

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
DIPARTIMENTO DI
DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE
CURRICULUM IN DIRITTO COSTITUZIONALE IUS/08
XXV CICLO

**LE AUTORITÀ INDIPENDENTI TRA DIRITTO
DELL'UNIONE E SISTEMA INTERNO DEI
POTERI.**

Tesi di Dottorato di:
Alessandro E. BASILICO

Tutor:
Chiar.ma Prof.ssa Barbara RANDAZZO

Coordinatore:
Chiar.ma Prof.ssa Lorenza VIOLINI

A.A. 2011/2012

Ai miei genitori e a mio fratello Stefano.

Sommario

<i>INTRODUZIONE: LE AUTORITÀ INDIPENDENTI TRA ORDINAMENTO INTERNO E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA</i>	1
<i>CAPITOLO I</i>	11
<i>L'INDIPENDENZA DELLE VARIE AUTORITÀ E LE SUE DIVERSE GARANZIE</i>	11
1. Imparzialità, neutralità, indipendenza. Una premessa.	11
2. Gli «indici rivelatori» che caratterizzano le Autorità. L'indipendenza funzionale.	14
3. Indipendenza funzionale e controllo parlamentare.	21
4. Indipendenza e nomina dei componenti delle Autorità.	24
5. Indipendenza e durata del mandato.	39
6. Indipendenza e inamovibilità. Il caso della revoca del governatore della Banca d'Italia.	40
7. Indipendenza e incompatibilità (durante e dopo l'incarico).	43
8. Indipendenza e scioglimento dell'organo.	44
9. Indipendenza e autonomia organizzativa e finanziaria.	45
<i>CAPITOLO II</i>	53
<i>ALLA RICERCA DI UNA LEGITTIMAZIONE DELL'INDIPENDENZA DELLE AUTORITÀ</i>	53
1. L'articolo 95 della Costituzione e l'esigenza di trovare una legittimazione dell'indipendenza delle Autorità.	53
2. La tesi della piena conformità delle Autorità al modello di amministrazione imparziale e regolata dalla legge e i suoi limiti. Il caso della CONSOB.	57
3. L'indipendenza di (alcune) Autorità come oggetto dei vincoli derivanti dal diritto dell'Unione.	62
4. La legittimazione di (alcune) Autorità nell'articolo 11 della Costituzione quale «sicuro fondamento» dei rapporti tra ordinamento italiano e diritto dell'Unione.	73

5. Le Autorità legittimate dalla funzione di garanzia di valori costituzionali. I dubbi di costituzionalità del decreto istitutivo dell'IVASS.	78
<i>CAPITOLO III</i>	85
<i>LE FUNZIONI NORMATIVE DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI</i>	85
1. I poteri normativi delle Autorità indipendenti: una panoramica.	85
2. Il fondamento di alcuni poteri normativi nel diritto dell'Unione. Possibili ricadute sul riparto di potestà regolamentare tra Stato e Regioni.	94
3. Il fondamento degli altri poteri normativi nella libertà d'istituire fonti subordinate alla legge. Alcuni corollari del rango sublegislativo dei regolamenti delle Autorità.	98
4. Il problema del rispetto del principio di legalità.	103
5. Il problema del rapporto con le riserve di legge previste dalla Costituzione.	108
6. La portata della riserva di legge in presenza di una normativa europea.	114
7. Le funzioni della riserva di legge e la possibilità delle norme dell'Unione di soddisfarle.	119
8. Il procedimento normativo, la legittimazione partecipativa e i suoi limiti.	124
9. La natura tecnica della regolazione e la necessità di rispettare comunque le riserve di legge.	130
10. Il carattere relativo delle riserve di legge e lo spazio dei poteri normativi delle Autorità.	135
11. La partecipazione delle Autorità all'esercizio della funzione legislativa.	138
<i>CAPITOLO IV</i>	143
<i>LE FUNZIONI «PARAGIURISDIZIONALI» DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI</i>	143
1. Le funzioni arbitrali delle Autorità.	143

2. La tutela dei dati personali innanzi al Garante come «alternativa a quella giurisdizionale».	151
3. I procedimenti amministrativi di risoluzione delle controversie innanzi alle altre Autorità.	156
4. I procedimenti sanzionatori con particolare riferimento all'Autorità garante della concorrenza.	159
<i>CAPITOLO V</i>	<i>171</i>
<i>IL SINDACATO GIURISDIZIONALE SUI PROVVEDIMENTI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI</i>	<i>171</i>
1. La giurisdizione sui provvedimenti delle Autorità.	171
2. La natura del sindacato da adottare per i provvedimenti delle Autorità.	175
3. Il controllo «debole» come criterio generale e quello «forte» per le sanzioni.	178
4. Il controllo «forte» sulle sanzioni quale obbligo derivante anche dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: la sentenza <i>Menarini Diagnostics s.r.l. contro Italia</i> .	183
<i>CAPITOLO VI</i>	<i>191</i>
<i>AUTORITÀ INDIPENDENTI E GIUSTIZIA COSTITUZIONALE</i>	<i>191</i>
1. Le Autorità e i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia. Una premessa.	191
2. Autorità e legittimazione a sollevare questione di costituzionalità.	194
3. Le nozioni di «giudice» e di «giudizio» nella giurisprudenza costituzionale.	197
4. Il Garante dei dati personali e le Autorità che svolgono funzioni arbitrali come giudici «ai limitati fini del processo costituzionale».	201
5. La carenza di legittimazione delle altre Autorità con particolare riferimento all'Autorità garante della concorrenza.	203
6. La disapplicazione delle leggi contrastanti con il diritto dell'Unione europea.	205

7. La possibilità di effettuare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.	210
8. L'ammissibilità di conflitti di attribuzione tra Enti per gli atti delle Autorità.	215
9. Autorità indipendenti e conflitti fra poteri dello Stato: la posizione apparentemente restrittiva della Corte costituzionale.	218
10. L'ambito soggettivo del conflitto: le Autorità come organi «competenti a dichiarare definitivamente» la volontà del potere esecutivo.	220
11. L'ambito oggettivo: le attribuzioni derivanti dal diritto dell'Unione e fondate sull'articolo 11 della Costituzione.	224
<i>CONCLUSIONI</i>	233
<i>Indice degli Autori.</i>	239

INTRODUZIONE: LE AUTORITÀ INDIPENDENTI TRA ORDINAMENTO INTERNO E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

L'espressione «Autorità indipendenti», spesso con l'aggiunta dell'aggettivo «amministrative», viene impiegata – dal legislatore, in giurisprudenza e in letteratura – per indicare diversi organi pubblici istituiti dalla legge (o da un'altra fonte primaria), eterogenei per quanto riguarda le funzioni attribuite, ma accomunati da un grado più o meno ampio d'«indipendenza» rispetto agli altri organi dell'ordinamento.¹

Autorità di questo tipo nascono negli Stati Uniti come «*fourth branch of government*» cui la legge affida l'amministrazione di un determinato ambito della vita sociale, al fine di sottrarlo «al controllo della politica partitica», considerata un ostacolo a una regolazione efficiente dei mercati e, più in generale, alla tutela di valori costituzionali.²

¹ R. CHIEPPA, G.P. CIRILLO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova 2010, p. 38, osservano come proprio l'«indipendenza» possa essere assunta come «minimo comune denominatore» e «tratto unificante» di questi organi.

² G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Torino 2000, pp. 265 e ss., il quale ricorda che la prima Autorità fu la *Interstate Commerce Commission* (1888), con il compito di regolare il settore dei trasporti, e che in seguito, soprattutto durante il *New Deal*, se ne aggiunsero altre con compiti di regolazione nei settori della concorrenza, della politica monetaria, finanziario, radiotelevisivo, per la tutela dei consumatori in campo alimentare; si v. anche M. MANETTI, voce *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in «Enc. giur.», p. 2, la quale ricollega l'istituzione delle *Independent Regulatory Commissions* all'idea che l'intervento pubblico nell'economia, ormai indispensabile, sia sottratto «agli arbitri della maggioranza e della politica in genere».

In particolare, le *Commissions* sono indipendenti perché vengono sottratte alla direzione del Presidente, che ne nomina i componenti (con il consenso del Senato) ma non può rimuoverli a sua discrezione, né può impartire direttive sullo svolgimento delle funzioni loro assegnate.³

La specializzazione tecnica dei commissari, l'eterogeneità dei poteri esercitati (non solo amministrativi, ma anche normativi e di risoluzione delle controversie), l'adozione di un procedimento in contraddittorio con gli interessati, sono altri elementi che caratterizzano questi organi.⁴

Il modello dell'Autorità di regolazione indipendente dal Governo è diffuso anche in Europa, per esempio nel Regno Unito, dove si trovano *administrative tribunals*,⁵ e in Francia, con le *autorités administratives indépendentes*.⁶

In Italia, Autorità caratterizzate da una condizione «di distacco o di separazione dal potere politico»⁷ sono state istituite nel quadro di un cambiamento dell'intervento pubblico

³ *Ivi*.

⁴ Si v. M. D'ALBERTI, voce *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in Enc. giur., Roma 1995, p.

1

⁵ Sui quali si v. E. BALBONI, *Amministrazione giustiziale*, Padova 1986.

⁶ Per un'analisi comparata, si v. F. JENNY, *Le autorità indipendenti: gli esempi francese e tedesco*, in ASSOCIAZIONE DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, pp. 49 e ss.; nello stesso volume si v. anche G. GRASSO, *L'indipendenza delle autorità amministrative indipendenti tra forma di stato, forma di governo e trapasso dei sistemi elettorali. Un'indagine comparata*, pp. 101 e ss..

