. 125 di conversione del d.l. 31 agosto 2013, n. 101 la Commissione ha assun-

co e per i rifiuti (ARERA)²⁷; 7) il Garante per la privacy istituito con la legge 31 dicembre 1996, n. 675; 8) l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni²⁸; 9) il Garante per la sorveglianza dei prezzi istituito con la legge finanziaria del 2008; 10) l'Autorità garante nazionale per l'infanzia e l'adolescenza; 11) il Garante piccole e medie imprese; 12) l'Autorità di regolazione dei trasporti²⁹; 13) l'Agenzia per l'Italia Digitale³⁰ e 14) l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS che ha assorbito l'ISVAP)³¹.

Si noti che la precisa individuazione delle autorità indipendenti è oggi assai importante anche perché ad esse si applica il rito accelerato di cui in un primo tempo all'art. 23 *bis* l. TAR e oggi nell'art. 119 c.p.a. secondo il quale «le disposizioni di cui al presente articolo si applicano nei giudizi aventi ad oggetto le controversie relative a: [...] b) i provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti, con esclusione di quelli relativi al rapporto di servizio con i propri dipendenti».

In ordine alla definizione di autorità indipendenti dal canto suo la giurisprudenza ha affermato che «nonostante né la legge né la dottrina abbiano sinora fornito un criterio definitorio e/o un elenco esaustivo delle cd. Autorità indipendenti deve comunque ritenersi che la nozione di autorità indipendenti assunta dalla legge processuale amministrativa debba essere intesa in senso proprio e ristretto come riferita a quegli organismi collegiali dotati di specifici apparati organizzatori autonomi posti da leggi speciali di settore a sovrintendere a ordinamenti settoriali sensibili o di particolare rilievo sociale in funzione di regolazione e controllo a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti»³².

Si sono esclusi, quindi, ad esempio, tra le autorità indipendenti il difensore civico (dal momento che i suoi atti e provvedimenti non investono di regola settori sensibili), e il Consigliere Nazionale di Parità previsto dall'art. 12 del Codice delle pari opportunità fra uomo e donna approvato con d.lgs. n. 198/2006³³.

to il nome di ANAC. La sua composizione è stata modificata e nel 2014 ha assorbito l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

²⁷ L'AEEGSI è stata istituita con legge 14 novembre 1995, n. 481. In essa è confluita l'agenzia nazionale di vigilanza sulle risorse idriche istituita con il decreto sviluppo 13 maggio 2011, n. 70 e soppressa a dicembre dello stesso anno con la legge 22 dicembre 2011, n. 214.

²⁸ L'AGCOM è stata istituita con la legge 31 luglio 1997, n. 249 in cui è confluita l'agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale istituita a marzo 2011 e soppressa nel dicembre dello stesso anno con d.l. 201/2011.

²⁹ L'Autorità per i trasporti è stata istituita ai sensi dell'art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 nell'ambito delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481.

³⁰ Istituita con d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito nella legge 134/2012.

³¹ Istituito con legge n. 135/2012.

³² TAR Campania, Napoli, I, 31 gennaio 2003, n. 511.

³³ TAR Lazio, III, 18 giugno 2009, n. 5780.

In sede di modellizzazione di tali autorità assai spesso si ricorda che non vi è una disciplina di riferimento ossia un preciso ed omogeneo modello e che ciò ha comportato la proliferazione di autorità assai diverse le une dalle altre.

Le uniche norme di carattere generale sarebbero: quella che impedisce di conferire alle Regioni e agli enti locali funzioni statali quando «i compiti di regolazione e controllo siano già attribuiti con legge statale ad apposite autorità indipendenti» (art. 2, comma 4, l. 15 marzo 1997, n. 59); la norma citata che prevede un rito processuale speciale per le stesse (art. 119 c.p.a.); la norma che prevede un accesso particolare «esercitato nell'ambito dei rispettivi ordinamenti» per le suddette autorità (art. 23 l. 241/90); la norma che obbliga le autorità a dotarsi di forme e metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione per l'emanazione degli atti di competenza (art. 12 l. 29.7.2003, n. 229); la norma di cui al d.l. 31 maggio 2010, n. 78 che nel dettare norme finalizzate alla riduzione dei costi degli apparati amministrativi le include nell'elenco da redigersi da parte dell'ISTAT.

Sul versante della classificazione poi vi è chi classifica le autorità indipendenti in base alla loro vicinanza o meno con lo schema degli enti pubblici³⁴; vi è chi le distingue in base all'oggetto della regolazione: da una parte vi sarebbero le autorità di garanzia (di cui il prototipo è l'AGCOM ma che comprendono anche la Commissione di garanzia per lo sciopero nei servizi essenziali; il Garante per la protezione dei dati personali; l'autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza istituita dalla legge n. 122/2011) e dall'altra le autorità di vigilanza e queste ultime a propria volta vengono distinte tra autorità di tipo generalista (AGCM e Garante per la protezione dei dati personali); autorità di settore preposte alla vigilanza di mercati concorrenziali (Banca d'Italia, Consob e IVASS) e autorità preposte ai servizi pubblici in seguito ai processi di liberalizzazione (ARERA, AGCOM e Autorità per i trasporti).

5. *Il fondamento dei poteri di regolazione delle autorità indipendenti*

Sempre al fine di procedere all'esame dei concetti presupposti e per arrivare alla classificazione degli atti e dei poteri dei soggetti regolatori occorre ora soffermarsi sulle finalità della regolazione operata dalle autorità indipendenti.

Orbene le finalità della regolazione sono fondamentalmente due: la prima è quella di consentire l'accesso delle imprese a mercati che prima ad esse erano

³⁴ G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 192. Vengono menzionate le tre autorità storiche (Banca d'Italia, Consob e IVASS) più simili al modello degli enti pubblici, e altre due tipologie di autorità ossia quelle di garanzia e quelle di regolazione (l'Autorità per l'energia elettrica e il gas; l'Autorità di garanzia per le comunicazioni; l'Autorità di regolazione dei trasporti). A queste si aggiungono l'ANAC che ha assorbito la CIVIT e l'AVCP e la Agenzia per l'Italia digitale (sono quindi tredici).

preclusi (vigilanza e garanzia della concorrenza) che si connota per una maggiore neutralità del potere pubblico; la seconda, non meno importante, è quella di continuare a garantire i diritti dei cittadini e degli utenti o gli interessi sovraindividuali che prima erano tutelati direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche (vera e propria regolazione) che si connota per una maggiore presenza del potere pubblico³⁵.

E la seconda finalità non è meno rilevante della prima come si deduce per esempio dal fatto che la prima amministrazione indipendente, la *Interstate Commerce Commission*, venne istituita negli USA nel 1887 proprio per regolare il servizio ferroviario tutelando i diritti dei soggetti meno forti (contadini e piccoli commercianti) e non a caso venne denominata «*the poor man's court*». Si evidenziava già da allora la primarietà, nell'azione di regolazione, oltre che dell'apertura dei mercati, anche della considerazione dei diritti degli utenti.

In ogni caso il fondamento dei poteri di regolazione delle varie autorità risiede nella legge ed è finalizzato proprio alla garanzia degli obiettivi a cui ogni autorità viene preposta.

Vi è dunque un rapporto particolarmente stretto tra autorità indipendenti e Parlamento che si evidenzia *in primis* nel potere di nomina dei loro vertici: proprio tale rapporto preferenziale diretto con il Parlamento e non mediato dal Governo ha fatto porre una serie di questioni relative alla legittimazione di tali autorità rispetto alla Carta Costituzionale. Ed infatti in un quadro costituzionale in cui campeggia l'art. 95 Cost. (si ricordi che tale disposizione costituzionale prevede che i Ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei Ministri e individualmente degli atti dei loro dicasteri) l'idea che ci fossero delle autorità non subordinate al Governo pareva inammissibile.

Sulla scia della dottrina francese che ha sempre sottolineato la tradizione di forte dipendenza delle autorità amministrative dal governo (la Costituzione della V Repubblica ha stabilito che «*le gouvernement dispose de l'administration*»; art. 20) si era, quindi, sostenuto che se sono amministrazioni non possono essere indipendenti e se sono indipendenti non possono essere amministrazioni³⁶. A fronte di tale disposizione costituzionale, l'art. 95, appariva, in altre parole, rischioso che settori rilevanti della vita del paese venissero amministrati da soggetti pubblici che svincolati dalla direzione e dal controllo del Governo finissero per essere privi di legittimazione democratica.

³⁵ Al riguardo è molto chiaro l'art. 1 della legge 14 novembre 1995, n. 481 recante norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità per il quale da una parte occorre garantire «la promozione della concorrenza» ma dall'altra anche «adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi [...] promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori».

³⁶ M. D'Alberty, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 94.

Parlando di deficit di legittimazione delle autorità amministrative indipendenti ci si riferiva dunque fondamentalmente all'illegittimità presunta del fondamento legislativo dei poteri di regolazione.

