

Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni *

Administrative agencies: considerations on regulatory powers

di Margherita Ramajoli **

ABSTRACT

Le Autorità di regolazione mettono in crisi alcuni architravi su cui regge il nostro edificio pubblicistico. Vari i profili di criticità: basti pensare ai peculiari caratteri delle norme che attribuiscono poteri decisori alle autorità, alla controversa osservanza dei principi della separazione dei poteri dello Stato e della gerarchia delle fonti del diritto, alla dubbia legittimità di poteri decisori cd. impliciti che le autorità si autoattribuiscono, all'idea della legalità procedimentale come succedaneo della legalità sostanziale, nonché all'attuale contraddittorio processo di de-quotazione della stessa legalità procedimentale. Un ripensamento complessivo si impone, anche alla luce della recente giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti che ha rivisto la sua nota *Chevron doctrine* e, conseguentemente, il controllo giudiziario sull'interpretazione della legge effettuata da un'agency cui sia stato delegato il potere di completamento della disciplina legislativa.

The regulatory authorities undermine some of the lintels on which our publicist edifice rests. Suffice it to think of the peculiar characteristics of the sources of law that attribute decision-making powers to the authorities, of the controversial observance of the principles of the separation of state powers and the hierarchy of the sources of law, of the dubious legitimacy of the so-called implicit decision-making powers that the authorities attribute to themselves, of the idea of procedural legality as a substitute for substantive legality, and of the current contradictory process of "de-quotazione" of procedural legality itself. An overall rethink is also necessary considering the recent jurisprudence of the United States Supreme Court, which has revised its well-known Chevron doctrine and, consequently, the judicial review of the interpretation of the law carried out by an agency to which the power to complete legislative regulations has been delegated.

SOMMARIO: 1. Breve premessa tra passato e presente. – 2. Le norme attributive dei poteri delle Autorità di regolazione e il principio di legalità. – 3. Le norme attributive dei poteri delle Autorità di regolazione e il principio di separazione dei poteri dello Stato. – 4. Il singolare *continuum* tra previa attività amministrativa e legge successiva. – 5. Legalità sostanziale *versus* legalità procedimentale. – 6. Inconvenienti e alleggerimenti della legalità procedimentale. – 7. *Deference or not deference?* – 8. Brevi considerazioni finali.

* Il presente scritto costituisce la rielaborazione della relazione *Il processo decisionale delle autorità indipendenti* al Convegno *Processi decisionali e fonti del diritto*, 9 e 10 giugno 2022, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università di Verona.

** Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano

1. Breve premessa tra passato e presente

Ai giorni nostri risultano ancora attuali e puntuali le parole di Giuseppe Pericu sulla problematicità delle autorità indipendenti e in particolare delle autorità di regolazione. In uno scritto apparso nel 1996 si osservava che il modello delle autorità amministrative indipendenti non era facilmente enucleabile, che attraverso l'istituzione di tali soggetti il Parlamento riconosceva la sua incapacità a disciplinare la materia e l'impossibilità da parte degli apparati ministeriali di provvedere alla gestione amministrativa e che gli ampi poteri loro attribuiti non risultavano inseriti nel sistema costituzionale, anzi apparivano in contraddizione con esso¹.

Ancora oggi permangono insite in tale modello amministrativo le criticità così acutamente evidenziate, le quali sono idonee a mettere in crisi alcuni architravi su cui regge il nostro edificio pubblicistico. Basti pensare ai peculiari caratteri delle norme che attribuiscono poteri decisori alle autorità, alla controvertosa osservanza dei principi della separazione dei poteri dello Stato e della gerarchia delle fonti del diritto, alla dubbia legittimità di poteri decisori cd. impliciti che le autorità si autoattribuiscono, all'idea della legalità procedimentale come succedaneo della legalità sostanziale, nonché all'attuale contraddittorio processo di de-quotazione della stessa legalità procedimentale.

2. Le norme attributive dei poteri delle Autorità di regolazione e il principio di legalità

Il punto d'attacco della riflessione giuridica è fornito dalle cd. norme attributive di poteri decisori alle autorità di regolazione. Per inquadrare queste peculiari norme attributive di poteri il Consiglio di Stato – a partire dal 2005 per arrivare alla giurisprudenza di questi ultimi anni² – è ricorso a formule suggestive, a loro volta ispirate da un passaggio di un libro di Habermas³. Così si suole affermare che i poteri delle autorità sono attribuiti da “leggi d'indirizzo che poggiano su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare”. La natura della copertura normativa, sia europea sia nazionale, è “adeguata alla peculiarità dei poteri dell'Amministrazione indipendente quale amministrazione che si autoprogramma secondo le finalità stabilite dal legislatore”. In altri termini si ricorre, precisa sempre il giudice amministrativo, “alla tecnica del programma legislativo aperto”⁴.