⁷ N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, p. 87.

nell'economia, con la sostituzione, allo Stato imprenditore, di uno Stato regolatore.⁸

Proprio ai nuovi organi, configurati come tecnici e per questo ritenuti «neutrali» rispetto agli interessi dei vari operatori economici, è stato affidato il compito di stabilire e far rispettare le «regole del gioco».⁹

Sull'istituzione delle Autorità italiane ha esercitato un'influenza determinante il diritto europeo (comunitario), il quale, imponendo di tutelare la concorrenza e liberalizzare determinate attività economiche, da un lato ha portato alla creazione di nuovi organi indipendenti (si pensi all'Autorità garante della concorrenza e alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità), dall'altro ha comportato una modifica

⁸ S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Torino, 2007, pp. 290 e ss.; G. GUARINO, *Le Autorità garanti nel sistema giuridico*, in ASSOCIAZIONE DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, pp. 35 e ss.; M. D'ALBERTI, voce *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in Enc. giur., Roma 1995, p. 1; M. MANETTI, voce *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in Enc. giur. Roma 1997, pp. 6 e ss.; M. DE BENEDETTO, voce *Autorità indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, pp. 588 e ss.; F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano 1993, pp. 151 e ss.; F. LONGO, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna 1996, pp. 13 e ss.; V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in "Foro amm.", 1997, pp. 341 e ss.; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze 1997; F. GRASSINI, *Introduzione: i perché dell'indipendenza*, in ID. (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna 2001, pp. 5 e ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005, p. 18; A. LA SPINA, S. CAVATORTO, *Le Autorità indipendenti*, Bologna 2008, pp. 19 e ss.; F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna 2011, pp. 87 e ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino 2012; E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA, *Attività economiche e attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino 2007.

⁹ S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in "Mercato concorrenza regole", n. 2/2002, pp. 265 e ss.; si v. anche G. TESAURO, M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000.

nell'organizzazione o nelle competenze di organi già esistenti (si pensi alla Banca d'Italia e alla CONSOB).

Il modello si è poi diffuso in altri ambiti (per esempio, parità di accesso delle forze politiche ai mezzi d'informazione, sciopero nei servizi pubblici essenziali), sia per meglio tutelare diritti garantiti dalla Costituzione, sia, ancora, per effetto del diritto europeo (si pensi al Garante dei dati personali).

Le ricadute del diritto dell'Unione europea sull'ordinamento italiano, tanto sotto il profilo del sistema delle fonti,¹⁰ quanto sotto quello dell'organizzazione amministrativa sono da tempo oggetto dell'attenzione e delle riflessioni degli studiosi.¹¹

È interessante domandarsi se il diritto dell'Unione condizioni ormai anche il sistema interno dei poteri.

Il quesito sorge proprio dall'esame delle Autorità indipendenti.

Infatti, anche se alcuni autori considerano questi organi un «quarto potere»,¹² buona parte della dottrina¹³ e una

¹⁰ Tra le pubblicazioni più recenti, si v. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Padova 2012, pp. 63 e ss.; M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna 2011, pp. 756 e ss..

¹¹ Si v. C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa italiana*, in M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritti amministrativo europeo*, Milano 2007, pp. 863 e ss.; L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano 2007.

¹² S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino 2002, p. 108; E. CHELLI, *Intervento*, in ISLE, *Disciplina generale delle Autorità indipendenti*, in "Rass. parl.", 1999, pp. 931 e ss.; C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, p. 79; F. CRISCUOLO, *I poteri ispettivi e sanzionatori delle Autorità indipendenti fra conflitti di attribuzione e garanzie procedimentali*, in R. DI RAIMO, V. RICCIUTO, *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, p. 360.

¹³ G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI, (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze 1997; M.

giurisprudenza unanime, con argomenti persuasivi, li riconducono nell'ambito della pubblica amministrazione.¹⁴

Le Autorità, infatti, non rientrano nel potere legislativo, perché non possono emanare atti aventi forza di legge e non sussistono legami di reale dipendenza da altri organi di questo potere.

Né appartengono al potere giudiziario, sia perché estranee all'ordinamento giudiziario, sia perché, come si vedrà, i loro provvedimenti sono sempre sindacabili innanzi al giudice ordinario o a quello amministrativo.¹⁵

Rimane, allora, il potere esecutivo e a questo le Autorità possono essere ricondotte se si considera che la legge conferisce loro determinati poteri al fine di perseguire interessi pubblici, di rango costituzionale, come la tutela della concorrenza sui mercati, la protezione dei consumatori, la garanzia dei dati personali, la trasparenza e correttezza sui mercati finanziari.¹⁶

CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano 2007; V. ANGIOLINI, *Le «autorità» alla ricerca dell'«indipendenza»*, in "Amministrare" n. 1-2/2000, pp. 5 e ss..

¹⁴ Da ultimo, si v. Cons. St., sent. n. 6014 del 2012, che ha qualificato l'AEEG e l'AGCOM come «amministrazioni pubbliche in senso stretto», perché sono composte da soggetti ai quali è attribuito lo *status* di pubblici ufficiali, svolgono «compiti propri dello Stato» esercitando poteri normativi, sanzionatori, di controllo «direttamente incidenti sulla vita dei consociati che si giustificano solo in forza della natura pubblica che deve – necessariamente – essere loro riconosciuta». Per altri esempi si v. Cass., sent. n. 6681 del 2011 (CONSOB), Cons. St., sent. n. 1397 del 2006 (AGCM), Cons. St., sent. n. 4521 del 2005 (Banca d'Italia), Cass., sent. n. 7341 del 2002 (Garante dei dati personali). La tesi è condivisa anche dal *Documento conclusivo* dell'indagine conoscitiva deliberata nella XVI legislatura, p. 43, secondo cui i compiti attribuiti alle Autorità «potrebbero essere affidati alla pubblica amministrazione ordinaria».

¹⁵ G. GUARINO, *Le Autorità garanti nel sistema giuridico*, p. 42.

¹⁶ Sulla qualificazione di questi interessi come interessi pubblici e non interessi diffusi si v. M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, pp. 410 e ss., il quale osserva che «nel momento in cui si costituisce un organo pubblico per la tutela di un determinato interesse,

L'eterogeneità dei compiti loro attribuiti non rappresenta un ostacolo insuperabile, perché funzioni normative o di risoluzione delle controversie sono state attribuite anche in passato a organi amministrativi.¹⁷

Eppure, proprio collocando le Autorità nell'ambito della pubblica amministrazione, emergono svariate problematiche, come risulta anche dalle due indagini parlamentari indette sull'argomento a distanza di dieci anni l'una dall'altra.¹⁸

In primo luogo, occorre mettere in relazione i poteri normativi loro attribuiti con il principio di legalità e con le riserve di legge poste dalla Costituzione.

In secondo luogo, ci si domanda se il sindacato giurisdizionale che, anche contro i loro atti, è sempre ammesso, debba essere differente rispetto a quello sull'attività della pubblica amministrazione, in considerazione della natura «paragiurisdizionale» di alcune delle loro funzioni.

Infine, soprattutto, è necessario chiedersi se il potere esecutivo, cui sono state ricondotte le Autorità, sia ancora un

infatti, questo interesse è assunto come meritevole di tutela da parte dell'organizzazione pubblica, dissolvendosi nell'interesse "pubblico" da questa perseguito».

¹⁷ *Contra* M. MANETTI, *Il garante della par condicio: potere illegittimo, autorità amministrativa indipendente, o potere dello Stato?*, in F. MODUGNO, *Par condicio e Costituzione*, Milano 1997, p. 102, secondo cui le funzioni delle Autorità «vanno bel al di là di quelle della p.a. tradizionale». Sulle funzioni non meramente esecutive della pubblica amministrazione si v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1993, pp. 81 e ss.; G. SILVESTRI, voce *Poteri dello Stato*, pp. 694 e ss.; B.G. MATTARELLA, voce *Attività amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, pp. 520 e ss..

¹⁸ La prima è stata deliberata nella XIII legislatura dalla Commissione I (Affari costituzionali) della Camera dei deputati, è stata inaugurata il 19 gennaio 1999 e si è chiusa il 4 aprile 2000. Nella XVI legislatura, la stessa Commissione ha deliberato una nuova indagine, apertasi il 2 febbraio 2010 e terminata il 16 febbraio 2012.

potere accentrato che si risolve «nell'intero Governo, in nome dell'unità di indirizzo politico ed amministrativo proclamata dall'art. 95, primo comma, Cost.». ¹⁹

Ciascuno dei tre temi individuati – nell'esame dei quali si cercherà di accogliere il monito a evitare le «semplificazioni unificanti»²⁰ – verrà affrontato tenendo in considerazione l'influenza del diritto dell'Unione europea che esige la creazione di Autorità dotate d'indipendenza al fine di proteggere valori – come la concorrenza o la stabilità monetaria – che non sono più solo nazionali, ma che hanno un rango «costituzionale» nel diritto dell'Unione, trovando riconoscimento nei Trattati e, per quanto riguarda la tutela dei dati personali, anche nella Carta dei diritti fondamentali.²¹

Per tale ragione, nell'esame dell'organizzazione delle Autorità ci s'interrogherà sui casi in cui la loro indipendenza può trovare fondamento nell'ordinamento europeo (comunitario).

¹⁹ Corte cost., ord. n. 123 del 1979; tra le ultime pronunce, si v. Corte cost., sent. n. 69 del 2009.

²⁰ G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in "Riv. trim. dir. pubbl.", 1997, pp. 645 e ss., secondo cui questi organi si distinguerebbero proprio per il diverso grado d'indipendenza di cui godono.

²¹ U. DE SIERVO, *La difficile costituzione europea e le scorciatoie illusorie*, in ID. (a cura di), *La difficile costituzione europea*, Bologna 2001, p. 115, afferma che può parlarsi dei Trattati europei come di una costituzione se con questo termine s'intende l'insieme di regole volte a disciplinare la produzione normativa e l'azione politico-amministrativa dell'Unione. La Corte di giustizia, nella sent. 23 aprile 1986, C-294/83, *Les Verts*, già definiva i Trattati come la Costituzione dell'Unione. Di «ordinamento costituzionale in transizione» parla A. BARBERA, *Esiste una costituzione europea?*, in "Quad. cost.", 2000, p. 80. Il termine è criticato da chi, come M. LUCIANI, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, in G. BONACCHI, *Una Costituzione senza Stato*, Bologna 2001, p. 77, sospetti sia usato per "accreditare l'idea che il processo di integrazione sia giunto ad una stazione dalla quale, in realtà, è ancora lontano».