La questione oggi si può dire pacificamente chiusa sulla base di distinti ragionamenti³⁷ tra i quali particolarmente rilevanti appaiono quello fondato sull'art. 97 Cost. e quello fondato sulla cd. legittimazione europea e a cui si accompagnano il ragionamento per il quale le autorità indipendenti sono organi paragiurisdizionali e quello per il quale esse hanno legittimazione di tipo procedimentale.

Il primo tipo di argomentazione fa leva sugli artt. 97 e 98 Cost.: alla concezione dell'amministrazione come apparato dipendente del Governo o come struttura servente dell'istituzione governativa si affiancherebbe il modulo dell'amministrazione come apparato a sé separato dal Governo e in genere dal potere politico ma servente il Parlamento.

Questo tipo di ragionamento è analogo a quello che svolse la Corte Suprema quando nel sistema statunitense venne sollevato il problema della non semplice posizione costituzionale delle autorità che poneva in discussione il controllo presidenziale dell'Esecutivo lasciando sussistere un vero e proprio quarto potere di cui si lamentava la sostanziale irresponsabilità. Nel 1935 con la sentenza *Humphrey's Executor vs. United States* la Corte Suprema elaborò una prima teorizzazione fondandola sul collegamento diretto con il Congresso: l'indipendenza dal Presidente in tal modo non si riteneva costituissero un'autorizzazione a perseguire arbitrarie politiche di regolazione settoriale³⁸.

Per questo tipo di ragionamento i poteri di regolazione delle autorità indipendenti non sarebbero altro che poteri amministrativi, solo che essi troverebbero direttamente fondamento nella legge e nel Parlamento superando il circuito tradizionale di legittimazione amministrativa che rinvia al Governo.

Il secondo ragionamento fa leva sulla legittimazione che potremmo dire europea³⁹: è evidente infatti che il modello istituzionale delle autorità indipendenti debba molta della sua fortuna alla necessità di adempiere progressivamente ad obblighi di integrazione con il sistema delle fonti e con le istituzioni comunitarie.

Così la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti appare sostanzialmente rafforzata a livello sovranazionale e in conseguenza della cessione di quote di sovranità e nella prospettiva di individuare organismi caratterizza-

³⁷ Si veda ad es. di recente A. Mazza Labocetta, *Autorità amministrative indipendenti e principio di legalità*, in *Dir. dell'econ.*, Modena, 2016, 633.

³⁸ M. De Benedetto, voce *Autorità indipendenti*, in *Diz. dir. pubbl.*, a cura di S. Cassese, cit., 589.

³⁹ In questa linea ad esempio V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 105 per il quale la fonte costituzionale di tali autorità è data da norme e principi dell'ordinamento europeo che, almeno per alcune di esse, espressamente prevedono il requisito dell'indipendenza, recentemente rafforzato dalla Corte di Giustizia laddove ha escluso che l'Autorità tedesca preposta alla tutela dei dati personali possa essere sottoposta alla vigilanza dello Stato (Corte Giust., C 518/07 Commissione/Germania).

ti da indipendenza quali terminali nazionali delle reti europee di istituzioni regolatorie e di garanzia⁴⁰.

In questa prospettiva vi sarebbe una legittimazione europea per la Banca d'Italia e per i suoi poteri⁴¹; per l'AGCOM e i suoi poteri⁴²; per l'ARERA e i suoi poteri⁴³; per l'AGCM e i suoi poteri⁴⁴ e per l'Autorità dei trasporti soprattutto per quel che riguarda il settore aeroportuale in cui essa esercita tutti i poteri di autorità di vigilanza sulla base della direttiva 2009/12/CE concernente i diritti aeroportuali⁴⁵.

Anche in questa seconda linea di pensiero i poteri di regolazione sarebbero tutti di natura amministrativa e le autorità potrebbero qualificarsi a buon diritto «amministrative indipendenti».

Vi è però un terzo tipo di ragionamento che fa leva sul fatto che le amministrazioni indipendenti in quanto sottratte all'art. 95 Cost. non potrebbero occuparsi della gestione dell'interesse pubblico bensì dovrebbero limitarsi a regolamentare e proteggere interessi costituzionalmente rilevanti. Invero alle amministrazioni indipendenti sarebbero affidati poteri ascrivibili non alle scelte libere o discrezionali proprie della politica legislativa amministrativa ma poteri riconducibili ad attività paragiurisdizionali. Sotto questo profilo vi sarebbe un problema di compatibilità con l'art. 101 Cost. prodotto proprio dal riconoscimento di funzioni essenzialmente paragiurisdizionali in capo a soggetti muniti di indipendenza ma non facenti parte del potere giudiziario.

In questo caso la natura e i caratteri dei poteri delle autorità indipendenti sarebbero giurisdizionali o, con formula meno netta, paragiurisdizionali.

⁴⁰ M. De Benedetto, cit., 590 che riporta Cassese, Merusi e Passaro e soprattutto Cardi che parla di Consob come istituzione comunitaria.

⁴¹ La legittimazione della Banca d'Italia si può trovare nell'art. 130 TFUE che si occupa del sistema europeo delle banche centrali nazionali e nel regolamento UE n. 1093/2010 che ha istituito l'Autorità di vigilanza europea sulle banche stabilendo che essa opera «in piena indipendenza e obiettività nell'interesse esclusivo dell'Unione nel suo insieme senza chiedere né ricevere istruzioni da parte di istituzioni o organi dell'Unione, dai governi degli Stati membri o da altri soggetti pubblici e privati» (art. 42). Poiché il consiglio di tale autorità è composto anche dai vertici delle autorità pubbliche nazionali di vigilanza sugli enti creditizi (art. 40) pure a queste ultime viene garantito uno status di indipendenza.

⁴² Per quel che riguarda il settore delle comunicazioni elettroniche in cui opera l'Autorità per le comunicazioni la direttiva 2002/21/CE e la direttiva 140/2009 hanno stabilito che gli Stati debbono avvalersi di autorità di regolazione indipendenti.

⁴³ Lo stesso prevedono le direttive 72 e 73 del 2009 in materia di energia elettrica e di gas naturale.

⁴⁴ In materia di antitrust il regolamento comunitario n. 1/2003 sulle intese restrittive tra imprese e sugli abusi di posizione dominante ha previsto che le autorità nazionali di concorrenza sono o amministrazioni o giudici (art. 35, par. 2). Nel primo caso devono avere un'indipendenza pari a quella del potere giudiziario. Dopo tale regolamento è stato peraltro istituito l'European Competition Network (ECN) la rete europea di concorrenza formata dalla Commissione e dalle autorità antitrust degli Stati membri che prevede una messa in rete delle informazioni tra le varie autorità antitrust. Da ultimo sul punto G. Mastrodonato, *Profili procedurali nella nuova amministrazione condivisa in Europa*, Bari, 2018, 179 ss.

⁴⁵ Cfr. art. 37, comma 2 lett. h) del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 (cd. Salva Italia).

Vi è infine un ultimo ragionamento, fatto proprio soprattutto dalla giurisprudenza, che fa leva sulla legittimazione cd. procedimentale: il rispetto dei principi del contraddittorio, della trasparenza, della motivazione, della sindacabilità giurisdizionale delle decisioni sarebbe ciò che sana il deficit di legittimazione democratica. La mancanza di responsabilità politica e di soggezione nei confronti del Governo nonché l'indipendenza delle Autorità troverebbero nel nostro ordinamento dei contrappesi costituiti fondamentalmente dalle garanzie del giusto procedimento.

In questo senso in giurisprudenza si è affermato ad esempio che «l'esercizio di poteri regolatori da parte delle autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del criterio di responsabilità di cui all'art. 95 Cost. è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. In assenza di responsabilità e soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e la neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale»⁴⁶. Nello stesso senso si è affermato che «l'esercizio di poteri regolatori da parte delle Autorità indipendenti è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative»⁴⁷.

6. *Le dieci categorie dei poteri di regolazione*

L'approccio tradizionale seguito per definire la natura e i caratteri degli atti di regolazione è quello che prende le mosse dalla natura delle autorità indipendenti, appunto amministrative o meno, e da questo fa discendere la natura dei loro atti.

Di seguito si tenterà di fare un percorso inverso partendo invece dalla descrizione e dall'elencazione degli atti che tali autorità svolgono e da questi risalendo all'indietro alla natura dell'autorità.

Non è ovviamente semplice, data il loro numero, esaminare singolarmente i poteri che la legge o le stesse autorità si attribuiscono al fine di regolare determinati settori (e, conseguentemente, gli atti che ne costituiscono esercizio), si può però cercare di esaminare più in dettaglio qualche soggetto regolatore e poi, da tale analisi, cercare di tirare conclusioni che potranno successivamente essere estese alle autorità nel loro insieme.