Il carattere, così identificato, della norma attributiva del potere serve alla giurisprudenza e, ancora prima, alla pubblica amministrazione come premessa per compiere il passaggio logico che legittima l'esistenza nel nostro ordinamento dei c.d. poteri impliciti. Come è noto, i poteri impliciti sono quei poteri

¹G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 1 ss.

²Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 2005, n. 5827; 24 maggio 2016, n. 2182.

³J. HABERMAS, *Fatti e norme*, Napoli, 1996, p. 511, poi puntualmente ripreso da M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 155. Sul punto cfr. altresì M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, Pisa, 2021, p. 12 ss.

⁴Le citazioni del testo sono tratte dalla giurisprudenza citata alla nt. 2.

desumibili dal complesso della disciplina della materia e strumentali all'esercizio di poteri tipizzati, ossia espressamente previsti dalla legge, o, ancora più genericamente, strumentali al perseguimento dei fini istituzionali assegnati dalla legge all'Autorità⁵.

Infatti, sempre secondo la giurisprudenza amministrativa, le clausole generali contenute nella legge sono da implementare in base al prudente apprezzamento dell'Autorità a seconda degli scopi di tutela da raggiungere. Quindi le decisioni, sia generali, sia puntuali, delle autorità, pur talvolta non rinvenendo un puntuale fondamento nelle norme primarie (europee e nazionali) di settore, sono legittime se perseguono obiettivi comunque coerenti con quelli fissati nelle suddette normative primarie, tali da poterne costituire continuazione ideale.

Così, di recente, nonostante la mancanza di una norma espressamente attributiva del relativo potere all'Autorità, è stato ritenuto legittimo l'ordine dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di erogare prestazioni gratuite agli utenti rivolto agli operatori telefonici, a seguito della loro riduzione del periodo di rinnovo e di fatturazione delle offerte di telefonia fissa, passato dalla tradizionale cadenza mensile a una quadrisettimanale, per i giorni erosi dalla fattura a cadenza non mensile, a tutela del principio di trasparenza delle condizioni contrattuali di offerta dei servizi telefonici⁶. Oppure, sempre di recente, la giurisprudenza ha ammesso un potere di regolazione della Consob con funzione di accertamento degli specifici rapporti societari tra imprese volto a eliminare incertezze giuridiche generatrici anche di conflitti di posizione tra gli stessi organi interni a una delle suddette imprese, allo scopo di assicurare il corretto funzionamento del mercato finanziario e l'interesse generale degli investitori e risparmiatori⁷.

È indubbio che siffatta costruzione giuridica entra in rotta di collisione con il principio di legalità dell'azione amministrativa che vincola ogni singolo esercizio di potere da parte della pubblica amministrazione e che trova riconoscimento nell'intero tessuto costituzionale⁸. Principio di legalità che, come ben precisato dalla Corte costituzionale, richiede "non solo che il potere amministrativo sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore", ma che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità sempre dalla legge, unica fonte a diretta legittimazione democratica, e presidio di garanzia per i consociati⁹.

Questo caposaldo della relazione tra amministrazione e privati è sicura-

⁵ Sui poteri impliciti cfr., per tutti, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001. Distinguono, quanto ad ammissibilità e legittimità, a seconda che il potere implicito conduca all'emanazione di un atto generale oppure puntuale G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 703 ss.; C. ACOCELLA, *Poteri indipendenti e dimensioni della legalità. Le prospettive di sostenibilità dell'implicito nell'esperienza delle autorità amministrative indipendenti*, in *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, a cura della medesima Autrice, Napoli, 2022, p. 11 ss.

⁶ Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 879.

⁷ Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972, relativamente al potere della Consob di qualificazione del rapporto partecipativo di Vivendi S.A. in Telecom Italia s.p.a in termini di controllo di fatto ai sensi dell'art. 2359 c.c.; in relazione a questa vicenda il giudice amministrativo ha poi ritenuto che nella specie fossero state violate le regole di garanzia di partecipazione degli operatori economici.

⁸ Si deve a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 81 ss., l'osservazione secondo cui il principio di legalità è principio di costituzione materiale che trova espressione nell'art. 23 Cost.; di principio immanente al sistema democratico parla anche V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 904 ss.

⁹ Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 115.

mente messo in pericolo dalla controversa teoria dei poteri impliciti, secondo cui lo spazio a disposizione dell'amministrazione sarebbe delineato dalle norme che fissano uno scopo da perseguire e non dall'enumerazione di poteri esplicitamente attribuiti per la realizzazione di tale scopo.