Nell'analisi dei poteri di regolazione ci si domanderà in quali casi e con quali limiti la normativa europea (comunitaria) possa soddisfare le esigenze poste alla base delle riserve di legge previste dalla Costituzione.

Lo studio delle funzioni «paragiurisdizionali», inoltre, in particolare di quelle dell'Autorità garante della concorrenza, non potrà prescindere dalla configurazione che di queste danno il diritto europeo (comunitario) e la giurisprudenza della Corte di giustizia, nonché quella della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In questa prospettiva, infine, si esamineranno alcuni profili di giustizia costituzionale, muovendo dalla convinzione che questi non possano essere affrontati in un'ottica meramente interna, ma debbano tener conto della dimensione sovranazionale.²²

Ci si domanderà, quindi, quale sia e quale possa essere l'influenza del diritto dell'Unione sulla possibilità, per le Autorità, di sollevare questione incidentale di costituzionalità, di effettuare rinvio pregiudiziale, di disapplicare le leggi e, soprattutto, di essere parte dei giudizi per conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato.

È questo il punto di arrivo del lavoro: dimostrare che il fondamento europeo possa, in alcuni casi, aprire le porte del giudizio sui conflitti a organi che le avevano trovate sbarrate.²³

²² B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2012, p. 16.

²³ Corte cost., ord. n. 226 del 1995, ha negato la legittimazione del Garante per la radiodiffusione e l'editoria, istituito con la legge n. 223 del 1990. In seguito, Corte cost., ord. n. 137 del 2000, ha negato la legittimazione dell'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni, istituita con la legge n. 249 del 1997 in luogo dello stesso Garante.

Ne deriverebbe la constatazione che, in forza del diritto dell'Unione, siano stati introdotti degli elementi di diffusione all'interno del potere esecutivo.

Significherebbe ammettere che il processo d'integrazione europea, che tanto ha inciso sul sistema delle fonti, condiziona (e condiziona) anche la forma di governo.

CAPITOLO I

L'INDIPENDENZA DELLE VARIE AUTORITÀ E LE SUE DIVERSE GARANZIE

1. Imparzialità, neutralità, indipendenza. Una premessa.

Imparzialità, neutralità e indipendenza sono concetti chiave per esplorare l'arcipelago delle Autorità e, pur senza poterli approfondire come meriterebbero, è opportuno fornirne una breve descrizione.

L'«imparzialità dell'amministrazione» è uno dei due principi di cui il legislatore deve assicurare il rispetto nell'organizzare i pubblici uffici, secondo l'art. 97, co. 2, Cost..

Secondo la ricostruzione della dottrina, l'*imparzialità* consiste nella posizione della pubblica amministrazione rispetto ai vari interessi coinvolti dall'esercizio del suo potere che, da un lato, le vieta di operare discriminazioni o favoritismi tra di essi (ricollegandosi così al principio di eguaglianza), dall'altro le impone di valutarli tutti attentamente nel pervenire alla sua decisione.¹

Anche il giudice, secondo l'art. 111, co. 2, Cost., deve essere «imparziale», ma i due tipi d'imparzialità non sono coincidenti.

L'amministrazione, infatti, non è indifferente ai vari interessi coinvolti, ma esercita il potere pubblico al fine di

¹ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2012, p. 1055; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova 1974, p. 96; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova 1973, p. 120; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, p. 62; S. SATTA, voce *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in "Enc. giuri."

raggiungere un determinato obiettivo posto dalla legge; il giudice, al contrario, è disinteressato rispetto ai fini cui conduce l'applicazione della legge e si pone in posizione di terzietà rispetto agli interessi coinvolti.²

L'imparzialità del giudice si avvicina alla *neutralità*, intesa come assoluta indifferenza rispetto a questi interessi.³

È stato messo in luce come nei sistemi giuridici occidentali ricorra spesso l'aspirazione a sottrarre agli organi politici, dominati dalla «lacerante presenza del principio di maggioranza», la responsabilità di comporre i conflitti tra i molteplici interessi presenti nella società, per affidarla a organi «neutrali» rispetto a questi e dotati della competenza per decidere sulla base di criteri «tecnici», ritenuti oggettivi.⁴ Si tratta, tuttavia, di un'idea illusoria, perché dal dato tecnico non deriva nessuna decisione unica, ma che ha avuto e ha ancora fortuna.⁵

Una delle forme di manifestazione di quest'aspirazione consiste nell'affidare a organi amministrativi un ruolo arbitrale per la soluzione di conflitti tra vari interessi, seguendo regole

² N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna 2011, p. 119, i quali, poi, p. 133, distinguono ulteriormente tra l'imparzialità come qualità del magistrato in quanto tale, quale assenza di pre-giudizi, e la terzietà come caratteristica del giudice nel processo, distinto dalle parti.

³ *Ibidem*, p. 117, i quali comunque precisano che l'imparzialità non s'identifica con la neutralità, che presupporrebbe «un'irrealistica "asetticità" del decisore, ma consiste nella capacità di decidere la controversia senza parteggiare per nessuno dei contendenti. Sulla neutralità si v. altresì L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, p. 83; A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in ID., *Scritti giuridici*, Napoli 1990, vol. II, pp. 261 e ss..

⁴ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, pp. 1 e ss..

⁵ C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in ID., *Le categorie del "politico"*, Bologna 1998, p. 178.

procedimentali che non a caso si modellano sul processo giurisdizionale.⁶

L'indipendenza, infine, nell'ordinamento italiano è soprattutto una qualità del giudice, che è sottratto a qualsiasi interferenza dell'autorità di governo o di altri soggetti e, nell'esercizio delle sue funzioni, è soggetto soltanto alla legge.⁷ Accanto a questo profilo di natura funzionale, l'indipendenza ha anche un profilo istituzionale, che consiste in un insieme di regole volte, appunto, a sottrarre il giudice da ogni pressione esterna, consentendogli di esercitare liberamente le proprie funzioni.⁸

Grazie a questi tre concetti è possibile analizzare le varie Autorità indipendenti, verificando se e in quali casi queste si distinguano dagli altri organi della pubblica amministrazione.

Quest'ultima, infatti, non è configurata dalla Costituzione come «indipendente», – aggettivo riservato ad altri organi: la magistratura, la Corte costituzionale, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti – né come neutrale, ma piuttosto come imparziale,⁹ qualità che, è stato osservato, preserva l'azione amministrativa da un'indebita ingerenza d'interessi estranei alla

⁶ F. CARINGELLA, *Manuale*, p. 1057.

⁷ S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna 1997, p. 432; N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, pp. 57 e ss., che sottolineano il legame tra l'indipendenza del giudice e la sua soggezione «soltanto alla legge» (art. 101, co. 2, Cost.).

⁸ S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, p. 451; N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, p. 66.

⁹ Per questo, V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, p. 76, sostiene che parlare d'indipendenza rispetto alle Autorità comporti l'uso di una «terminologia imprecisa (non tecnica sul piano costituzionale)».

funzione, ma non esclude una sua conformità agli indirizzi generali adottati dagli organi competenti alla stregua del sistema democratico.¹⁰

Le Autorità indipendenti, invece, si caratterizzano proprio per l'indipendenza e per una (presunta) neutralità.¹¹

Se la prima caratteristica solleva delle problematiche con riferimento alla forma di governo,¹² l'affidamento a questi organi di poteri decisori senza limiti stringenti, si è segnalato, comporterebbe una trasformazione della forma di Stato.¹³

2. Gli «indici rivelatori» che caratterizzano le Autorità. L'indipendenza funzionale.

L'arcipelago delle «Autorità amministrative indipendenti», come ormai le definisce il legislatore,¹⁴ comprende organi assai eterogenei, al punto che risulta «impossibile indicare in modo

¹⁰ L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, p. 101; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico*, p. 120.

¹¹ Sull'Autorità garante della concorrenza come organo neutrale, per esempio, si v. in letteratura M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005, p. 85; nella giurisprudenza costituzionale, si v. Corte cost., sent. n. 32 del 1991, che definisce «neutrale» la posizione della Commissione di garanzia istituita dalla legge n. 146/1990 sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali rispetto alla «dialettica del conflitto fra il datore di lavoro e le forze sindacali»; lo stesso aggettivo è riferito, sebbene con maggior cautela, da Corte cost., sent. n. 88 del 2009, all'Autorità per l'energia elettrica e il gas rispetto agli interessi cui è preposta.

¹² V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, p. 77, avanza l'ipotesi che l'esistenza delle autorità impedisca ormai di ascrivere la forma di governo italiana al sistema parlamentare.

¹³ M. MANETTI, *Poteri neutrali*, p. 11 e voce *Autorità indipendenti*, Bologna 2005, p. 9.

¹⁴ Si v., tra gli altri, gli artt. 119 e 134 del codice del processo amministrativo (c.p.a.), approvato con d.lgs. 104/2010, l'art. 23 del d.l. 201/2011, convertito con modificazioni dalla l. 214/2011.

puntuale caratteristiche comuni in senso assoluto a tutte le autorità indipendenti».¹⁵

La giurisprudenza amministrativa, comunque, ha individuato alcuni «indici rivelatori» la cui presenza «in maniera prevalente» consente di qualificare un'Autorità pubblica come indipendente.