⁴⁶ Cons. Stato, VI, 20 aprile 2006, n. 2201.

⁴⁷ Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2006, n. 7972.

Si prenderanno in esame quattro esempi emblematici: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; l'ARERA; la Consob e l'Autorità per i trasporti.

I poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato⁴⁸ sono in gran parte previsti nella legge 10 ottobre 1990, n. 287 (la cd. legge Antitrust) che trova fondamento nei principi ispiratori dei Trattati europei⁴⁹ e nell'art. 117 Cost. che affida la concorrenza alla competenza esclusiva dello Stato.

Si tratta di testo normativo che, com'è noto, ha quasi trent'anni, che è stato modificato in più occasioni⁵⁰, che ha costituito la base per la regolazione pro concorrenziale dei mercati e che solo di recente è stato accompagnato dalla legge sulla concorrenza⁵¹.

Ebbene in tale testo si ritrovano la serie di poteri che si estrinsecano in altrettanti atti e che sono stati attribuiti all'AGCM al fine di vigilare sui principi di concorrenza e in particolare sulle intese restrittive della concorrenza, sugli abusi di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione.

Tra i poteri più rilevanti vi sono quello di vietare o autorizzare concentrazioni (art. 6, comma 2 e art. 18); di corrispondere con tutte le p.a. e gli enti di diritto pubblico (art. 10, comma 4); di adottare regolamenti interni tra i quali quello sull'organizzazione e il funzionamento (ma anche con efficacia esterna come quello sul rating di legalità; sul conflitto di interessi; sui lavori e forniture e servizi in economia) (art. 10, comma 6); d'indagine per verificare l'esistenza di infrazioni ai divieti di intese restrittive e di abuso di posizione dominante (art. 12); di svolgere indagini conoscitive di natura generale (art. 12, comma 2); di acquisire mezzi istruttori ivi compresa la possibilità di disporre ispezioni (art. 14, comma 3); di adottare misure cautelari ove ravvisi l'urgenza di rischio di danno grave e irreparabile per la concorrenza (art. 14 *bis*) o di sospendere le operazioni di concentrazione (art. 17); di valutare l'idoneità di impegni che facciano venir meno i profili anticoncorrenziali (art. 14 *ter*, comma 1); di irrogare sanzioni se gli impegni non vengono rispettati (art. 14 *ter*, comma 2); di diffidare al fine dell'eliminazione delle infrazioni (art. 15); di sanzionare in caso di inottemperanza al divieto di

⁴⁸ Sull'AGCM si veda da ultimo E. Cardi, *Mercati e istituzioni in Italia*, cit., 73 ss. e F. Cintioli, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato e il suo ruolo unificante nell'ordinamento*, in atti del convegno, *A 150 anni dalla unificazione amministrativa italiana. Studi*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, vol. V, *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, 509.

⁴⁹ Uno dei principali obiettivi dell'Unione è proprio quello dell'instaurazione di un mercato interno imperniato sul corretto gioco della concorrenza: cfr. art. 3 par. 1 lett. b e prot. n. 27 TFUE; artt. 101-106 TFUE sulle regole di concorrenza e artt. 107-109 TFUE sugli aiuti di Stato. A tali norme si aggiungono vari regolamenti tra i quali il regolamento n. 1/2003 sulla disciplina antitrust e il reg. n. 139/2004 sulla concentrazione di imprese.

⁵⁰ In particolare dalla legge 5 marzo 2001, n. 57; dal d.l. 4 luglio 2006, n. 223; dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.

⁵¹ Ci si riferisce alla legge 4 agosto 2017, n. 124. Si noti che, la legge sulla concorrenza pur essendo prevista come legge periodica fin dal 2009, solo nell'ultimo anno si è concretizzata in un ulteriore testo normativo (che ha visto la luce non senza criticità).

concentrazione (art. 19); di segnalazione in caso in cui si ravvisino provvedimenti distorsivi della concorrenza (art. 21); di ricorrere contro atti in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato (cd. public advocacy) (art. 21 *bis*); di esprimere pareri su iniziative legislative e regolamentari (art. 22).

Oltre a tali poteri all'AGCM spettano anche altre funzioni come quella diretta al contrasto delle pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori e delle microimprese, della tutela dalla pubblicità ingannevole e comparativa nonché relativamente alla vigilanza⁵² affinché nei rapporti tra aziende e consumatori non vi siano clausole vessatorie e a tali funzioni si ricollegano altrettanti poteri⁵³.

Altri compiti dell'AGCM a cui si rapportano ulteriori set di poteri sono quelli di vigilare sui conflitti di interesse in cui possono incorrere i titolari di cariche di Governo⁵⁴; di attribuire alle imprese che ne facciano richiesta il rating di legalità⁵⁵ e in ordine alla cessione di prodotti agricoli e agroalimentari⁵⁶.

Il secondo caso preso in esame è quello dell'autorità di regolazione per i servizi di pubblica utilità (brevemente detta ARERA ossia autorità di regolazione per Energia reti e ambiente) che è stata istituita dalla legge 14 novembre 1995, n. 481.

Com'è noto essa operava inizialmente nei soli settori dell'energia elettrica e del gas ed ha poi ha esteso le sue competenze al sistema idrico (legge 22 dicembre 2011, n. 214), al risparmio energetico (d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102) e ai rifiuti (legge 27 dicembre 2017, n. 205 commi 527-529).

L'ARERA è, dunque, competente per la regolazione e il controllo dei settori innanzi indicati (art. 2, commi 4 e 6) e in funzione di ciò ha poteri consultivi e di segnalazione (art. 2, comma 6); ha poteri di osservazione e proposta sui servizi da assoggettare a concessione o autorizzazione (art. 12, lett. a); ha poteri di determinazione delle tariffe (art. 12, lett. e); ha potere di emanare direttive per la separazione contabile e amministrativa (art. 12, lett. f); ha poteri di ispezione e di accesso o di acquisizione della documentazione utile (art. 12, lett. g); ha poteri di determinazione dei livelli generali di qualità (art. 12, lett. h); ha potere di valutazione di reclami (art. 12, lett. m); ha poteri sanzionatori (art. 12, comma 20 lett.

⁵² Si tratta di compiti ad essa attribuiti dal d.lgs. n. 206/2005 (codice del Consumo) e dai d.lgs. 145/2007 (pubblicità ingannevole) e d.lgs. 146/2007 (pratiche commerciali).

⁵³ Al fine di svolgere tali attività all'AGCM sono attribuiti poteri inibitori oltre che poteri investigativi ed esecutivi (art. 27 d.lgs. n. 206/2005 s.m.i.); poteri di sospensione e poteri sanzionatori. Si consideri che in tale settore, ad esempio, l'AGCM ha adottato un regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore.

⁵⁴ Cfr. legge 20 luglio 2014, n. 215 sulla base della quale è stato adottato il regolamento sul conflitto di interessi.

⁵⁵ Art. 5ter d.l. n. 1 del 2012 che legittima all'adozione di regolamenti esterni.

⁵⁶ Art. 62 d.l. 1/2012 convertito nella legge 24 marzo 2012, n. 27.

c); ha potere di adottare provvedimenti cautelari (art. 12, comma 20 lett. e); ha poteri regolamentari⁵⁷ (art. 12, comma 27).

Il terzo esempio è quello della Consob, organo di controllo del mercato finanziario italiano⁵⁸, che ha il potere di adottare regolamenti con efficacia esterna (come ad esempio quello in ordine agli obblighi informativi delle società quotate nei mercati regolamentati; il regolamento emittenti; il regolamento in materia di intermediari; il regolamento in materia di mercati); di rilasciare autorizzazioni (ad esempio autorizza i prospetti relativi ad offerte pubbliche di vendita o l'esercizio dei mercati regolamentati o le iscrizioni agli albi delle imprese di investimento); di esercitare la vigilanza sulle società di gestione dei mercati e sulla trasparenza e l'ordinato svolgimento delle negoziazioni; di adottare sanzioni sui soggetti vigilati; di esercitare poteri di controllo ad esempio sulle informazioni fornite al mercato dai soggetti che fanno appello al pubblico risparmio; di accertare gli andamenti anomali delle contrattazioni sui titoli quotati; di comunicare con gli operatori e il pubblico; di collaborare con le altre autorità nazionali e internazionali e di adottare regolamenti interni come quello di organizzazione e funzionamento, di amministrazione e contabilità e sul personale.