Il rapporto molto elastico, quasi disinvolto, tra poteri delle Autorità di regolazione e norme attributive dei poteri stessi, le quali si limitano a delegare l'amministrazione a individuare gli strumenti operativi più adeguati a raggiungere gli scopi istituzionalmente individuati, viene giustificato dal particolare tecnicismo dei settori regolati e quindi dalla specializzazione funzionale e dall'*expertise* di tali Autorità¹⁰. Afferma infatti il Consiglio di Stato che la deroga al principio di tipicità rigorosamente inteso trova la sua ragion d'essere nel particolare compito delle Autorità di regolazione "di prevedere e adeguare *costantemente* il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema", laddove invece una predeterminazione legislativa rigida risulterebbe invero di ostacolo al perseguimento di tali scopi"¹¹. In altri termini, sempre secondo il Consiglio di Stato la valenza tecnica della regolazione indipendente "impedisce la piena operatività del principio di legalità-garanzia", che assume un significato "debole", non essendo possibile assicurare la predeterminazione legislativa delle modalità e del contenuto del potere pubblico"¹².

3. Le norme attributive dei poteri delle Autorità di regolazione e il principio di separazione dei poteri dello Stato

La tematica è resa ancora più complessa e delicata da due elementi, uno riguardante il rispetto del principio della separazione dei poteri dello Stato, l'altro il modello costituzionale di pubblica amministrazione.

Anzitutto, le autorità di regolazione hanno il potere di emanare atti amministrativi generali e astratti, atti provvedimentali, atti para-giurisdizionali. Infatti, le Autorità di regolazione svolgono sia un'attività propriamente di regolazione, intesa all'adozione di decisioni di ampia portata rivolte ad un numero indeterminato di destinatari, come una delibera che determina i livelli di qualità dei servizi, sia un'attività cd. di aggiudicazione, altrimenti definibile, con linguaggio più vicino al nostro tradizionale, attività provvedimentale volta all'adozione di decisioni amministrative su casi singoli, come una sanzione pecuniaria, sia atti che risolvono controversie in via alternativa rispetto alle tradizionali vie giurisdizionali¹³. Per inciso, tra l'altro, è possibile evidenziare una difficoltà di immediato inquadramento di queste attività: da un lato, non sempre è facile distinguere tra attività di regolazione e attività puntuale, in quanto atti generali

¹⁰ F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, p. 31 ss.; cfr. poi, con particolare attenzione al diritto dell'Unione europea, F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2006, p. 27 ss.

¹¹ Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532.

¹² Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972.

¹³ Per un inquadramento del fenomeno cfr., da ultimo, A. POLICE, *La legge, il potere amministrativo e le situazioni giuridiche soggettive*, in G. DELLA CANANEA-M. DUGATO-B. MARCHETTI-A. POLICE-M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, p. 111 ss.

talvolta producono effetti individuabili *ex ante* sui singoli operatori¹⁴, oppure atti puntuali talaltra sono idonei a generare effetti strutturali e diacronici¹⁵; dall'altro, alcuni atti generali, in particolare le linee guida, in quanto atti di *Soft Law* o di *Soft Regulation* non hanno una valenza precettiva assoluta, visto che la loro violazione non determina necessariamente un illecito oppure l'invalidità degli atti contrastanti con essi¹⁶.

Sta di fatto che l'assommarsi in capo a una sola autorità amministrativa di questa congerie di vari poteri determina un'attenuazione –oltre del principio di legalità inteso in senso sostanziale, come si è visto al paragrafo precedente– del tradizionale principio di separazione dei poteri dello Stato. Si potrà anche discutere sull'attuale vigenza di questo principio nel nostro mondo contemporaneo¹⁷, ma questa anomala concentrazione di poteri resta un dato con cui fare i conti, specie se si considera il secondo elemento prima accennato, ossia la difficoltà d'individuazione del modello costituzionale di pubblica amministrazione fatto proprio dalle autorità indipendenti e quindi dalle autorità di regolazione. Infatti, queste autorità incarnano un modello di amministrazione eccentrico rispetto a quello tradizionalmente disegnato all'art. 95 Cost., dal momento che il loro operato non è riconducibile all'indirizzo politico dell'esecutivo e, conseguentemente, non rispetta il principio di "responsabilità ministeriale (ovvero, in buona sostanza della legittimazione democratica)"¹⁸.

Ne deriva il rischio tangibile di rendere le autorità di regolazioni "sovrani quasi assoluti" del settore loro affidato, sovvertendo il sistema delle fonti del diritto¹⁹.

4. Il singolare *continuum* tra previa attività amministrativa e legge successiva

Se è vero che il senso ultimo della creazione delle autorità di regolazione è prevenire e risolvere problemi regolatori che il legislatore, europeo e nazionale, fatica a prefigurare, stante la sua impossibilità di "tenere il passo"²⁰, è altrettanto vero che nel nostro ordinamento al legislatore non può essere de-

¹⁴ Come, ad esempio, le delibere sull'interconnessione che per loro natura hanno un numero ridotto di destinatari.

¹⁵ Come, ad esempio, le delibere che impongono a un operatore economico di cedere una quota predefinita della loro produzione ai concorrenti, secondo prezzi determinati sulla base di un'asta.