Il Consiglio di Stato, nell'attribuire tale qualifica alla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT), ha argomentato a partire dalle seguenti caratteristiche: l'espressa qualificazione normativa; la natura delle funzioni e la loro riferibilità alla tutela di valori di rilevanza costituzionale, che la legge intende sottrarre alla responsabilità politica di governo; la mancanza di poteri di direttiva o di indirizzo in capo al Governo; l'autonomia organizzativa e di bilancio; il particolare *status* dei componenti dell'organo; i rapporti con le altre istituzioni e la posizione complessiva dell'organismo nel sistema.¹⁶

Tra questi indici, caratteristico del modello – come si è visto nell'*Introduzione* a proposito delle *Independent Regulatory Commissions* – è innanzitutto l'indipendenza funzionale, che consiste nella sottrazione ai poteri d'indirizzo governativi, in

¹⁵ F. CARINGELLA, *Manuale*, p. 781.

¹⁶ Cons. St., parere n. 1081/2010, che, esprimendosi su un quesito proposto dalla stessa CIVIT, ha escluso che questa rientrasse nell'ambito di applicazione del d.lgs. 165/2001 sul lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, proprio in virtù della sua indipendenza. Gli stessi indici sono stati applicati anche nel parere n. 1721/2011, che sul presupposto dell'autonomia nella definizione del trattamento giuridico ed economico a essa riconosciuta, ha escluso l'applicabilità alla CONSOB del c.d. divieto di *reformatio in pejus* dello stipendio per gli impiegati pubblici in caso di passaggio di carriera a un'altra amministrazione.

particolare quelli di adottare direttive e verificarne il rispetto, che consentono al Presidente del Consiglio di mantenere l'unità di indirizzo politico ed amministrativo.¹⁷

Questo tratto peculiare differenzia le Autorità da altre strutture, come le Agenzie, che pure godono, almeno formalmente, di una «piena autonomia nei limiti stabiliti dalla legge», ma che rimangono sottoposte ai poteri d'indirizzo e di vigilanza del Ministro di riferimento, che detta gli obiettivi da raggiungere e, per esempio, può effettuare ispezioni «per accertare l'osservanza delle prescrizioni impartite».¹⁸

Le Autorità, per espressa disposizione legislativa, devono svolgere le funzioni affidate loro «in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione».¹⁹

L'indipendenza funzionale rappresenta la lente attraverso la quale leggere l'elenco di «Autorità amministrative

¹⁷ Art. 5, co. 2, l. 400/1988. M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 64, sottolinea che nel caso di questi organi «la funzione di indirizzo politico-amministrativo spettante ai ministeri di riferimento è stata formalmente eliminata». In letteratura, si v. altresì G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano 2006, p. 36; V. RICCIUTO, *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano*, p. 352; C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2003, p. 313; F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, p. 88.

¹⁸ Art. 8, d.lgs. 300/1999.

¹⁹ Questa la formula utilizzata per l'AGCM (art. 10, l. 287/1990), per le Autorità di regolazione per i servizi di pubblica utilità (art. 2, l. 481/1995) – come l'AEEG, l'AGCOM e l'Autorità di regolazione dei trasporti – per il Garante dei dati personali (art. 153, d.lgs. 196/2003); l'AVCP è «connotata da indipendenza funzionale, di giudizio e di valutazione e da autonomia organizzativa» (art. 6, d.lgs. 163/2006); la CIVIT «opera in posizione di indipendenza di giudizio e di valutazione e in piena autonomia»; i componenti dell'IVASS, succeduto all'ISVAP il 1 gennaio 2013, operano «con piena autonomia e indipendenza e non sono sottoposti alle direttive di altri soggetti pubblici o privati».

indipendenti» contenuto nel decreto legge n. 201 del 2011, convertito con modificazioni dalla legge n. 9 del 2012.

La lista deve essere valutata con molta cautela, perché non è volta a individuare le Autorità amministrative indipendenti, ma a indicare alcuni organi pubblici dei quali ridurre il numero dei componenti, per esigenze di risparmio della spesa pubblica.

Comunque, anche per comodità espositiva, rappresenta un buon punto di partenza per iniziare ad analizzare le Autorità indipendenti.

L'elenco fornito dal legislatore comprende l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), l'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG), l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), la Commissione nazionale per la società e la borsa (CONSOB), l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (ISVAP),²⁰ la Commissione per la vigilanza sui fondi pensione (COVIP), la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT), la Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (CGS).²¹

L'esame dell'elenco consente, innanzitutto, di notare un «intruso»: non può rientrare tra le Autorità indipendenti un

²⁰ Il 1 gennaio 2013 all'ISVAP è succeduto un nuovo organo, l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni, istituito dall'art. 13, d.l. 95/2012.

²¹ Art. 23, d.l. 201/2011 (c.d. «Salva Italia»), sul quale si v. G. PUCCINI, *Il problema dell'identificazione delle autorità indipendenti fra giurisprudenza amministrativa e decreto «salva-Italia»*, in www.osservatoriosullefonti.it.

organo come la COVIP, che è sottoposto all'«alta vigilanza» del Ministro del lavoro.²²

In secondo luogo, risaltano alcune assenze: tra le Autorità indipendenti devono essere ricompresi la Banca d'Italia²³ e il Garante per la protezione dei dati personali, che godono di un'indipendenza funzionale piena, nonché l'Autorità di regolazione dei trasporti (istituita dallo stesso decreto).

²² Art. 18, d.lgs. 252/2005. Secondo F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, pp. 61 e ss., la COVIP, la CIVIT e l'AVCP – oltre ad altri organi non inclusi nell'elenco dell'art. 23, d.l. 201/2011 – sarebbero delle «false autorità indipendenti», in quanto «nulla hanno a che fare con l'indirizzo politico governativo, né esistono plausibili motivi per sottrarle al principio della responsabilità ministeriale».

²³ Per lungo tempo, la Banca d'Italia [sulla cui storia si v., tra gli altri, F. COTULA, M. DE CECCO, G. TONIOLO (a cura di), *La Banca d'Italia. Sintesi della ricerca storica 1893-1960*, Roma 2003] non è stata compresa nel novero delle Autorità amministrative indipendenti, non solo perché istituita ben prima dell'«erompere» di questi organismi nel sistema italiano, ma anche perché s'inserisce in un sistema – quello del credito – al cui vertice sono posti organi politici e perché, per origine, storia e struttura, è «non solo un'amministrazione pubblica, ma anche l'ente esponenziale del sistema creditizio» [B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*; A. PACE, *Problematica*, p. 258]. Tuttavia, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza (Cons. St., sent. n. 4521 del 2005) e, soprattutto, dallo stesso legislatore (che, prima, ha eliminato il potere di direttiva prima attribuito al Comitato interministeriale per il credito e il risparmio, poi, nell'art. 133, lett. l), c.p.a., ha accomunato la Banca ad altre Autorità tradizionalmente considerate indipendenti nel fondare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), la sua posizione d'indipendenza rispetto al Governo e le funzioni di vigilanza esercitate inducono a ritenerla un'Autorità indipendente vera e propria [in letteratura, per questa tesi si v. V. MEZZACAPO, *L'indipendenza della Banca d'Italia*, in F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano 1993; A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna 2000, p. 303 e ss.; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino 1999, p. 127; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in “Banca impresa società”, 2003, pp. 39 e ss.]. Non escludono l'indipendenza i poteri di «alta vigilanza» ancora attribuiti al CICR, in quanto questi non si traducono nella possibilità di controllare l'attività della Banca d'Italia, ma devono essere intesi «alla stregua di una funzione di indirizzo destinata a trovare attuazione essenzialmente attraverso l'esercizio del potere normativo» [O. CAPOLINO, *Le Autorità*, in E. GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova 2008, p. 178].

Inoltre, l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (ISVAP) è stato soppresso dal decreto legge n. 95/2012, convertito con modificazioni dalla l. 135/2012, che ne ha trasferito le funzioni e i poteri all'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS), creato dallo stesso decreto.²⁴

L'IVASS, che ha iniziato a operare il 1 gennaio 2013, appare caratterizzato da un'indipendenza più marcata rispetto all'ISVAP, tanto sul piano funzionale, quanto su quello istituzionale.

Infatti, mentre quest'ultima era tenuta a svolgere le sue funzioni «nell'ambito delle linee di politica assicurativa determinate dal Governo», l'attività d'indirizzo e direzione strategica del nuovo organo spetta al direttorio della Banca d'Italia, integrato dai due consiglieri dell'IVASS.²⁵

Anche sotto il profilo istituzionale, la nomina dei componenti dell'IVASS, a differenza di quelli dell'ISVAP, è sottratta agli organi politici, come si vedrà *infra*, I.4.4.

Con l'istituzione dell'IVASS, quindi, è stato «neutralizzato» un settore, quello assicurativo, nell'ambito del quale in precedenza il Governo conservava un potere d'indirizzo.

Tra le Autorità comprese nell'elenco che si è assunto come punto di partenza dell'analisi, infine, l'indipendenza funzionale assume forme diverse, confermando l'insegnamento della

²⁴ Art. 13, d.l. 95/2012, convertito con modificazioni dalla l. 135/2012.

²⁵ Art. 4, l. 576/1982.

dottrina, secondo cui si tratta di una caratteristica relativa²⁶ e per sua natura graduabile.²⁷

Le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, per esempio, sono chiamate a tenere conto degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo,²⁸ anche se quest'ultimo, comunque, è privo di strumenti per verificarne il rispetto.²⁹

Anche la CONSOB non gode di un'indipendenza funzionale assoluta, in quanto nella nomina dei suoi componenti si tiene conto dei fini e degli indirizzi di gestione da perseguire (come si vedrà *infra*, I.4.2).

Gode d'indipendenza piena, quantomeno rispetto all'esecutivo nazionale (ma è subordinata a un potere di avocazione dei procedimenti da parte della Commissione europea, come si vedrà *infra*, IV.4) l'Autorità garante della concorrenza nell'accertamento e nella repressione delle intese anticompetitive e degli abusi di posizione dominante. Tuttavia, questa stessa Autorità deve seguire i criteri dettati dal Consiglio dei Ministri

²⁶ M. S. GIANNINI, *Saggio sui concetti di autonomia*, in "Riv. trim. dir. pubbl.", 1951, p. 864.

²⁷ S. STAMMATI, *Tre questioni in tema di «Autorità amministrative indipendenti»*, in ASSOCIAZIONE DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Autorità indipendenti*, pp. 73 e ss..