Vi è ancora l'Autorità di regolazione dei trasporti⁵⁹ che ha poteri regolamentari; poteri sanzionatori; poteri per la definizione delle tariffe; poteri di definizio-

⁵⁷ Tra i regolamenti finora adottati si segnalano quello sugli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni dell'Autorità (delibera 213/2015/A); le disposizioni generali in materia di svolgimento dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'Autorità (delibera n. 61/97); la disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità (allegato a Delibera 649/2014/A); il regolamento recante disciplina delle procedure istruttorie dell'Autorità (questo è però un d.p.r. n. 244, 9 maggio 2001); il regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni (allegato a delibera 243/2012/E/com); il regolamento di organizzazione e il funzionamento (allegato a delibera 57/2018/A); il regolamento di contabilità con allegato schema dei conti (allegato a delibera 343/2016/A); il regolamento per la disciplina dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (allegato a delibera GOP 55/08, modificato con determina 72/09); il regolamento per le audizioni periodiche e svolgimento di rilevazioni sulla soddisfazione degli utenti e l'efficacia dei servizi (delibera n. 603/2014/A); il regolamento per praticantato, stage, posti aggiuntivi di dottorato e altre forme di sostegno all'attività di ricerca (allegato a Delibera n. 181/04); il regolamento per il conferimento a terzi di incarichi di studio, ricerca e consulenza e di incarichi in regime di collaborazione coordinata e continuativa (allegato a delibera n. 201/07); il regolamento per il trattamento dei dati sensibili e giudiziari (allegato a delibera GOP 8/11) oltre al regolamento della biblioteca (allegato a delibera GOP 70/10) e al Codice etico.

A questi atti si aggiungono il Quadro strategico 2015-2018 e il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità (P.T.T.I) 2015-2017 (di cui alla Delibera 621/2014/A).

⁵⁸ La Consob istituita con la legge 7 giugno 1974, n. 216 e dotata di personalità giuridica e di piena autonomia con la legge n. 281 del 1985 la cui attività è rivolta alla tutela degli investitori, all'efficienza, alla trasparenza e allo sviluppo del mercato mobiliare. Vedi anche il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 Testo unico della Finanza nel quale sono contenute le norme di riferimento per gran parte dei poteri della CONSOB. In dottrina v. da ultimo N. Pecchioli, *Consob e poteri commendatori di conformazione e unificazione del mercato*, in atti del convegno, *A 150 anni dalla unificazione amministrativa italiana. Studi*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, vol. V, *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, 525 e F. D'Ambrosi, *CONSOB e poteri di vigilanza*, Napoli, 2017, 83 ss.

⁵⁹ L'Autorità per i trasporti è stata istituita ai sensi dell'art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 nell'ambito delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità

ne del contenuto minimo di diritti degli utenti; poteri di definizione degli ambiti di servizio pubblico; poteri di proposta (sospensione, decadenza o revoca degli atti di concessione); poteri di ispezione; poteri di ordine (sulla cessazione delle condotte in contrasto con gli atti di regolazione).

Pur avendo chiaro il monito di chi ha evidenziato che le differenze spesso profonde tra le varie autorità dovrebbero mettere in guardia rispetto alle semplificazioni unificanti⁶⁰, una volta descritti le funzioni e i poteri di tali autorità si può tentare di ricondurre a sistema i vari poteri esercitati.

Se infatti non vi è sicuramente un modello generale e omogeneo di autorità amministrative indipendenti (le poche regole generali sono state ricordate) e pur essendosi atteggiati le loro funzioni e i loro poteri in modo diverso nel tempo, si può tentare di delineare alcune costanti.

Del resto la stessa OCSE ha tentato di farlo: per essa «*regulations include laws, formal and informal orders and subordinate rules issued by all levels of government, and rules issued by non-governmental or self-regulatory bodies to whom governments have delegated regulatory powers*».

Pur dunque tenendo presente le precedenti avvertenze svolgendo un'analisi di diritto positivo si può tentare di riassumere i poteri delle autorità indipendenti (i «*regulatory powers*») nelle seguenti dieci categorie.

6.1 *Il potere regolamentare interno*

Una prima categoria di poteri è quella che si può definire come «potere regolamentare interno» che potrebbe riassumersi nel lemma «per poter dare regole agli altri, devo poter organizzare me stesso».

Tale potere non pone particolari problemi di legittimità in quanto può essere sussunto in quella potestà di autorganizzarsi che appartiene sia a soggetti privati che a soggetti pubblici: si tratta, anzi, della manifestazione più chiara di quello che nella dottrina più risalente veniva chiamato «autarchia»⁶¹ e che appunto veniva riservata all'ambito dell'organizzazione degli enti.

di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481.

⁶⁰ G. Amato, *Autorità semi indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645; G. Pericu, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, 1.

⁶¹ Sul concetto di autarchia si veda tra i classici il contributo di Santi Romano, *Il Comune*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, 1907, 2, I, 575; Id., *Decentramento amministrativo*, ora in *Scritti minori*, vol. II, cit., 11 ss.; Id., *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, Padova, 1903; L. Raggi, *Esame critico delle varie teorie moderne sopra la nozione di autarchia*, in *RISG*, 1902; G. Berti, *Caratteri dell'amministrazione provinciale e comunale*, 31 ss.

Quasi tutte le autorità amministrative indipendenti hanno un regolamento di organizzazione e di funzionamento, un regolamento di contabilità, un regolamento sul trattamento giuridico ed economico del personale e tali regolamenti costituiscono sicura espressione di tale potere di organizzazione.

La stessa giurisprudenza in varie occasioni ha «validato» tale potere ritenendolo «espressione di una potestà di auto-organizzazione, coerente con l'autonomia funzionale, peculiare del modello delle autorità indipendenti, la quale si presta *ex se*, senza alcun limite temporale, ad una agevole ripetuta utilizzazione»⁶².

La capacità di determinare la propria organizzazione con il solo vincolo del rispetto della legge ma senza soggezione al potere regolamentare in materia di organizzazione attribuito al Governo di cui all'art. 17, comma 1, legge n. 400/1988, è del resto funzionale all'indipendenza che ad esse deve essere garantita per l'esercizio di propri compiti⁶³.

Dal punto di vista sistematico il potere regolamentare interno può essere ricondotto all'area dell'autarchia dell'amministrazione dal momento che non incide sui diritti dei terzi⁶⁴.

6.2 Il potere regolamentare esterno

Tutt'altri problemi pongono invece i regolamenti sull'accesso, i regolamenti sulla trasparenza, i codici etici, quelli sul trattamento dei dati sensibili e giudiziari, quelli sui procedimenti di propria competenza, per non parlare di regolamenti che dettano regole d'integrazione della legislazione vigente e che hanno tutti come destinatari soggetti esterni: in questo caso siamo nell'area del potere regolamentare esterno che è quella che ha creato, anche di recente (si pensi al tentativo di sostituire il regolamento attuativo della disciplina sugli appalti con una regolamentazione del tipo *soft law* elaborata dall'ANAC per ora fallito) i maggiori problemi di compatibilità.

Si tratta del potere preordinato all'emanazione di regolamenti o atti generali che in dottrina viene definito come funzione di *law making*.

La legge consente a quasi tutte le autorità indipendenti di adottare regolamenti che dettano regole valide per il settore a cui esse sono preposte: si pensi ad esempio i regolamenti sulla disciplina degli emittenti⁶⁵ o degli intermediari o dei mercati adottati dalla CONSOB o alle istruzioni di vigilanza per le banche adot-

⁶² TAR Lazio, III, 7 febbraio 2006, n. 870.

⁶³ V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit., 104.

⁶⁴ Sui temi dell'autarchia e autonomia cfr. A. Beltrami, *I poteri normativi degli ordini professionali: un caso di competenza riservata*, in *Dir.amm.*, 2009, 91.

⁶⁵ Delibera n. 11971/99 e successive modifiche.

tate dalla Banca d'Italia; o ai regolamenti sul conflitto di interessi e per i lavori, forniture e servizi in economia adottati dall'Antitrust; o ai regolamenti per l'attuazione del Codice delle assicurazioni private adottati dall'IVASS.

Ma anche nelle ipotesi in cui non vi siano espresse previsioni legislative si ritiene che tali atti normativi siano consentiti in base alla teoria dei cd. poteri impliciti⁶⁶.

Nell'area della normazione si possono poi inquadrare anche atti che non vengono qualificati direttamente come regolamenti come ad esempio le linee guida, con le quali le autorità spesso si spingono a modificare la portata di una legge⁶⁷ (si pensi ad esempio alle linee guida sulla trasparenza con le quali l'autorità per la privacy ha di fatto ristretto non senza critiche il campo di applicazione della legge sulla trasparenza per le pubbliche amministrazioni⁶⁸) e della cui natura regolamentare o di regolazione o assimilabile alle direttive amministrative di cui la dottrina discute⁶⁹.

Si pensi anche alla definizione degli schemi dei bandi di gara per l'assegnazione dei servizi in esclusiva, alla definizione dei capitolati da inserire nelle medesime gare⁷⁰, ai criteri di nomina per le commissioni giudicatrici⁷¹ o alla definizione degli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o costruzione o alla definizione degli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali, sempre per restare nell'ambito della regolazione dei trasporti.

⁶⁶ Su di essa G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Dir.amm.*, 2007, 703 ss.

⁶⁷ In generale sul punto cfr. M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Annuario AIPDA 2015*, Napoli, 2015, 235.