¹⁶ Sul punto sia permesso rinviare a M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in questa *Rivista*, n. 2/2016; ID., *Soft Law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 147 ss.

¹⁷ M. TROPER, *Le nuove separazioni dei poteri*, Napoli, 2007, 9, p. 23; in tema cfr. anche G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss.

¹⁸ In questo senso G. PERICU, *Brevi riflessioni*, cit., p. 1 ss.; cfr. altresì E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica politica e democrazia*, Torino, 2019, p. 88 ss.

¹⁹ Così N. BASSI, *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa fra regole costituzionali e norme comunitarie*, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 1900 ss.; cfr. anche G. MORBIDELLI, *Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti*, in questa *Rivista*, n. 2/2017.

²⁰ Così M. CLARICH, voce *Energia*, in *Enc.dir., Funzioni amministrative*, Milano, 2022, p. 438 ss., spec. p. 457.

mandato un compito quasi strumentale, secondario, eventuale, addirittura successivo dal punto di vista temporale rispetto a quello dell'Autorità di regolazione.

Tuttavia, in concreto l'accessorietà del legislatore rispetto alle autorità di regolazione si è manifestata in varie occasioni. Uno dei casi più rilevanti è rappresentato dalla già accennata vicenda che ha contrapposto di recente l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni alle compagnie telefoniche. L'Agcom in origine aveva autonomamente introdotto l'obbligo della fatturazione a cadenza mensile e si era dotata del potere di ordinare il rimborso agli utenti delle somme indebitamente addebitate per violazione di siffatto obbligo. Solo qualche tempo dopo all'intervento dell'Autorità di regolazione è stato introdotto anche a livello legislativo l'obbligo in questione e il relativo potere dell'amministrazione in caso di trasgressione dello stesso²¹.

È interessante notare che la giurisprudenza amministrativa ha inquadrato la legge successiva non tanto come sanatoria intesa a colmare la mancanza di una specifica norma attributiva del potere, bensì come sviluppo e ripresa di quanto stabilito a livello amministrativo, con un completo sovvertimento della gerarchia delle fonti del diritto. Il Consiglio di Stato parla di un singolare *continuum* tra attività amministrativa e legge sopravvenuta, che è fatto poggiare sulla "eadem ratio di provvedimenti e norma primaria", con una "riaffermazione da parte del legislatore dei valori sottesi alla delibera" dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni²².

In altri termini, in obbedienza a una visione pan-finalistica lo scopo di tutela viene fatto prevalere sul rango delle fonti del diritto, relegando il Parlamento semplicemente a rafforzare disposizioni regolatorie precedenti.

5. Legalità sostanziale versus legalità procedimentale

Le criticità però non si arrestano qui. Secondo la giurisprudenza costituzionale²³ e amministrativa²⁴ i già illustrati fenomeni della c.d. dequotazione del principio di legalità inteso in senso sostanziale e della sottrazione delle Autorità di regolazione, in tutto o in larga parte, alla direzione politica impongono il rafforzamento della legalità procedimentale, che si sostanzia nella previsione di varie forme di coinvolgimento degli operatori del settore nell'ambito del procedimento di formazione delle decisioni, sia generali, sia puntuali. Viene così introdotta una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: "quanto meno è garantita la prima", "tanto maggiore è l'esigenza di po-

²¹ Art. 1, comma 1, del d.l. n. 7/2007, introdotto dall'art. 19-*quiquiesdecies* del d.l. n. 148/2017.

²² Cons. Stato, sez. VI, n. 879/2020, cit.

²³ Corte Cost., 22 febbraio 2017, n. 69, secondo cui "la possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale ... ai fini della valutazione del rispetto dell'art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti".

²⁴ Tra le tante cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201; 11 aprile 2006, n. 2007; 27 dicembre 2006, n. 7972; 20 marzo 2015, n. 1532; 24 maggio 2016, n. 2182; in primo grado, TAR Lombardia, Milano, sez. II, 6 settembre 2016, n. 1629.

tenziare legalità procedurale, sottoforma di garanzie del contraddittorio”²⁵. Si afferma così che il rispetto delle regole di partecipazione serve “a restituire, almeno in parte, coerenza al sistema”, “assicurando il recupero delle garanzie e la prevedibilità oggettiva dei possibili sviluppi provvedimentali”, nonostante “l’opacità” della legge sostanziale di disciplina dei poteri regolatori²⁶.