²⁸ Art. 1, l. 481/1995. Come puntualizza M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 120, «un raccordo minimale tra attività delle autorità indipendenti e indirizzo politico generale non è incompatibile con il modello».

²⁹ Si v., tra gli altri, S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in ID., *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 196; M. PASSARO, *Autorità o amministrazioni indipendenti? L'ambito semantico e l'identità concettuale*, in ASSOCIAZIONE DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova 1999, pp. 187 e ss.; G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, p. 38. Il reclamo al CICR avverso i provvedimenti della Banca d'Italia, previsto dall'art. 9 del d.lgs. 385/1993, è espressione di una funzione giustiziale più che d'indirizzo e controllo amministrativo in senso proprio (M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, p. 44).

nell'autorizzare in via eccezionale operazioni di concentrazione vietate.³⁰

Del diverso grado d'indipendenza funzionale delle varie Autorità si dovrà tener conto nell'analizzarne la compatibilità con le norme costituzionali sulla pubblica amministrazione che (come si è visto *supra*, I.1) non la configurano come indipendente.

3. Indipendenza funzionale e controllo parlamentare.

La sottrazione di alcune Autorità al potere d'indirizzo e controllo governativo rende particolarmente importante il fatto che queste rendano conto al Parlamento dell'attività svolta.

Le varie leggi istitutive prevedono la presentazione di una Relazione annuale, ma questa modalità è ritenuta insufficiente, soprattutto se si considera che i documenti presentati non sono oggetto di un dibattito.³¹

Certamente, il controllo del Parlamento non può spingersi sino a interferire con l'esercizio delle funzioni assegnate alle Autorità ma, anche sotto il profilo dell'esame pubblico della loro attività, esso appare inferiore rispetto a quello esercitato sulla pubblica amministrazione «tradizionale».

I Regolamenti di Camera e Senato, infatti, consentono alle Commissioni di chiedere la comparizione di dirigenti e funzionari pubblici, con alcune differenze: il primo fa riferimento agli «enti pubblici anche con ordinamento autonomo», mentre il secondo si limita agli enti sottoposti al controllo dei Ministri; inoltre, solo

³⁰ Art. 25, l. 287/1990.

³¹ R. CHIEPPA, G.P. CIRILLO, *Introduzione*, p. 25. Si v. anche il *Documento conclusivo* dell'indagine conoscitiva deliberata nella XIII legislatura, p. 207.

quest'ultimo prevede l'intervento «di singoli funzionari e amministratori» oltre che dei dirigenti pubblici.³²

Non sembra che vi siano ampi margini per riferire queste due norme anche alle Autorità indipendenti.

Certamente, non è applicabile quella del Regolamento del Senato, perché le Autorità non sono sottoposte al controllo dei Ministri.

Margini maggiori sembrano esserci per la norma del Regolamento della Camera, perché il concetto di «enti pubblici anche con ordinamento autonomo» è abbastanza ampio e generico da potervi ricomprendere anche le Autorità.

E, in effetti, la prassi parlamentare si è fondata su questa disposizione per convocare, quando necessario, i componenti delle Autorità, senza farsi ostacolare dal fatto che essa presupporrebbe una qualche forma di vigilanza sull'organo da cui proviene il funzionario che la Camera intende sentire.

Infatti, l'espressione utilizzata – *Ministro competente* – la rende applicabile anche a quelle Autorità indipendenti che regolano un settore per il quale sia comunque possibile individuare un Ministro competente, il quale si farà portatore della convocazione presso l'Autorità.

Si tratterà, di solito, del Ministro che svolge un ruolo nel procedimento di nomina: si pensi al Ministro per lo Sviluppo economico rispetto all'AEEG, o del Presidente del Consiglio dei Ministri con riferimento alla CONSOB (si v. *infra* I.4.3).

³² Art. 143, Reg. Cam., art. 47, Reg. Sen..

La norma non sarebbe applicabile alle Autorità indipendenti nominate dal Parlamento e per le quali è difficile individuare un Ministro «competente», come l’Autorità garante della concorrenza o la Commissione di garanzia della legge sullo sciopero nei servizi pubblici (si v. *infra*, I.4.1).

Per queste Autorità, la soluzione per rafforzare il controllo parlamentare può consistere in una modifica dei Regolamenti parlamentari che prevedano espressamente la possibilità di convocarne i membri.³³

Anche se finora, comunque, le Autorità hanno partecipato, a diverse indagini conoscitive, quando richiesto, si ritiene che una riforma dei regolamenti parlamentari sia necessaria per consentire al Parlamento un esame più puntuale della loro attività, al fine di evitare che queste, già sottratte alla vigilanza del Governo, risultino sottratte anche a quella delle Camere.

Il rischio che questo induca le Autorità «a rispondere in un certo qual senso alla maggioranza» non pare fondato,³⁴ se il Parlamento rimane privo della possibilità di «sanzionare» i commissari.

Il controllo parlamentare, tuttavia, risulterà importante sia per individuare le eventuali modifiche legislative da apportare al sistema dei poteri delle Autorità, sia, più in generale, al fine

³³ In tal senso, si v. entrambi i *Documenti conclusivi* delle indagini conoscitive deliberate, rispettivamente, nella XIII legislatura (p. 223) e nella XVI legislatura (p. 24), disponibili al sito www.camera.it.

³⁴ G.C. PINELLI, *L'autorità garante per la concorrenza e il mercato*, in www.forumcostituzionale.it.

d'influire sugli orientamenti dell'opinione pubblica circa lo stesso modello delle Autorità.³⁵

4. Indipendenza e nomina dei componenti delle Autorità.

L'indipendenza delle Autorità sul piano funzionale è garantita, sul piano istituzionale, in primo luogo dalla loro struttura collegiale, che si ritiene le renda meno soggette alle pressioni esterne rispetto agli organi monocratici.³⁶

In secondo luogo, dalle speciali procedure di nomina dei loro componenti, nelle quali il potere del Governo è temperato dalla partecipazione del Parlamento (e anche questo, si ricorderà, è tipico del modello americano delle *Independent Regulatory Commissions*).

4.1 Le Autorità di nomina parlamentare.

Quando ha voluto assicurare la massima indipendenza dell'organo rispetto al Governo, il legislatore lo ha estromesso dal procedimento di nomina.

È il caso della Commissione di garanzia della legge sullo sciopero,³⁷ dell'Autorità garante della concorrenza³⁸ e

³⁵ Come messo in luce da E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano 1961, p. 146, nella prassi parlamentare la funzione ispettiva delle Camere «tende a svincolarsi, sostanzialmente se non formalmente, dall'area dell'indirizzo di maggioranza» e ha piuttosto lo scopo di orientare le scelte del corpo elettorale. Sull'importanza del controllo parlamentare come mezzo d'influenza sulla pubblica amministrazione si v. M. WEBER, *Parlamento e Governo*, p. 59.

³⁶ M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 44.

³⁷ Art. 12, l. 146/1990. I membri della Commissione sono stati ridotti da nove a cinque dall'art. 23, d.l. 201/2011.

³⁸ Art. 10, l. 287/1990. I membri dell'Autorità garante della concorrenza sono stati ridotti da cinque a tre dall'art. 23, d.l. 201/2011.

dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici,³⁹ i cui componenti sono scelti mediante un'intesa tra i Presidenti delle due Camere.

La logica sottesa a questo procedimento di nomina è stata messa in luce dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 482 del 1995, che ha rigettato le censure proposte da alcune Regioni e Province autonome, le quali sostenevano che i poteri dell'AVCP violassero le loro competenze in materia di ordinamento degli uffici e di lavori pubblici.⁴⁰

Il giudice delle leggi ha argomentato muovendo dalla funzione «di vigilanza e garanzia» svolta da quest'organo sul rispetto dei principi che devono ispirare l'attività amministrativa in materia di lavori pubblici, improntata a procedure trasparenti, sull'osservanza del diritto europeo (comunitario) e della libera concorrenza tra gli operatori.⁴¹

Nello svolgere tali funzioni, l'Autorità è chiamata a operare «in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo e agli organi di ogni amministrazione» e per questo i suoi componenti sono nominati d'intesa dai Presidenti delle Camere.⁴²

Si può ritenere che la stessa logica sia alla base del procedimento per la nomina dell'Autorità garante della concorrenza e della Commissione della legge sullo sciopero, delle quali la giurisprudenza costituzionale, in consonanza con parte della dottrina,⁴³ ha sottolineato le funzioni, rispettivamente, di

³⁹ Art. 6, d.lgs. 163/2006. I membri dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici sono stati ridotti da sette a tre dall'art. 23, d.l. 201/2011.

⁴⁰ Corte cost., sent. n. 482 del 1995.

⁴¹ *Ivi.*

⁴² *Ivi.*

⁴³ G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, pp. 661 e ss..

garanzia dell'assetto concorrenziale del mercato⁴⁴ e di tutela «dei diritti fondamentali della persona, in vista dei quali la legge ha, appunto, introdotti limiti e condizioni alla possibilità di ricorso allo sciopero».⁴⁵

Tuttavia, la regola che affida la nomina dei commissari a un'intesa tra i Presidenti dei due rami del Parlamento venne congegnata nel vigore della convenzione costituzionale che riservava all'opposizione l'indicazione del Presidente della Camera.

Oggi, con l'instaurarsi di una prassi di segno opposto, la regola non risponde più a quella logica *bipartisan* che aveva ispirato il legislatore, volta a svincolare queste Autorità non solo dall'esecutivo, ma anche dalla maggioranza parlamentare che lo sostiene.⁴⁶

Anche per questo, con particolare riferimento all'Autorità garante della concorrenza, si è sostenuto che se a questa deve

⁴⁴ Corte cost., sent. n. 270 del 2010, che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 4-quinquies, del decreto-legge n. 347 del 2003, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 39 del 2004, introdotto dall'art. 1, comma 10, del decreto-legge n. 134 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 166 del 2008. La norma denunciata autorizzava l'acquisizione di varie compagnie aeree, tra cui Alitalia e AirOne, da parte della società Compagnia Aerea Italiana, sottraendo l'operazione al controllo esercitato dall'AGCM in base all'art. 16, l. 287/1990.