⁶⁸ È il caso delle linee guida in materia di trattamento di dati personali contenuti in atti e documenti amministrativi effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati approvate con provvedimento del Garante della Privacy n. 243 del 15 maggio 2014 con le quali sono state «corrette» alcune disposizioni del decreto trasparenza n. 33/2013.

⁶⁹ Cfr. da ultimo G. Morbidelli, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 273. Ma vedi anche C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC*, in *giustamm.it*, 2016.; N. Longobardi, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016; M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, 436 ss.; M. Delle Foglie, *Verso un «nuovo» sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2016; M. Trimarchi, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016; V.B. Bonanno, *ANAC legislatore uber alles – Il ruolo dell'ANAC nell'attuale sistema di regolazione degli appalti pubblici. Il caso della delibera n. 157/2016 in materia di subappalto necessario e contratti esclusi e le prospettive per l'attuazione della Legge n. 11/2016*, in *www.lexitalia.it*.

⁷⁰ Sul punto la giurisprudenza fin dalle origini si divide v. C. Celone, *La controversa natura giuridica degli atti (di regolazione) adottati dall'Autorità garante dei lavori pubblici nell'esercizio del potere di vigilanza*, in *Nuove autonomie*, 2001, 124 e Id., *La funzione di vigilanza e di regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, 165 ss.

⁷¹ Cfr. art. 37, comma 2 lett. f) del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 (cd. Salva Italia).

Il potere regolamentare esterno in tutte le sue manifestazioni pone notevoli problemi di inquadramento⁷² o, come si è scritto, dà luogo a non lievi problemi di costituzionalità⁷³ che si è tentato di risolvere attraverso due fondamentali percorsi argomentativi, uno che fa riferimento ad una sorta di necessità strutturale e l'altro che si poggia sulle garanzie che l'organizzazione delle varie autorità fornisce.

Un primo argomento utilizzato per giustificare tale potere fa riferimento all'incapacità della legge di predefinire un sistema completo e preciso di regole di comportamento in settori ad evoluzione tecnologica e di mercato assai rapida (basti pensare ai concetti giuridici indeterminati come l'abuso di posizione dominante, l'intesa o la concentrazione che richiedono necessariamente un'opera di contestualizzazione della norma e che difficilmente potrebbero essere normati a livello legislativo). Se tali settori, si dice, fossero regolamentati da una legge questa sarebbe esposta ad una rapida obsolescenza e dunque si rende necessario attribuire al soggetto di regolazione un potere normativo di integrazione di quello legislativo.

Un secondo argomento utilizzato per giustificare tale potere regolamentare fa leva «sulla qualità e sulla struttura dell'organo come garanzia della correttezza delle decisioni assunte»⁷⁴ ricordandone la copertura costituzionale rinvenibile negli artt. 21, 41, 47 e 97 Cost. e soprattutto nelle garanzie procedurali⁷⁵.

A prescindere dalla argomentazioni utilizzate per giustificarlo in ogni caso la natura del potere regolamentare esterno è sicuramente di tipo normativo e come tale non necessita di motivazione per ciò che concerne i presupposti di fatto e di diritto⁷⁶: ciò non esclude la natura amministrativa dello stesso potendolo far rientrare nella figura dei cd. regolamenti indipendenti.

6.3 I poteri di amministrazione attiva

Una terza famiglia di poteri delle amministrazioni indipendenti è quella di amministrazione attiva e tali poteri costituiscono senza dubbio una delle leve classiche della regolazione.

⁷² Sul punto M. Clarich, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca, impresa e società*, 2003, 49; L. Torchia, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, relazione al convegno svolto il 28 febbraio 2013 presso il Consiglio di Stato su Le autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive.

⁷³ V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit., 105. Vi è chi in dottrina ha sostenuto direttamente l'incostituzionalità di tali attribuzioni normative: M. Manetti, voce *Autorità indipendenti (dir.cost.)*, in *Enc.dir.*, 1997.

⁷⁴ F. Cintioli, *I regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisprudizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003.

⁷⁵ Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; Cons. Stato, VI, 11 aprile 2006, n. 2007; ma soprattutto Cons. Stato, sez. atti normativi, 25 febbraio 2005, n. 11603 sul codice delle assicurazioni private.

⁷⁶ Cons. Stato, VI, 2 marzo 2010, n. 1215.

Tra tali poteri si annoverano innanzitutto il potere di autorizzazione (si pensi per esempio al potere dell'antitrust di autorizzare per un determinato periodo limitato intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'art. 2, l. 287/1990 ovvero operazioni di concentrazione che soddisfino rilevanti interessi generali). Si pensi alle funzioni dell'ARERA prima esercitate dai Ministeri; all'autorizzazione al trattamento dei dati sensibili rilasciata dal Garante dei dati personali⁷⁷; all'autorizzazione per l'esercizio dei servizi di investimento da parte delle SIM⁷⁸.

Nell'ambito della regolazione dei trasporti costituisce senz'altro esercizio di potere di amministrazione attiva quello della definizione degli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali⁷⁹.

Tra i poteri di amministrazione attiva possono farsi rientrare anche i poteri di ordine: con riferimento al settore dei trasporti, ad esempio, l'autorità di regolazione «ordina la cessazione delle condotte in contrasto con gli atti di regolazione adottati e con gli impegni assunti dai soggetti sottoposti a regolazione, disponendo le misure opportune di ripristino⁸⁰; nei casi in cui intenda adottare una decisione volta a fare cessare un'infrazione e le imprese propongano impegni idonei a rimuovere le contestazioni da essa avanzate, può rendere obbligatori tali impegni per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione; può riaprire il procedimento se mutano le circostanze di fatto su cui sono stati assunti gli impegni o se le informazioni trasmesse dalle parti si rivelano incomplete, inesatte o fuorvianti; in circostanze straordinarie, ove ritenga che sussistano motivi di necessità e di urgenza, al fine di salvaguardare la concorrenza e di tutelare gli interessi degli utenti rispetto al rischio di un danno grave e irreparabile, può adottare provvedimenti temporanei di natura cautelare».

E si noti che l'istituto degli impegni che è nato in area antitrust si sta progressivamente espandendo anche ad altri settori se pur con non poche criticità⁸¹.

Sempre nell'ambito dei poteri di ordine si può citare anche quello di imporre la separazione contabile e societaria delle imprese⁸², i poteri di adottare misure straordinarie di gestione riconosciuto all'ANAC⁸³ o i poteri cautelari tra i quali

⁷⁷ Art. 22, l. 675/1996.

⁷⁸ Art. 19, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

⁷⁹ Cfr. art. 37, comma 2 lett. g) del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 (cd. Salva Italia).

⁸⁰ Cfr. da ultimo sul tema B. Rabai, *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni. Considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Dir. amm.*, 2018, 165.

⁸¹ Cfr. G. Barozzi Reggiani, *Lo strano caso degli impegni AEEGSI. Un paradosso normativo?*, in *Dir. dell'econ.*, 2016, 169.

⁸² Cfr. ad esempio art. 2, comma 12, lett. f) della legge 14 novembre 1995, n. 481.

⁸³ Sul punto v. F. Di Cristina, *L'autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in *Dir. dell'econ.*, 2016, 506 ss.

particolarmente importante quello previsto dall'art. 14 bis della legge antitrust⁸⁴ o dall'art. 8 d.lgs. 145/2007 sulla sospensione della pubblicità ingannevole.

Un altro ambito interessante di esercizio di poteri di regolazione è quello che riguarda i cd. impegni: si tratta dei poteri volti a consentire ad un soggetto che ha posto in essere condotte non legittime di «ritornare nella legalità» secondo lo schema di una sorta di ravvedimento operoso (ma comunque sottoposto ad attenta vigilanza)⁸⁵.

Le funzioni di amministrazione attiva, i compiti operativi e i poteri che ne costituiscono espressione non hanno posto particolari problemi di inquadramento; si tratta di poteri amministrativi a tutti gli effetti con le conseguenze tipiche in ordine all'impugnabilità dei relativi atti.

6.4 Il potere di determinare gli standards di qualità o le tariffe

Una quarta famiglia di poteri è quella che fa riferimento alla determinazione degli standard di qualità o dei prezzi o delle tariffe.

Così ad esempio, per quel che riguarda le tariffe, la norma istitutiva dell'Autorità dei trasporti prevede che ad essa spetta «definire, se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi dei trasporti nazionali e locali, i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi».

Si noti che tale potere di determinazione delle tariffe è volto al bilanciamento tra l'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate e l'efficienza delle gestioni da una parte, e la garanzia del contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori dall'altra⁸⁶.

Sempre con riferimento alle tariffe, e restando nell'ambito dei trasporti, la norma istitutiva dell'Autorità dei trasporti prevede un regime speciale per il settore autostradale dovendo il potere di regolazione esercitarsi nel senso di «stabilire per le nuove concessioni sistemi tariffari dei pedaggi basati sul metodo del cd. *price cap*» (comma 2, lett. g).