Tuttavia, porre un’eccessiva enfasi sulla legalità procedimentale, intesa come correttivo sia alla perdita di legalità sostanziale sia al *deficit* di legittimazione democratica delle autorità indipendenti, rischia di depotenziare la centralità che invece deve continuare a possedere la norma attributiva del potere nel nostro ordinamento democratico. La partecipazione, dal punto di vista giuridico, non è e non può divenire un fattore di legittimazione del potere. Come è stato acutamente osservato²⁷, la nozione di legittimazione procedimentale elaborata da Lühmann²⁸ è ben diversa da quella evocata dalla giurisprudenza in questione, in quanto la prima attiene alla legittimazione in senso sociologico, nel senso di riconoscimento di un soggetto come autorità da parte di altri soggetti. Invece la partecipazione al procedimento secondo la giurisprudenza comporta la facoltà di far sentire la propria voce e di illustrare le proprie ragioni, ma non assicura né la garanzia che queste ragioni siano effettivamente prese in considerazione²⁹, né una coerenza temporale fra partecipazione e decisione³⁰. Di conseguenza una partecipazione assistita da garanzie così esili non può compensare un deficit istituzionale sul piano del principio di legalità³¹.

In definitiva il rapporto di sofferenza con la legge che la regolazione amministrativa presenta non deve fare mai dimenticare che la legge è e resta il fondamentale strumento di tutela del nostro ordinamento giuridico. Quindi solo la precostituzione legislativa del potere delle Autorità di regolazione assicura generalità, uniformità, certezza e stabilità del quadro normativo, a tutela dell’affidamento di tutti i soggetti regolati³².

²⁵ Cfr., oltre alla giurisprudenza citata alla nota precedente, anche Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2014, n. 4874; Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521; Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2008 n. 7972.

²⁶ Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972. Una puntuale analisi della giurisprudenza in materia è svolta da A. DI MARTINO, *Oltre la partecipazione procedimentalizzata: collaborazione e regolazione nelle autorità amministrative indipendenti*, in C. ACOCELLA (a cura di), *Autorità indipendenti*, cit., 81 ss.

²⁷ A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸ N. LÜHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995.

²⁹ TAR Lombardia, sez. II, 13 maggio 2014, n. 1245.

³⁰ Giungendo all’adozione di decisioni a distanza di un anno dalla consultazione; cfr. TAR Lombardia, sez. II, 13 agosto 2015, n. 1895; sez. II, 2 marzo 2015, n. 593.

³¹ Così, puntualmente, A. TRAVI, *Il problema generale*, cit., pp. 3-4; cfr. altresì G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 749 ss.; P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, p. 305 ss.

³² Cfr., se si vuole, M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell’età delle incertezze*, in questa *Rivista*, n. 2/2018, e dottrina ivi riportata.

6. Inconvenienti e alleggerimenti della legalità procedimentale

Ultimo elemento critico da sottolineare riguarda la tanto esaltata legalità procedimentale. In concreto essa presenta inconvenienti, da un lato, e subisce indebiti alleggerimenti, dall'altro.

Gli inconvenienti si manifestano specialmente quando vengono in rilievo le funzioni di *rulemaking* delle Autorità di regolazione. Nel modello di *notice and comment* l'Autorità rende noti in anticipo mediante pubblicazione i contenuti dell'atto di cui propone l'adozione (fase di *notice*), consente a tutti i soggetti potenzialmente interessati di fornire i loro commenti su tali proposte (fase di *comment*) e dà conto delle ragioni che stanno alla base della decisione, rendendo pubblica una dichiarazione dei principi fondamentali e degli obiettivi. Questo modello soddisfa lo scopo di consentire all'Autorità stessa una migliore conoscenza dei fatti e l'acquisizione di informazioni utili ai fini della decisione³³.

Tuttavia, questa procedura porta con sé sia stagnazione decisionale, sia agire non trasparente. Infatti, forte è il rischio di una dilatazione eccessiva dei tempi per addivenire ad una decisione, con notevoli ritardi nell'azione amministrativa, tant'è che nel sistema statunitense, dove tale modello partecipativo è nato, si è parlato di processo di "ossificazione" dell'attività regolativa in ragione dei vincoli procedurali³⁴. Ma il pericolo più consistente è la mancanza di trasparenza, che si realizza in una duplice direzione. Per un verso, l'opacità è generata dalla produzione di documenti sovrabbondanti e di dossier inutilmente lunghi che includono tutto ciò sia riconducibile alla decisione, oscurando, anziché chiarendo, all'esterno la comprensione del processo decisionale. Per altro verso, l'opacità si manifesta tramite una fuga dalle procedure formali, a vantaggio di negoziati informali e non trasparenti³⁵.

Gli indebiti alleggerimenti della legalità procedimentale riguardano invece le funzioni di *adjudication* delle Autorità di regolazione. Nel caso di procedimenti individuali aventi destinatari determinati devono valere le regole del pieno contraddittorio del cd. *adversary system*, di derivazione processuale, intese a garantire non la semplice possibilità, ma l'effettività del contraddittorio medesimo³⁶.