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 32 del 1991. Anche in questo caso, la Corte ha rigettato il ricorso di una Provincia autonoma, secondo la quale l'istituzione della Commissione di garanzia avrebbe violato le proprie competenze in materia di servizi pubblici essenziali. Il giudice delle leggi ha ritenuto che la finalità d'interesse generale perseguita dalla disciplina giustificasse l'intervento della legislazione statale.

⁴⁶ Tra gli altri, si v. C. PINELLI, voce *Atti congiunti dei Presidenti delle Camere*, in Enc. Dir., p. 218; F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, p. 77; G.C. PINELLI, *Autorità garante per la concorrenza e il mercato: l'indipendenza dei commissari e dell'organo*, in www.forumcostituzionale.it.

riconoscersi natura amministrativa, seguendo la giurisprudenza ormai unanime, si dovrebbe consentire al Governo di partecipare al procedimento di nomina.⁴⁷

La tesi è confortata anche da quanto avviene in altri Paesi: la nomina delle autorità di concorrenza francese,⁴⁸ spagnola⁴⁹ e tedesca, per esempio, è governativa (anche se è richiesto il parere delle commissioni parlamentari),⁵⁰ così come negli Stati Uniti i componenti della *Federal Trade Commission* sono scelti dal Presidente e confermati dal Senato.

La proposta, però, desta alcune perplessità se si considera che all’Autorità garante della concorrenza italiana la legge n. 215 del 2004 ha assegnato il compito di vigilare sui conflitti d’interessi dei titolari di cariche di governo, promuovendo la rimozione del membro dell’esecutivo dall’incarico incompatibile e sanzionando le imprese che abbiano tratto vantaggio da quella situazione.⁵¹

Pertanto, finché non verrà riportata questa funzione nel suo alveo naturale del controllo del Parlamento sul Governo, non è opportuno che quest’ultimo partecipi alla nomina dell’AGCM.

⁴⁷ In tal senso, si v. il disegno di legge presentato al Senato nella XV legislatura, in seguito abbandonato, A.S. 1366/2007, sul quale si v. M. MANETTI, *Un passo avanti verso la riforma delle autorità indipendenti*, in “Rass. parl.”, 2007, pp. 291 e ss., secondo cui la nomina governativa, accompagnata al parere parlamentare, assicurerebbe alle Autorità «una legittimazione piena e completa».

⁴⁸ Art. L-461-1 del *Code de commerce*.

⁴⁹ Art. 29 della Ley 15/2007.

⁵⁰ Art. 51 del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*.

⁵¹ In linea generale, Presidente del Consiglio, Ministri e Vice Ministri, sottosegretari di Stato e commissari straordinari del Governo non possono ricoprire cariche o uffici pubblici, né svolgere funzioni in enti di diritto pubblico, società, associazioni professionali, né esercitare attività d’impresa o professionali in materie connesse con la carica di governo, né mantenere qualsiasi tipo di impiego pubblico o privato.

Sottratta al Governo è anche la nomina dei quattro membri che formano il collegio del Garante per la protezione dei dati personali, che vengono nominati dai due rami del Parlamento e provvedono poi a eleggere, al loro interno, il Presidente.⁵²

Il Garante, quindi, unisce a un'indipendenza funzionale piena (si v. *supra*, I.2) un'indipendenza assoluta dal Governo sul piano istituzionale.

4.2 La nomina dell'AGCOM condivisa tra Governo e Parlamento.

Le altre Autorità sono nominate dal Governo, ma la procedura di nomina prevede la partecipazione del Parlamento.

È quanto avviene per le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, pur con alcune differenze tra di esse.

Il procedimento di nomina dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, infatti, ne rispecchia la maggior complessità istituzionale: il Presidente è nominato dal Presidente del Consiglio, previa acquisizione del parere vincolante delle Commissioni competenti di Camera e Senato,⁵³ mentre i componenti della Commissione per le infrastrutture e le reti e della Commissione per i servizi e i prodotti sono eletti due dal Senato e due dalla Camera (ciascun parlamentare esprime il voto indicando due nominativi, uno per ogni Commissione).

⁵² I quattro membri del Garante dei dati personali sono eletti «due dalla Camera dei deputati e due dal Senato della Repubblica con voto limitato» (art. 153, d.lgs. 196/2003).

⁵³ Art. 1, l. 249/1997. Il parere delle Commissioni, la cui acquisizione è condizione indispensabile per procedere all'atto di nomina, è espresso a maggioranza dei due terzi dei loro componenti ma, decorsi trenta giorni dalla richiesta, può essere deliberato a maggioranza assoluta (art. 2 l. 481/1995).

Questo sistema era stato congegnato al fine di assicurare la partecipazione delle minoranze parlamentari alla designazione dei membri dell'Autorità, ma il raggiungimento di un simile obiettivo rischia di essere compromesso da un recente intervento del legislatore.

Il decreto legge n. 201 del 2011, infatti, per esigenze di risparmio della spesa pubblica ha ridotto il numero dei componenti di diverse Autorità, tra cui l'AGCOM, senza intervenire sulla disciplina prevista per la loro nomina, che affida a ogni parlamentare due voti.⁵⁴

Nel sistema previgente, con otto commissari, la possibilità della minoranza d'influire sulla nomina era maggiore di quanto non sia ora, con quattro commissari.

Si tratta di una svista che può compromettere l'obiettivo della legge istitutiva dell'AGCOM di sottrarre al controllo esclusivo del Governo e della maggioranza parlamentare che lo sostiene un'Autorità che esercita poteri di regolazione in un settore fondamentale per la democrazia del Paese.

La preoccupazione è accresciuta dal fatto che anche l'AGCOM esercita una funzione di controllo sui conflitti d'interesse dei componenti del Governo, quando la situazione d'incompatibilità riguarda i settori delle comunicazioni, della multimedialità e dell'editoria.

Per questo, si auspica che a questa sconosciuta riforma venga al più presto posto rimedio e l'esempio cui guardare può

⁵⁴ Art. 23, d.l. 201/2011.

essere rappresentato dalle altre Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.

4.3 Le Autorità di nomina governativa previo parere parlamentare.

Il collegio dell’Autorità per energia elettrica e il gas e dell’Autorità per i trasporti è nominato dal Consiglio dei Ministri, previa acquisizione del parere delle Commissioni parlamentari competenti, espresso a maggioranza dei due terzi dei loro componenti.⁵⁵

Qualora le Commissioni parlamentari non riescano a raggiungere tale *quorum* entro trenta giorni dalla richiesta, il parere può essere deliberato a maggioranza assoluta.

Il collegio della CONSOB, invece, è nominato con deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio, e la partecipazione del parlamento assume le più deboli forme della legge n. 14 del 1978, che disciplina le nomine negli enti pubblici.⁵⁶

In particolare, il Governo deve acquisire il parere delle commissioni competenti di Camera e Senato, precisando nella richiesta la procedura seguita per addivenire alla indicazione della candidatura, i motivi che la giustificano secondo criteri di capacità professionale dei candidati, gli incarichi svolti da questi,

⁵⁵ Art. 2, l. 481/1995). Un sistema analogo è previsto per la nomina dei membri della CIVIT, ridotti da cinque a tre dall’art. 23, d.l. 201/2011, i quali provvedono poi a eleggere, al loro interno, il Presidente.

⁵⁶ Art. 1, d.l. 95/1974, come modificato dalla legge di conversione n. 216/1974.

«in relazione ai fini ed agli indirizzi di gestione che si intendono perseguire».⁵⁷

Il parere è espresso a maggioranza semplice e motivato «anche in relazione ai fini ed agli indirizzi di gestione da perseguire».⁵⁸

Questa circostanza, unita alla designazione governativa dei suoi componenti, mette in luce come la CONSOB abbia, quantomeno sulla carta, una minore indipendenza dal Governo rispetto ad altre Autorità, tanto sul piano funzionale, quanto su quello istituzionale.

4.4. La nomina degli organi della Banca d'Italia e dell'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni.

La procedura di nomina degli organi di governo della Banca d'Italia e le regole per la loro revoca sono frutto della storia di questo istituto, nato come struttura a carattere essenzialmente privatistico, poi trasformata in ente di diritto pubblico, infine integrata nel Sistema europeo delle Banche centrali, insieme alle autorità degli altri Stati membri e alla Banca centrale europea.⁵⁹

Il governatore è nominato su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio stesso, sentito il parere del Consiglio superiore della Banca d'Italia, che deve esprimersi a maggioranza dei due terzi.⁶⁰

⁵⁷ Art. 4, l. 14/1978.

⁵⁸ Art. 2, l. 14/1978.

⁵⁹ Per una storia dell'istituto, si v. E. GALANTI, *La storia dell'ordinamento bancario e finanziario italiano fra crisi e riforme*, in ID. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, pp. 25 e ss..

⁶⁰ Art. 19, l. 262/2005.

Il direttore generale e i vice direttori generali, che insieme al governatore compongono il direttorio – al quale spetta la competenza ad assumere i provvedimenti aventi rilevanza esterna relativi all'esercizio delle funzioni pubbliche attribuite dalla legge⁶¹ – sono nominati dal Consiglio superiore, su proposta del governatore, con la presenza di almeno due terzi dei suoi componenti e il voto favorevole di almeno due terzi dei presenti.