Con riferimento agli standard di qualità sempre all'Autorità dei trasporti è stato attribuito il potere di «stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi

⁸⁴ Su quest'ultimo in generale si veda S. Villamena, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, 2012, 192 ss.; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 174 ss. e A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, 252 ss.

⁸⁵ Sul tema si rinvia al completo lavoro di C. Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012.

⁸⁶ Cfr. art. 37, comma 2 lett. b) del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 (cd. Salva Italia).

di trasporto nazionali e locali connotati da oneri di servizio pubblico, individuate secondo caratteristiche territoriali di domanda e di offerta»⁸⁷.

Anche in questo caso si tratta di tipici poteri di amministrazione che non pongono particolari problemi di inquadramento.

6.5 *Il potere sanzionatorio*

Una quinta tipologia di poteri è quella classica dell'imposizione di sanzioni: in alcuni casi le sanzioni sono applicate dalle stesse autorità, in altri l'autorità si limita a proporre l'adozione della sanzione ad un organo terzo che a sua volta la commina (come avviene nel caso in cui la Consob propone al Ministero dell'Economia sulla base dell'art. 75 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58).

Nell'ambito della regolazione dei trasporti il presupposto per l'emanazione delle sanzioni è che vi sia inosservanza di propri provvedimenti, mancata osservanza da parte dei soggetti esercenti il servizio alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, il caso in cui le informazioni e i documenti non siano veritieri⁸⁸.

Il potere sanzionatorio viene esercitato nei limiti e nelle forme previste dalla legge generale sulle sanzioni amministrative e la quantificazione delle sanzioni viene spesso indicata dalla stessa legge istitutiva e diversificato a secondo del tipo di violazione riscontrata⁸⁹.

La dottrina si è interrogata, soprattutto in un primo periodo, sulla natura di tale potere sanzionatorio al fine dell'individuazione della giurisdizione⁹⁰ ma la questione è stata definitivamente sopita dopo gli interventi del legislatore, come ad es. l'art. 33 legge antitrust come sostituito dal codice del processo amministrativo del 2010, che hanno attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione sugli atti delle autorità amministrative indipendenti.

⁸⁷ Cfr. art. 37 cit.

⁸⁸ Cfr. art. 37 cit.

⁸⁹ Così, ad esempio, in materia di trasporti si prevede che «ferme restando le sanzioni previste dalla legge, da atti amministrativi e da clausole convenzionali, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato dell'impresa interessata nei casi di inosservanza dei criteri per la formazione e l'aggiornamento di tariffe, canoni, pedaggi, diritti e prezzi sottoposti a controllo amministrativo, comunque denominati, di inosservanza dei criteri per la separazione contabile e per la disaggregazione dei costi e dei ricavi pertinenti alle attività di servizio pubblico e di violazione della disciplina relativa all'accesso alle reti e alle infrastrutture o delle condizioni imposte dalla stessa Autorità, nonché di inottemperanza agli ordini e alle misure disposti». L'autorità di regolazione dei trasporti, in altri casi, «applica una sanzione amministrativa pecuniaria fino all'1 per cento del fatturato dell'impresa interessata qualora: 1) i destinatari di una richiesta della stessa Autorità forniscano informazioni inesatte, fuorvianti o incomplete, ovvero non forniscano le informazioni nel termine stabilito; 2) i destinatari di un'ispezione rifiutino di fornire ovvero presentino in modo incompleto i documenti aziendali, nonché rifiutino di fornire o forniscano in modo inesatto, fuorviante o incompleto i chiarimenti richiesti» (cfr. art. 37 comma 3 d.l. 201/2011).

⁹⁰ A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, 241 ss.

6.6 I poteri di moral suasion

Una sesta categoria di poteri, questa volta assai più innovativa delle precedenti, è quella che è stata definita di volta in volta come *moral suasion*, come esercizio di poteri commendatori, paranormativi o collaborativi⁹¹.

Un caso emblematico è contenuto nel Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa dell'AGCM che prevede ove si riscontrino pratiche commerciali scorrette, prima di procedere all'irrogazione delle sanzioni, che l'autorità possa «invitare» alla rimozione dei profili di possibile scorrettezza. Se effettivamente i profili di scorrettezza vengono rimossi si procede all'archiviazione dell'intervento⁹².

Si tratta di un potere assai interessante dal punto di vista sistematico perché prelude ad una nuova visione dei rapporti tra potere pubblico e impresa e si configura come un intelligente strumento di deflazione del contenzioso.

6.7 I poteri di segnalazione e di proposta

Un settimo tipo di potere è quello di segnalazione o di proposta o di raccomandazione.

Questi poteri sono quelli che meglio esprimono il ruolo peculiare delle amministrazioni indipendenti nel quadro costituzionale. Si pensi alla possibilità di evidenziare il contrasto tra le norme affidate alle cure delle autorità e altri provvedimenti normativi o amministrativi eventualmente indicando gli interventi necessari al ripristino della coerenza tra i vari sistemi di regolazione settoriale⁹³.

Proprio al fine di instaurare un rapporto di collaborazione ed ausilio tra organi politici e autorità amministrative e segnare la distanza da una visione delle autorità solo di tipo cassatorio o sanzionatorio è stata approvata, come si è anticipato, nel 2009 una legge generale sulla concorrenza (si tratta della legge 23 luglio 2009, n. 99 recante disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese nonché in materia di energia) che impegna il Governo a presentare ogni anno il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza «al fine di rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori» che siano stati segnalati dall'AGCM.

⁹¹ In tal senso si veda N. Pecchioli, *CONSOB e poteri commendatori di conformazione e unificazione*, cit., 2016, 529.

⁹² Gli inviti alla rimozione delle pratiche commerciali scorrette vengono trasmessi dal Responsabile del procedimento.

⁹³ M. De Benedetto, cit., 591.

I poteri di segnalazione e proposta sono rivolti ovviamente non solo agli organi legislativi in quanto tali ma anche direttamente alle amministrazioni su singoli aspetti specifici: così, ad esempio, sempre in materia di trasporti l'Autorità «propone all'amministrazione competente la sospensione, la decadenza o la revoca degli atti di concessione, delle convenzioni, dei contratti di servizio pubblico, dei contratti di programma e di ogni altro atto assimilabile comunque denominato, qualora sussistano le condizioni previste dall'ordinamento»⁹⁴.

L'esercizio di tali poteri può essere una conseguenza dell'attività di valutazione di reclami, istanze o segnalazioni presentati dagli utenti e dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio sottoposto a regolazione.

6.8 *Il potere consultivo*

Un ottavo potere, questa volta di nuovo più classico, è quello di esercitare funzioni consultive attraverso pareri.

Quasi tutte le autorità indipendenti, che si caratterizzano proprio per l'estrema tecnicità delle proprie competenze, hanno funzioni di carattere consultivo nei confronti delle amministrazioni tradizionali.

Anche in questo caso volendo citare il caso dei trasporti si consideri che in base alla legge l'autorità di regolazione «può sollecitare e coadiuvare le amministrazioni pubbliche competenti all'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e dei metodi più efficienti per finanziarli, mediante l'adozione di pareri che può rendere pubblici»⁹⁵.

6.9 *I poteri quasi giurisdizionali*

Una nona tipologia di potere è quella arbitrale o semi contenzioso.

Tra le più diffuse procedure di conciliazione c'è senz'altro quella presso i Comitati regionali per le comunicazioni (CoRECOM): si consideri che la legge istitutiva dell'AGCOM⁹⁶ prevede che non possa proporsi ricorso giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi al CORECOM che è un organismo costituito dall'autorità stessa⁹⁷.

⁹⁴ Art. 37, comma 3 lett. c) d.l. n. 201/2011.

⁹⁵ Art. 37, comma 3, lett. a) d.l. n. 201/2011.

⁹⁶ Art. 1, comma 11, legge 31 luglio 1997, n. 249.

⁹⁷ Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera n. 173/07/CONS poi successive modifiche.

La stessa legge istitutiva dell'autorità di regolazione dei trasporti «favorisce l'istituzione di procedure semplici e poco onerose per la risoluzione delle controversie tra esercenti e utenti»⁹⁸.

In questi casi le autorità si muovono come arbitri: così si è affermato che qualora l'Autorità per le comunicazioni debba giudicare di una controversia tra due compagnie telefoniche essa interviene «come giudice di una controversia, con la conseguenza che l'intero procedimento che davanti ad essa si è svolto segue le regole del procedimento paragiurisdizionale e non amministrativo»⁹⁹.

L'AGCM ha poteri di natura quasi giudiziale per la gran parte della sua attività come quando decide casi di intese restrittive tra imprese o di abusi di posizione dominante applicando la legge alla fattispecie concreta per accertare l'infrazione o l'illecito proprio come fa il giudice.