Tuttavia, una parte della giurisprudenza ritiene che le carenze procedurali siano sanabili in sede processuale, generando così una de-quotazione anche della legalità procedimentale. La premessa di partenza è che le garanzie procedurali non debbano risolversi in "inutili aggravamenti procedurali" e che non sia richiesto un contraddittorio nella fase istruttoria antecedente all'adozione di

³³ Si pensi, ad esempio, alla disciplina prevista dall'art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, e alla delibera della Consob, 5 luglio 2016, n. 19654, disciplinante le modalità di svolgimento di una consultazione in forma pubblica davanti alla relativa Autorità.

³⁴ G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, p. 113 ss.; cfr. altresì E. CHITI, *La dimensione funzionale del procedimento*, in *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano, 2008, p. 211 ss.

³⁵ Fenomeno da tempo indagato nell'ordinamento statunitense; cfr. S. BREYER-R. STEWARD-C.R. SUNSTEIN-A. VERMEULE, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text and Cases*, New York, 2006, VI ed., spec. p. 502 ss.

³⁶ In particolare, cfr. F. MERUSI, *op. cit.*, p. 18 ss.; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 ss., p. 68; ID., *Autorità indipendenti*, cit., p. 149 ss.; M. CLARICH-L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur.comm.*, 2013, p. 358 ss.

una decisione ma sia sufficiente un controllo giurisdizionale effettivo. Il secondo passaggio logico-argomentativo di questo ragionamento è che le garanzie del giusto procedimento non soddisfatte nella fase procedimentale siano compensabili nella fase processuale, la quale diviene il luogo di correzione, in via successiva e su ricorso della parte interessata, dei deficit di tutela verificati in sede procedimentale³⁷.

Ma in questa maniera si trascura di considerare che la partecipazione procedimentale e quindi la dialettica tra i diretti interessati e l'amministrazione forniscono gli strumenti idonei a consentire l'accertamento di fatti complessi, specie se controversi, e l'acquisizione dei molteplici interessi in gioco; che un vero contraddittorio, tale da consentire alle imprese di presentare utilmente e nei tempi opportuni le proprie osservazioni e le proprie difese, è indispensabile per addivenire a una decisione amministrativa equa e imparziale; e, infine, che un'istruttoria completa e partecipata, in obbedienza ai principi del giusto procedimento amministrativo, riduce notevolmente il contenzioso³⁸.

7. *Deference or not deference?*

Le problematiche evidenziate non sono squisitamente autoctone. Anzi da Oltreoceano arrivano importanti fermenti giurisprudenziali in grado di mettere in crisi alcuni consolidati criteri su cui poggia l'intero edificio del diritto amministrativo americano e in particolare la nota *Chevron doctrine*. In base a tale dottrina la Corte suprema degli Stati Uniti ha da tempo riconosciuto alle *agencies* federali il potere di interpretare estensivamente leggi contenenti deleghe generiche o ambigue, assumendo un atteggiamento di deferenza giurisprudenziale verso le decisioni assunte dalle amministrazioni e rispettando l'interpretazione della legge fatta da queste ultime nella misura in cui la legge non abbia affrontato direttamente e chiarito espressamente questioni relative al suo

³⁷ Questo orientamento fu formulato già a partire da Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grand Chamber*, 22 novembre 1995, *Bryan v. the United Kingdom* e ora accolto anche dalla nostra Cassazione, secondo cui in materia di irrogazione di sanzioni che, pur qualificate come amministrative, abbiano natura sostanzialmente penale, "gli Stati possono scegliere se realizzare le garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione EDU già nella fase amministrativa (nel qual caso, nella logica di tale Convenzione, una fase giurisdizionale non sarebbe nemmeno necessaria) o mediante l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio applicato dall'autorità amministrativa (all'esito di un procedimento non connotato da quelle garanzie) ad un sindacato giurisdizionale pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva, attuato attraverso un procedimento conforme alle prescrizioni dell'art. 6 della Convenzione" (Cass. civ., sez. II, n. 4/2019). Per quanto riguarda la giurisprudenza amministrativa cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 879/2020, cit.

³⁸ Del resto, la stessa giurisprudenza costituzionale ha valorizzato anche in tempi recenti il ruolo del procedimento amministrativo, dapprima con la sentenza n. 69/2018, secondo cui "la compresenza dei diversi interessi coinvolti, tutti costituzionalmente rilevanti, ha come luogo elettivo di composizione il procedimento amministrativo ... è nella sede procedimentale, dunque, che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato ..., sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela" e poi con la sentenza n. 28/2019, a detta della quale è nel procedimento amministrativo che tutte le "istanze possono adeguatamente emergere ed essere valutate in modo trasparente, e ciò non solo a garanzia dell'imparzialità della scelta – nel rispetto del principio di cui all'art. 97 Cost. – ma anche e soprattutto per il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario coinvolto".

significato e l'interpretazione dell'amministrazione non risulti irragionevole³⁹. Il fondamento della deferenza giurisprudenziale insito nella *Chevron doctrine* è stato ravvisato essenzialmente, anche se non esclusivamente, nel fatto che solo le *agencies* possiedono le competenze tecniche indispensabili per introdurre regolazioni con cui perseguire gli obiettivi enunciati in termini vaghi nelle leggi del Congresso⁴⁰.