La nomina deve poi essere approvata con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto con il Ministro dell'economia, sentito il Consiglio dei Ministri.⁶²

Come si noterà, il Parlamento è del tutto estromesso dalla procedura di nomina, nella quale risalta invece la posizione del Consiglio superiore, organo cui spetta l'amministrazione generale nonché la vigilanza sull'andamento della gestione e il controllo interno della Banca.⁶³

Il Consiglio superiore è composto dal governatore e da tredici consiglieri nominati nelle assemblee dei partecipanti presso le sedi della Banca. Le quote di partecipazione al suo capitale oggi sono per oltre il 90% di proprietà di banche e assicurazioni private.⁶⁴

⁶¹ Art. 21 dello Statuto della Banca d'Italia, deliberato dall'Assemblea dei partecipanti il 28 novembre 2006 e approvato con DPR 24334/2006.

⁶² Art. 17 dello Statuto della Banca d'Italia.

⁶³ Artt. 15 e ss. dello Statuto della Banca d'Italia.

⁶⁴ L'elenco dei partecipanti al capitale della Banca d'Italia è pubblicato sul sito www.bancaditalia.it. L'art. 19, l. 262/2005 prevedeva che, con regolamento da adottare ai sensi dell'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, fossero ridefiniti l'assetto proprietario della Banca d'Italia e le modalità di trasferimento delle quote di partecipazione al suo capitale in

L'esclusione del Parlamento dalla procedura di nomina e il peso attribuito agli organi interni dell'istituto, uniti a un'indipendenza funzionale piena, caratterizzano la Banca d'Italia come organo non solo indipendente, ma anche neutrale, nel senso (visto *supra*, I.1) di organo sottratto all'influenza della politica e chiamato a prendere decisioni sulla base di criteri tecnici.

Il Parlamento non ha voce in capitolo nemmeno nella nomina dei componenti dell'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni (IVASS), che il 1 gennaio 2013 è succeduta all'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (ISVAP).

Il Presidente del nuovo organo, infatti, è indicato direttamente dalla legge nel direttore generale della Banca d'Italia.⁶⁵

Il governatore della Banca, inoltre, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, propone la nomina degli altri due consiglieri, che viene poi deliberata dal Consiglio dei Ministri.

Come sul piano funzionale (si veda *supra* I.2), anche su quello istituzionale l'IVASS appare caratterizzato da una maggiore indipendenza rispetto all'ISVAP, il cui Presidente era designato con deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro dello sviluppo economico, previo parere parlamentare espresso nelle forme della legge n. 14 del 1978 e quindi motivato

possesso di soggetti diversi dallo Stato o da altri enti pubblici. Sinora, il regolamento non è stato adottato.

⁶⁵ Art. 13, d.l. 95/2012.

anche «in relazione ai fini ed agli indirizzi di gestione che si intendono perseguire».⁶⁶

Gli altri componenti del consiglio dell'ISVAP erano nominati con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dello Sviluppo economico, senza la partecipazione delle due Camere.⁶⁷

Con l'istituzione dell'IVASS, quindi, è stato sottratto agli organi politici il settore assicurativo, per affidarlo a un organo «tecnico» sottratto al loro controllo.

4.5. I requisiti previsti per la nomina.

Le leggi istitutive richiedono che i soggetti designati per la nomina presentino alcuni requisiti.

In particolare, i membri dell'Autorità garante della concorrenza devono essere scelti tra persone di «notoria indipendenza»,⁶⁸ quelli del Garante dei dati personali tra soggetti che «assicurano indipendenza»,⁶⁹ gli aspiranti commissari della CONSOB tra chi si distingua per la propria «indiscussa moralità e indipendenza».⁷⁰

I requisiti devono essere letti alla luce dell'indipendenza funzionale dei vari organi: se questi sono chiamati a operare «in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione», (si veda *supra*, I.2), occorre che siano composti da persone che, per

⁶⁶ Art. 4, l. 14/1978.

⁶⁷ *Ivi.*

⁶⁸ Art. 10, l. 287/1990.

⁶⁹ Art. 153, d.lgs. 196/2003.

⁷⁰ Art. 1, d.l. 95/1974, come modificato dalla legge di conversione n. 216/1974.

la loro storia personale, sembrano in grado di resistere ai condizionamenti e alle pressioni esterne.

Nel caso della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT) – incaricata, per esempio, del compito di definire i parametri per la valutazione della *performance* dei pubblici uffici – vi è una maggior precisione, perché si chiede che i suoi componenti non abbiano rivestito incarichi pubblici elettivi o cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali nei tre anni precedenti la nomina.⁷¹

Un altro requisito per la nomina dei componenti delle Autorità concerne la loro professionalità, che si declina nelle diverse competenze del settore in cui dovranno operare:⁷² informatica,⁷³ diritto costituzionale o diritto del lavoro e relazioni industriali,⁷⁴ servizi pubblici, *management*, misurazione della *performance*, gestione e valutazione del personale,⁷⁵ attività assicurativa.⁷⁶

⁷¹ Art. 13, d.lgs. 150/2009. L'indipendenza della CIVIT, comunque, si rivela inferiore rispetto a quella di altri organi, se si considera che le modalità di organizzazione, le norme regolatrici dell'autonoma gestione finanziaria e i compensi dei suoi componenti sono stabiliti dal Ministro per la pubblica amministrazione.

⁷² Nel caso della CONSOB si richiedono una «specifica e comprovata competenza ed esperienza» (art. 1, d.l. 95/1974, come modificato dalla legge di conversione n. 216/1974), in quello dell'AVCP si esige «riconosciuta professionalità» e si raccomanda di garantire «la pluralità delle esperienze e delle conoscenze» (art. 6, d.lgs. 163/2006), per essere nominati all'AEEG e all'AGCOM occorre una «alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore» (art. 2, l. 481/1995).

⁷³ Nel caso del Garante dei dati personali (art. 153, d.lgs. 196/2003 che precisa che deve essere garantita la presenza sia di giuristi, sia di esperti d'informatica).

⁷⁴ Nel caso della Commissione di garanzia della legge sullo sciopero (art. 12, l. 146/1990).

⁷⁵ Nel caso della CIVIT (art. 13, d.lgs. 150/2009), i cui membri possono essere anche estranei all'amministrazione pubblica, purché vantino «comprovate esperienze in Italia e all'estero» e garantiscano «elevata professionalità».

Nel caso dell’Autorità garante della concorrenza, si prevede che i componenti del collegio vengano individuati tra magistrati delle giurisdizioni superiori e professori universitari ordinari in materie economiche o giuridiche, ma è possibile designare anche personalità caratterizzate da «alta e riconosciuta professionalità», da misurare in rapporto ai compiti da svolgere. Per la carica di Presidente occorre individuare un soggetto che abbia «ricoperto incarichi istituzionali di grande responsabilità e rilievo» i quali, logicamente, dovranno essere quantomeno paragonabili a quelli che si presuppone siano stati svolti dai commissari.⁷⁷

Inoltre, nel caso dell’Autorità di regolazione dei trasporti⁷⁸ e della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l’integrità delle amministrazioni pubbliche, di più recente istituzione,⁷⁹ è previsto esplicitamente l’obbligo che la scelta rispetti l’equilibrio di genere.

L’incerta natura dei provvedimenti di nomina⁸⁰ e la difficoltà a individuare i soggetti interessati a impugnarli

⁷⁶ Nel caso dei due consiglieri dell’IVASS (art. 13, d.l. 95/2012).

⁷⁷ Art. 10, l. 287/1990.

⁷⁸ Art. 37, d.l. 201/2001.

⁷⁹ Art. 13, d.lgs. 150/2009. Per un esame generale delle problematiche connesse alla promozione delle pari opportunità si v. M. D’AMICO, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Torino 2011.

⁸⁰ F. BLANDO, *Questioni in tema di sindacabilità degli atti di nomina delle autorità indipendenti*, in www.forumcostituzionale.it, distingue gli atti di nomina governativa, qualificabili come atti di alta amministrazione e quindi sindacabili, dagli atti di nomina parlamentare, la cui natura è dibattuta: G. CORASANITI, *Trasparenza, pluralismo, interventi pubblici nella disciplina delle imprese editoriali*, Padova 2008, p. 18, considerava un atto politico la nomina dei componenti Garante dell’editoria, in quanto «espressione di funzioni parlamentari (*stricto sensu*) connesse alla vigilanza sulla attuazione della legge riservata al Parlamento»; li ritiene atti *interna corporis* M. MANETTI, *Un passo avanti verso la riforma delle autorità indipendenti*, p. 297; propendono, invece,

conducono a escludere che gli atti di nomina dei componenti delle Autorità amministrative indipendenti siano sindacati in sede giurisdizionale.⁸¹

In questo senso si è pronunciata anche la giurisprudenza, che ha dichiarato inammissibile il ricorso di un'associazione dei consumatori avverso l'atto di nomina di Giorgio Guazzaloca, Sindaco di Bologna dal 1999 al 2004, tra i componenti dell'Autorità *antitrust*, perché ritenuto privo dei requisiti previsti dalla legge.⁸² Il TAR del Lazio ha ritenuto che il provvedimento non fosse «idoneo a incidere sull'interesse collettivo dei consumatori e degli utenti [...] non essendo d'altro canto percepibile nemmeno il danno inferto alla categoria dei consumatori e degli utenti in ragione della pretesa carenza di requisiti in capo al nominato».⁸³

Sempre con riferimento ai commissari dell'Autorità garante della concorrenza, si è sostenuto che la carenza dei requisiti dei soggetti nominati potrebbe essere denunciata dai parlamentari presentando ricorso per conflitto di attribuzione contro i Presidenti delle Camere.⁸⁴

La tesi non convince, soprattutto perché il conflitto sarebbe privo del presupposto oggettivo, dato che è difficilmente

per la natura amministrativa A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA, *Commento agli articoli 8 e 9 della legge 5 agosto 1981, n. 416*, in "NLCC", 1983, p. 556.

⁸¹ M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 28.

⁸² La nomina fu aspramente criticata per la stessa ragione anche da S. CASSESE, *Due nomine e un passo indietro, torna la politica*, in "Corriere della Sera", 31 dicembre 2004.

⁸³ TAR Lazio (Roma), sent. n. 13163 del 2005.