6.10 *I poteri ispettivi*

Infine la decima famiglia di poteri attribuita alle autorità proprio per lo svolgimento delle proprie funzioni decisorie è quella dei poteri investigativi e istruttori.

Tra di essi vi è la possibilità di richiedere informazioni ed esibizioni di documenti, disporre accessi, ispezioni e verifiche nonché consulenze tecniche.

Così ad esempio in materia di trasporti l'autorità di regolazione «richiede a chi ne è in possesso le informazioni e l'esibizione dei documenti necessari per l'esercizio delle sue funzioni, nonché raccoglie da qualunque soggetto informato dichiarazioni, da verbalizzare se rese oralmente (lett. d)» e «se sospetta possibili violazioni della regolazione negli ambiti di sua competenza, svolge ispezioni presso i soggetti sottoposti alla regolazione mediante accesso a impianti, a mezzi di trasporto e uffici; durante l'ispezione, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato, può controllare i libri contabili e qualsiasi altro documento aziendale, ottenerne copia, chiedere chiarimenti e altre informazioni, apporre sigilli; delle operazioni ispettive e delle dichiarazioni rese deve essere redatto apposito verbale (lett. e)»¹⁰⁰.

Alla luce di tale lunga elencazione di poteri di regolazione probabilmente, quindi, la tradizionale categorizzazione dei poteri di regolazione pubblica in tre modalità fondamentali: provvedimenti amministrativi puntuali e specifici (specie di autorizzazione e vigilanza); atti normativi generali ed astratti (a cui corrisponde

⁹⁸ Art. 37, comma 3, lett. h) d.l. n. 201/2011.

⁹⁹ TAR Lazio, III ter, 7 dicembre 2006, n. 14517.

¹⁰⁰ Art. 37, comma 3, d.l. n. 201/2011.

la funzione di cd. *rule making*) e poteri di soluzione delle controversie (cd. *adjudication*) andrebbe rivista e aggiornata.

7. *La natura «amministrativa» dei poteri di regolazione e le sue «gradazioni»*

La descrizione dei poteri e la loro elencazione di per sé porta a ritenere che le autorità di regolazione debbano essere qualificate come autorità amministrative dal momento che i loro poteri non sono né più né meno di quelli attribuiti alle altre autorità amministrative.

Il dubbio che potessero essere qualificati come giurisdizionali o latamente giurisdizionali è stato ormai risolto dalla giurisprudenza amministrativa e della Cassazione: la previsione costituzionale di cui all'art. 101 Cost., lungi dal precludere un'autentica indipendenza strutturale e dal vietare il riconoscimento di funzioni contenziose a soggetti diversi dalla magistratura, impone solo che sia questa a dettare l'ultima parola sulle vicende conflittuali.

La giurisprudenza amministrativa sul punto ha affermato chiaramente che «l'istituzione di autorità cd. indipendenti risponde all'esigenza di assicurare una funzione amministrativa di garanzia in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo. La funzione di garanzia, secondo l'attuale ordinamento costituzionale, è un modo di essere della funzione amministrativa; infatti le autorità indipendenti sono estranee rispetto all'apparato giudiziario, quale definito dall'art. 102 Cost., inoltre le norme relative alle stesse autorità confermano le funzioni di garanzia secondo criteri oggettivi di concretezza e discrezionalità, che sono propri dell'attività amministrativa»¹⁰¹.

Nello stesso tempo si è chiarito che «le autorità indipendenti, chiamate ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo ed agli organi di ogni amministrazione, rispondono all'esigenza di dare corpo ad una funzione amministrativa di garanzia in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo»¹⁰².

Si è conseguentemente affermato che gli atti delle autorità indipendenti possano essere impugnati anche a mezzo di ricorso straordinario¹⁰³.

La Cassazione che ha chiarito che le amministrazioni indipendenti non sono titolari di funzioni giurisdizionali¹⁰⁴, ha a sua volta ben evidenziato che il plesso costituzionale di appartenenza delle autorità amministrative indipendenti sia quello dell'amministrazione e non della giurisdizione. Per la Cassazione il

¹⁰¹ Cons. Stato, comm. spec., 29 maggio 1998, n. 988.

¹⁰² Cons. Stato, Ad. Gen., n. 852/2011.

¹⁰³ Cons. Stato, I, 2 febbraio 2005, n. 12042.

¹⁰⁴ Cass. civ., 20 maggio 2002, n. 7341 ma anche Cass., SS.UU., 29 luglio 2003, n. 11632.

riconoscimento in capo ad un organo amministrativo del compito di esercitare competenze se pur peculiari (e neutrali) non vale a fare dello stesso un giudice speciale ai sensi dell'art. 102, comma 2, Cost. Decisivo appare il fatto che il provvedimento adottato a chiusura dell'istruttoria non è suscettibile di assumere l'autorità di cosa giudicata.

Conseguentemente la Corte Costituzionale ha negato alle autorità indipendenti, con specifico riferimento al Garante della radiodiffusione e dell'editoria e poi all'AGCOM, la qualità di potere dello Stato ai fini della legittimazione a sollevare conflitto di attribuzione¹⁰⁵. Si tratta, dunque, di amministrazioni a tutti gli effetti.

E, al riguardo, va fatta chiarezza su un equivoco: molti autori ritengono che i poteri di regolazione delle autorità indipendenti sarebbero diversi da quelli amministrativi in quanto «neutrali» o esercitati da un'amministrazione che non persegue un fine pubblico ma che è invece terza o arbitro¹⁰⁶.

Ma a tale obiezione si può controdedurre che le stesse amministrazioni tradizionali sono a volte arbitri, si pensi all'amministrazione quella che provvede all'aggiudicazione di una gara o che decide di un concorso; e a volta invece attori del rapporto come nel caso dell'amministrazione che autorizza o espropria. Si può ritenere dunque che si tratti di poteri amministrativi a tutti gli effetti anche se con gradazioni diverse, a volte di maggior neutralità e, a volte, di maggior «amministrazione».

Semmai si potrebbero differenziare la natura e i caratteri dei poteri di regolazione in base alle funzioni di garanzia o di regolazione a cui sono deputate le singole autorità.

Quando le autorità si caratterizzano per l'esercizio di funzioni di garanzia e i compiti sono essenzialmente quelli di accertamento e valutazione dei presupposti ai fini dell'applicazione della disposizione di legge, l'emanazione di atti amministrativi è circoscritta agli atti di controllo, accertamento, eventuale irrogazione di sanzioni. Non vi è in tal caso l'assunzione di decisioni frutto di una ponderazione di interessi e pertanto vi è maggiore connotazione di neutralità. Lo stesso Consiglio di Stato ha affermato la neutralità di tali autorità dovuta all'esercizio di funzioni estremamente somiglianti a quelle giudiziali¹⁰⁷. Questa vicinanza al potere giudiziario non è mai però tale da modificare la natura dei relativi atti che restano amministrativi potendo essere impugnati davanti al giudice amministrativo.

L'accentuazione di tali poteri «neutrali» che più si avvicinano a quelli giurisdizionali ha legittimato sostanzialmente quelle norme che prevedono l'impugna-

¹⁰⁵ Corte Cost., ord. n. 226/1995 ma come scrive Cerulli Irelli «resta tuttavia, a fronte di questa impostazione, del tutto oscuro quale sia l'organo al quale spetterebbe di dichiarare definitivamente la volontà del potere dello Stato al quale le singole autorità indipendenti sarebbero riconducibili» (*Lineamenti di diritto amministrativo*, cit., 105).

¹⁰⁶ G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 196.

¹⁰⁷ Cons. Stato, VI, n. 5156/2002.

zione di atti amministrativi avanti al giudice amministrativo da parte di alcune autorità e che hanno fatto parlare di un vero e proprio «pubblico ministero» nel settore della concorrenza o in quello dei trasporti. Non è certo un caso che le autorità di garanzia abbiano poteri normativi assai più ridotti di quelle di regolazione.

Le autorità di regolazione svolgono invece una funzione più vicina, sotto questo profilo, a quelle di vere e proprie amministrazioni pubbliche, pur differenziandosene per l'elevata tecnicità delle scelte: in misura variabile nelle diverse figure a queste autorità spetta infatti il compito di operare un bilanciamento tra gli interessi di varia natura (ad esempio quelli degli utenti e degli esercenti il servizio) adottando misure discrezionali (quali la determinazione delle tariffe)¹⁰⁸.

Nello stesso tempo, come si è detto, esse esercitano a tutti gli effetti un vero e proprio potere regolamentare che le avvicina al potere legislativo piuttosto che a quello esecutivo.

Infine la distinzione tra funzioni rileva anche in materia di accesso: le autorità in base all'art. 23 l. 241/90 infatti possono specificare e adottare le concrete modalità di esercizio alle peculiarità dei vari procedimenti svolti che si differenziano tra loro anche in ragione delle varie funzioni amministrative giustiziali o di regolazione *stricto sensu* cui afferiscono¹⁰⁹.