Due vicende emblematiche e molto recenti, una in materia di emergenza sanitaria, l'altra in materia ambientale, mostrano chiaramente gli evocati fermenti giurisprudenziali che hanno portato a una rivisitazione della tradizionale dottrina *Chevron* e quindi al ripensamento della relazione tra norma attributiva del potere e attività amministrativa.

L'*Occupational Safety and Health Act* (OSHA) del 1970 ha conferito all'amministrazione federale il potere di regolamentare la sicurezza dei luoghi di lavoro, stabilendo in modo ampio i principi della delega volta a garantire la salute dei lavoratori⁴¹. Durante la pandemia l'*Occupational Safety and Health Administration* (OSHA), un'*agency* amministrativa, si è servita di questa ampia base legislativa per emanare un provvedimento provvisorio inteso a imporre l'obbligo vaccinale ai lavoratori americani per fronteggiare la diffusione dell'infezione COVID-19⁴².

Tuttavia, nel gennaio di quest'anno la Corte suprema, con la sentenza *NFIB v. OSHA*, ha accolto la richiesta di sospendere in via cautelare il provvedimento adottato dall'amministrazione, ritenendo che l'atto istitutivo dell'OSHA non autorizzasse in modo manifesto l'adozione di una misura come quella controversa⁴³. L'impianto argomentativo della decisione poggia sul canone denominato *major questions doctrine*, che risponde al desiderio di tracciare più precisi limiti d'intervento dell'amministrazione in un ordinamento che è an-

³⁹ *Chevron, U.S.A., Inc. v. Nat. Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842-843 (1984): "When a court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute".

⁴⁰ La bibliografia sul caso *Chevron* è immensa, al punto che R.M. LEVIN, *The Anatomy of Chevron: Step Two Reconsidered*, in *Chicago Kent L. Rev.*, 72, 1187, 1997, ha affermato che "scholarship about that case has been the single hottest topic in the administrative law literature of the past decade"; cfr., per la dottrina italiana, F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in *Merc.conc.reg.*, 2000, p. 469 ss.

⁴¹ C.R. SUNSTEIN, *Is Osha Unconstitutional?*, 94 *Va. L. Rev.*, 2008, p. 1407 ss.

⁴² *COVID-19 Vaccination and Testing; Emergency Temporary Standard*, 86 Fed. Reg. 61402 (2021). In particolare si prevedeva che i datori di lavoro con almeno cento lavoratori implementassero obbligatoriamente delle linee guida in base alle quali i lavoratori sarebbero stati tenuti a vaccinarsi completamente oppure a sottoporsi settimanalmente a test diagnostici e ad indossare sul viso dispositivi di protezione individuale se in presenza di altri lavoratori; si precisava che le spese per la vaccinazione sarebbero state a carico dei datori di lavoro e non dei lavoratori, ai quali sarebbe stato riconosciuto un permesso retribuito per sottoporsi all'inoculazione del vaccino; si imponeva ai datori di lavoro di impedire l'accesso ai luoghi di lavoro da parte dei lavoratori che, in base ai test o ad accertamenti, fossero risultati positivi al COVID-19; infine si stabilivano sanzioni pecuniarie in caso di violazione degli obblighi previsti.

⁴³ *National Federation of Independent Business v. Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration*, 595 U.S. (2022), S. Ct. 661 (2022).

dato riconoscendo alla stessa poteri sempre più estesi e profondi⁴⁴. A detta della Corte permettere all'OSHA di adottare decisioni di enorme rilevanza economica e politica espanderebbe in maniera significativa e senza una chiara autorizzazione del Congresso il potere regolatorio dell'*agency*⁴⁵.

Nondimeno la *dissenting opinion* dei giudici Breyer, Sotomayor e Kagan non manca di sottolineare un punto che resta problematico in questa ricostruzione nelle relazioni tra potere legislativo, potere amministrativo e potere giudiziario e che si ritrova anche nel dibattito italiano: "*Underlying everything else in this dispute is a single, simple question: Who decides how much protection, and of what kind, American workers need from COVID-19? An agency with expertise in workplace health and safety, acting as Congress and the President authorized? Or a court, lacking any knowledge of how to safeguard workplaces, and insulated from responsibility for any damage it causes?*".

Ancora più di recente (luglio 2022) la Corte suprema è intervenuta a limitare i poteri di un'altra *agency*, e cioè dell'*Environmental protection agency* (EPA), ritenendo illegittima la sua attività regolatoria di fissazione di standard sulle emissioni di gas serra delle centrali elettriche. Pur riconoscendo che un percorso di decarbonizzazione sia una "*soluzione ragionevole*" per risolvere le questioni ambientali del surriscaldamento atmosferico, nondimeno la Corte suprema ritiene non plausibile che il Congresso abbia dato all'amministrazione l'autorità di adottare autonomamente tale modello regolatorio. A giudizio della Corte una decisione di tale portata e di tali conseguenze spetta solo al Congresso stesso, o, al massimo, a un'agenzia che però agisca in base a una chiara delega da parte dell'organo rappresentativo e quindi poggiando su una puntuale e precisa norma attributiva del potere. Chiara delega che non è stata individuata nel Clean Air Act, in vigore dal 1970 e più volte modificato, non reputato base legittimante sufficiente per regolamentare in via diretta il settore energetico⁴⁶.

Pure in questo caso, come nel precedente, la Corte suprema è apparsa spaccata al suo interno, con tre giudici che hanno espresso il proprio dissenso, sottolineando come con questa decisione "*the Court strips the Environmental Protection Agency of the power Congress gave it to respond to the most pressing environmental challenge of our time*"⁴⁷. Ritorna qui, come già nella sentenza *NFIB v. OSHA*, il tema del particolare tecnicismo dei settori d'intervento amministrativo e dell'importanza di assicurare il perseguimento da

⁴⁴ A. HOWAYECK, *The Major Questions Doctrine: How the Supreme Court's Efforts to Rein in the Effects of Chevron Have Failed to Meet Expectations*, in *Roger Williams University Law Review*, Vol. 25: Iss. 1, Article 9, 2020, p. 175: "A statute that Congress has authorized an agency to administer may have countless "reasonable" interpretations, and these interpretations may vary drastically depending on the presidential administration. Who is to decide which of the many reasonable interpretations is the "correct" one? Under *Chevron*, it is up to the agency. Even if the Supreme Court would find that the best interpretation of a statute contradicts an agency's interpretation, so long as the agency's interpretation is a "reasonable" one, the agency is free to ignore the judgement of the Court, which would have found the agency's interpretation unlawful". Cfr. altresì le acute considerazioni di A. ROVAGNATI-L.P. VANONI, *Separazione dei poteri ed emergenza sanitaria negli Stati Uniti. Osservazioni a margine della decisione della Corte Suprema NFIB v. OSHA*, in <https://www.osservatorioaic.it>.

⁴⁵ Corte suprema USA, *NFIB v. OSHA*, 595 U.S. (2022), S. Ct. 665 (2022).

⁴⁶ Corte suprema USA, *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U. S. (2022).

⁴⁷ J. KAGAN, *Dissenting, West Virginia v. Environmental Protection Agency*, la quale prosegue affermando che "*Section 111 entrusts important matters to EPA in the expectation that the Agency will use that authority to combat pollution—and that courts will not interfere*".

parte dell'amministrazione dei fini pubblici predeterminati in via generale e astratta dalla legge, che però in questo momento storico la maggioranza della Corte suprema ha ritenuto recessivo rispetto all'esigenza di perimetrare più rigorosamente le competenze spettanti alle *agencies*, in nome della separazione dei poteri dello Stato e della legittimazione democratica.

8. Brevi considerazioni finali

La presenza e l'attività delle Autorità di regolazione non devono portare a un sovvertimento dei capisaldi su cui regge l'architettura pubblicistica. Tuttavia, l'immagine che viene restituita dalla realtà concreta è problematica, a livello sia legislativo, sia amministrativo, sia giurisprudenziale. A livello legislativo, dal momento che le norme attributive dei poteri a tali Autorità non risultano affatto rispettose del principio di legalità inteso in senso sostanziale, né del principio di separazione dei poteri dello Stato. A livello amministrativo, perché le Autorità intendono il loro mandato istituzionale in maniera oltremodo estensiva e sovvertono il sistema delle fonti del diritto nel concepire la legge come una sorta di strumento secondario e talvolta addirittura successivo dal punto di vista temporale rispetto all'attività regolatoria, relegando il Parlamento semplicemente a rafforzare disposizioni regolatorie precedenti. A livello giurisprudenziale, visto che il giudice baratta il *deficit* di legalità sostanziale e di legittimazione democratica delle Autorità con la valorizzazione della partecipazione procedimentale, al punto da configurare una nuova legalità definita procedimentale dall'incerto fondamento teorico, e, al tempo stesso, fornisce una versione debole di quest'ultima tipologia di legalità, consentendo di compensare in sede processuale il mancato rispetto delle garanzie partecipative nel corso del procedimento amministrativo.

Vero è che il particolare tecnicismo dei settori regolati e la specializzazione funzionale e dall'*expertise* di tali Autorità giustificano soluzioni peculiari, ma nella configurazione di siffatte soluzioni non si deve mai dimenticare che le Autorità di regolazione sono "realtà titolari di un potere politico effettivo", il quale, pur essendo a competenza settoriale, è profondamente incidente sulla società⁴⁸.

⁴⁸ G. PERICU, *Brevi riflessioni*, cit., 1 ss.