8. *Spunti sui possibili contrappesi ai poteri «forti» delle autorità indipendenti*

Si era iniziato il presente lavoro ponendosi come obiettivo quello di individuare gli atti di regolazione, di classificarli raggruppandoli in categorie, di evidenziarne la natura e i caratteri offrendone i necessari spunti ricostruttivi, di verificare se da essi emerga un'amministrazione più "forte" e in caso di risposta affermativa quali potrebbero essere le contropinte da prevedere e/o da potenziare.

Dopo aver dunque proceduto, ovviamente secondo i tratti fondamentali, all'individuazione di tali atti e alla loro classificazione in dieci categorie fornendo di volta in volta gli opportuni spunti ricostruttivi e dopo aver chiarito che la natura e i caratteri di tali atti appare essere fondamentalmente amministrativa occorre infine chiedersi quale amministrazione di regolazione emerga da tale analisi.

Ebbene l'aver chiarito che i poteri di regolazione pubblica dell'economia hanno natura sostanzialmente amministrativa, se pur con gradazioni diverse che vanno dalla neutralità, alla discrezionalità tecnica fino alla vera e propria discrezionalità amministrativa, non può far dimenticare il contesto che si era premes-

¹⁰⁸ G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 196.

¹⁰⁹ Sul punto v. R. Chieppa, V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, cit.

so ossia il fatto che il potere di tali autorità sia legittimato e controllato in modo diverso rispetto alle amministrazioni tradizionali.

L'analisi condotta ha dimostrato che siamo di fronte ad un set di poteri "forti" (soprattutto quelli di regolamentazione esterna) che consente di qualificare le amministrazioni di regolazione come amministrazioni «forti» peraltro non sottoposte al meccanismo della rappresentanza politica (le amministrazioni tradizionali "dipendono" da un Governo che a sua volta "risponde" ad un Parlamento che viene eletto dai cittadini).

A prescindere dal giudizio se un tale potere "forte" sia un bene o un male per l'amministrazione di oggi in ogni caso si pone la necessità di interrogarsi su quali possano essere eventuali contrappesi o contro-bilanciamenti.

Si è tentato di sintetizzare tali possibili contrappesi in sette punti.

Innanzitutto va salutata con favore l'attribuzione alle autorità di poteri di *moral suasion* che incidono meno pregiudizievolemente sugli interessi delle imprese e che, nella prassi, potrebbero trovare un'applicazione sempre maggiore.

In secondo luogo andrebbero utilizzate nella misura maggiore possibile nel procedimento le sue forme più avanzate di *public hearings* o delle audizioni anche orali che consentono un'applicazione assai ampia del principio del contraddittorio che funge da contrappeso di un potere «forte» in quanto legittimato «diversamente».

In questa linea mal si comprende, ad esempio, quella giurisprudenza che prevede che nei procedimenti regolatori non vi sarebbe obbligo di garantire la partecipazione trattandosi di attività diretta alla emanazione di atti normativi ed amministrativi generali (art. 13 l. 241/90)¹¹⁰. Al contrario appare assolutamente condivisibile quella giurisprudenza per la quale la definizione di un sistema tariffario attuata senza contraddittorio con i soggetti interessati non può che dirsi viziata¹¹¹ e che «la partecipazione degli interessati ai procedimenti delle autorità indipendenti finalizzati alla regolazione non ha una mera funzione collaborativa ma impone all'Autorità di attivare un meccanismo di *notice and comment* con cui viene data preventivamente notizia del progetto di atto e viene consentito agli interessati di fare pervenire le proprie osservazioni che devono quindi essere valutate»¹¹².

In terzo luogo potrebbe essere estesa il più possibile la legittimazione ad agire nei confronti degli atti delle autorità: anche in questo caso si andrebbe a controbilanciare, se non il deficit di legittimazione democratica, perlomeno la sua diminuzione.

In quarto luogo occorrerebbe vigilare sull'attento rispetto del principio di trasparenza (nella sua accezione di «passaggio di conoscenza») per evitare che dietro il

¹¹⁰ Cons. Stato, VI, 20 aprile 2006, n. 2201; Cons. Stato, VI, 11 aprile 2006, n. 2003.

¹¹¹ Cons. Stato, VI, 1 ottobre 2002, n. 5105; sulla necessità di rispettare il cd. contraddittorio procedurali in tema di atti di regolazione cfr. anche Cons. Stato, VI, 2 marzo 2010, n. 1215.

¹¹² Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2006, n. 7972.

paravento della tecnica si possa nascondere l'uso disinvoltato del potere. Le autorità stesse dovrebbero fare del rispetto del principio di trasparenza la propria bandiera.

In quinto luogo il giudice amministrativo dovrebbe vincere la propria reticenza e utilizzare molto di più lo strumento della consulenza tecnica che potrebbe aiutare a sindacare al meglio gli atti delle autorità assai spesso connotati da un uso assai ampio della tecnica.

In sesto luogo occorrerebbe vigilare molto bene sul rispetto del principio di legalità nell'ambito della produzione normativa: se il Governo può esercitare la funzione legislativa solo previa delegazione *ex art. 76 Cost.* con determinazioni di principi e criteri direttivi, in relazione ad un oggetto definito e per un tempo limitato, non si vede perché le autorità debbano poter produrre norme senza la definizione degli stessi binari.

Un settimo punto è l'attenzione alla motivazione: dato che ci troviamo di fronte ad un potere forte il pieno rispetto del disposto di cui all'art. 3 appare come particolarmente necessario. Ancora una volta, in questa prospettiva, vanno ripensati gli esiti di quella giurisprudenza per la quale non vi sarebbe obbligo di motivazione per gli atti delle autorità (art. 3 l. 241/90) dal momento che l'assenza di motivazione sarebbe compensata dal rispetto del principio del contraddittorio¹¹³.

In sintesi le autorità indipendenti sembrano mettere in crisi l'eredità più importante del pensiero politico illuministico che ha segnato l'inizio dello Stato moderno, il principio di tripartizione dei poteri, disegnando un nuovo tipo di amministrazione che si affianca a quelle tradizionali e che sembra destinato a crescere di peso nel tempo anche considerando il contesto di scarsità di risorse economiche per la sfera pubblica.

Le funzioni fondamentali della legislazione (come creazione delle norme), dell'amministrazione (come esecuzione delle norme) e della giurisdizione (come vigilanza sulla corretta applicazione delle norme) tradizionalmente attribuite ai tre poteri legislativo, esecutivo e giudiziario si trovano oggi unificate in capo a soggetti che costituiscono a tutti gli effetti soggetti di «amministrazione» e che rompono gli schematismi e le rigidità tradizionali imponendo una nuova lettura dei tradizionali poteri questa volta pervasa da trasversalità e integrazione.

Una tale trasformazione dei ruoli impone, però, come si è detto, una serie di accortezze e di cautele diverse da quelle che eravamo abituati ad utilizzare per far sì che l'amministrazione resti comunque un "servizio", secondo la sua etimologia, svolto nel migliore dei modi e sempre indirizzato all'interesse del cittadino e delle imprese.

¹¹³ Cons. Stato, VI, 2 marzo 2010, n. 1215.

Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia

Il contributo ha ad oggetto gli atti giuridici che costituiscono manifestazione dell'attività di regolazione pubblica dell'economia. Dopo essersi soffermato sulla nozione di regolazione e in particolare sulla regolazione pubblica dell'economia, sui soggetti che svolgono tale attività di regolazione, le autorità amministrative indipendenti, e sul fondamento del loro potere, l'A. propone la sistematizzazione degli atti di regolazione in dieci categorie: potere regolamentare interno; potere regolamentare esterno; poteri di amministrazione attiva; poteri di determinazione di standards e tariffe; poteri sanzionatori; poteri di moral suasion; poteri di segnalazione e proposta; poteri consultivi; poteri quasi giurisdizionali; poteri ispettivi. L'analisi di tali categorie conferma la natura amministrativa di tali poteri che restano, peraltro, in capo ad un'amministrazione non sottoposta al meccanismo della rappresentanza politica e che per questo necessitano una serie di contrappesi.

Nature and characteristics of the acts of public regulation of the economy

The contribution concerns legal acts that constitute a manifestation of the public regulation of the economy. After focusing on the notion of regulation and in particular on the public regulation of the economy, on the subjects that carry out such regulation activity, the independent administrative authorities and on the basis of their power, the Author proposes the systematisation of regulatory acts into ten categories: internal regulatory power; external regulatory power; powers of active administration; powers to determine standards and tariffs; sanctioning powers; powers of moral suasion; reporting and proposing powers; advisory powers; quasi-jurisdictional powers; and inspection powers. The analysis of these categories confirms the administrative nature of these powers which, however, remain in the hands of an administration that is not subject to the mechanism of political representation and which therefore requires a series of counterbalances.