⁸⁴ G. RIVOSECCHI, *Autorità di garanzia senza garanzie? A proposito delle recenti nomine dei membri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in www.forumcostituzionale.it.

sostenibile l'esistenza di un'attribuzione costituzionale dei parlamentari ricorrenti.⁸⁵

4.6 Le proposte di riforma delle procedure di nomina.

Al fine di aumentare la trasparenza delle procedure di nomina sono state avanzate proposte di riforma che, se approvate, prevederebbero l'emissione di un bando e la presentazione di candidature, pubbliche audizioni degli aspiranti commissari e l'espressione di un parere anche da parte di associazioni d'impresе, di consumatori e altri gruppi portatori di interessi diffusi.⁸⁶

Si tratta di progetti da condividere e sostenere, perché metterebbero l'opinione pubblica nella condizione di poter di controllare, ed eventualmente disapprovare, le scelte dei titolari del potere di nomina, inducendoli, si auspica, a un più oculato esercizio del potere stesso.⁸⁷

⁸⁵ In questo senso, G.C. PINELLI, *L'autorità garante per la concorrenza e il mercato*, il quale non vede altro rimedio a una nomina illegittima dei componenti dell'AGCM che l'apertura di una procedura d'infrazione da parte della Commissione europea. Il problema è che l'apertura di una simile procedura è, per costante giurisprudenza della Corte di giustizia, una facoltà attribuita alla Commissione, con la conseguenza che non è configurabile un diritto del singolo a esigere che l'istituzione agisca (Corte giust., sent. 14 febbraio 1989, C-247/87, *Star Fruit*; Corte giust. 20 febbraio 1997, C-107/95, *Bilanzbuchhalter*).

⁸⁶ In tal senso, si v. il disegno di legge presentato al Senato nella XV legislatura, in seguito abbandonato, A.S. 1366/2007, sul quale si v. M. MANETTI, *Un passo avanti verso la riforma delle autorità indipendenti*, pp. 291 e ss.. In letteratura si v. R. CHIEPPA, G.P. CIRILLO, *Introduzione*, pp. 16 e ss.. L'esigenza, da ultimo, è emersa nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti deliberata dalla Camera dei Deputati nella XVI legislatura (si v. il *Documento conclusivo*, p. 9) e ha trovato echi anche nei mezzi d'informazione (si v. S. MICOSSI, *Controllori del mercato o valvassori dei politici?*, in "La Repubblica Affari & Finanza", 13 febbraio 2012). Peraltro, c'è chi, come M. CLARICH *Autorità indipendenti*, p. 26, dubita che «un vestito uguale per tutti rappresenti la soluzione istituzionale più efficace».

⁸⁷ M. LUCIANI, *AGCOM, meglio la trasparenza*, in "l'Unità", 8 agosto 2012.

Questo sistema, secondo alcuni, comporterebbe il pericolo dell'instaurazione di un rapporto fiduciario tra gli organi politici e i commissari, che potrebbero essere scelti sulla base del «programma di azione» ricavabile dalle varie dichiarazioni svolte nelle audizioni pubbliche.⁸⁸

Il rischio, però, potrebbe essere evitato proprio dalla maggior trasparenza della procedura che – se attentamente seguita dall'opinione pubblica – dovrebbe incentivare i titolari del potere di nomina ad avvalersi di questi colloqui unicamente per vagliare professionalità e integrità degli aspiranti commissari.

5. Indipendenza e durata del mandato.

La durata del mandato dei componenti delle Autorità amministrative indipendenti è solitamente superiore al quinquennio, al fine di accentuare il distacco rispetto ai parlamentari e al Governo intervenuti nella procedura di nomina.⁸⁹

Una logica analoga a quella sottesa alla durata del mandato del Presidente della Repubblica, che non rientra nel circuito della rappresentanza politica e svolge (anche) delicate funzioni di garanzia.⁹⁰

Come quest'ultimo, anche i membri dell'Autorità garante della concorrenza, del Garante per la protezione dei dati

⁸⁸ Segnala il pericolo M. MANETTI, *Un passo avanti verso la riforma delle autorità indipendenti*, p. 298.

⁸⁹ Il disegno di legge governativo presentato nella XV legislatura (A.S. 1366/2007) prevedeva per tutte le Autorità un mandato di sette anni non rinnovabili.

⁹⁰ A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, p. 467; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, p. 441.

personali, delle Autorità di regolazione dei servizi pubblici, dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e della CONSOB rimangono in carica per sette anni.⁹¹

Sei sono gli anni del mandato della Commissione di garanzia per la legge sullo sciopero, della Commissione per la valutazione delle amministrazioni pubbliche, degli organi di governo della Banca d'Italia e del Consiglio dell'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni.

Oltre alla previsione di cariche ultraquinquennali, un'altra modalità che è stata suggerita per assicurare un distacco tra questi organi e quelli politici, conservando però l'esperienza acquisita dai vari commissari: è il metodo della c.d. «scalettatura», che comporterebbe una durata del mandato sfalsata per i vari commissari, così come avviene per i giudici della Corte costituzionale.⁹²

6. Indipendenza e inamovibilità. Il caso della revoca del governatore della Banca d'Italia.

Le leggi istitutive non prevedono la possibilità di revocare o sostituire i commissari durante il mandato.

Fanno eccezione gli organi della Banca d'Italia: il mandato del governatore (e dei membri del direttorio) può essere revocato, con lo stesso procedimento previsto per la nomina, quando questi

⁹¹ A questi, dopo le modifiche apportate dalla legge n. 38/2008, si aggiunge anche l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP).

⁹² Si v. il *Documento conclusivo* dell'indagine conoscitiva deliberata dalla Camera dei Deputati nella XVI legislatura, p. 14.

non soddisfano più le condizioni richieste per l'espletamento delle loro funzioni o si sono resi colpevoli di gravi mancanze.⁹³

Il governatore, però, gode della particolare protezione offertagli dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in considerazione del fatto che questi è anche membro del Consiglio direttivo della Banca centrale europea.

Il Trattato stabilisce che la decisione di revoca può essere impugnata dall'interessato entro due mesi innanzi alla Corte di giustizia per denunciare la violazione dei Trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione.⁹⁴

A quanto risulta, si tratta dell'unico caso nel quale alla Corte di Lussemburgo è consentito pronunciarsi direttamente sulla validità di un atto nazionale.

La circostanza non pare in contrasto con la Costituzione, se si considera che la politica monetaria (per gli Stati membri la cui moneta è l'euro) è uno dei settori di competenza esclusiva dell'Unione⁹⁵ e, dal punto di vista interno, uno dei settori in cui l'Italia ha consentito a limitazioni di sovranità *ex art. 11 Cost.*

Per le altre Autorità, ci si è interrogati circa la possibilità alcuni di configurare in via interpretativa una revoca dei commissari da parte degli stessi soggetti che hanno proceduto alla nomina e con il medesimo procedimento.⁹⁶

⁹³ Art. 19, l. 262/2005, il quale rinvia al Protocollo 4 al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

⁹⁴ Art. 14, Prot. 4, TFUE.

⁹⁵ Art. 3 e artt. 127 e ss., TFUE.

⁹⁶ La tesi è stata sostenuta, con riferimento al Garante dell'editoria, da A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA, *Commento agli articoli 8 e 9 della legge 5 agosto 1981, n. 416*, p. 556.

L'opinione, però, non sembra condivisibile, perché presupporrebbe un legame fiduciario che non emerge dalla legge.

Per questo, si dibatte circa l'opportunità di estendere *jure condendo* la possibilità di revoca dei componenti delle diverse Autorità.

Il rischio che ne risulti compromessa l'indipendenza dell'organo può essere scongiurato stabilendo in maniera precisa i presupposti del provvedimento e consentendo il sindacato giurisdizionale sullo stesso.⁹⁷

In tal senso disponeva un progetto di legge presentato nel corso della XV legislatura, che consentiva al Consiglio dei Ministri, su proposta del suo Presidente, di deliberare la «revoca motivata» (che sarebbe stata disposta con decreto del Presidente della Repubblica), del collegio delle Autorità, previo parere favorevole espresso a maggioranza di due terzi dei componenti dalla Commissione parlamentare competente, nel caso di «gravi e persistenti violazioni della legge istitutiva, di impossibilità di funzionamento o di prolungata inattività».⁹⁸

⁹⁷ Il *Documento conclusivo* dell'indagine conoscitiva deliberata nella XIII legislatura, p. 219, esprime la convinzione che la revoca «non potrebbe in alcun caso essere determinata da casi di contrasto tra indirizzo politico governativo e parlamentare e indirizzo dell'Autorità, perché in questo caso scatterebbe in pieno un vincolo di responsabilità politica che verrebbe ad alterare il concetto di Autorità indipendente».

⁹⁸ Così prevedeva il disegno di legge presentato nella XV legislatura (A.S. 1366/2007).

7. Indipendenza e incompatibilità (durante e dopo l'incarico).

Anche sotto il profilo delle incompatibilità dei membri delle Autorità, volte a evitare che questi subiscano condizionamenti durante il mandato, la disciplina varia da organo a organo.

Le leggi generalmente escludono che i commissari esercitino un'attività professionale o di consulenza, essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati, ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura e, se dipendenti statali, sono collocati fuori ruolo.⁹⁹

Solo per le Autorità di regolazione è previsto espressamente che non possono ricoprire cariche in partiti politici,¹⁰⁰ mentre per la Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali si esclude, ragionevolmente, che abbiano incarichi sindacali.¹⁰¹

La sanzione prevista per il commissario che si trova in situazione d'incompatibilità è la decadenza dalla carica, ma le varie leggi non precisano le modalità per infliggerla.

Anche se non risulta si sia verificata una simile situazione, è ragionevole ritenere che la decadenza operi di diritto e che

⁹⁹ Si v., per esempio, l'art. 153, co. 4, del d.lgs. 196/2003, per il Garante dei dati personali, e l'art. 10, co. 3, per l'Autorità garante della concorrenza.

¹⁰⁰ Così l'art. 2, l. 481/1995 a proposito dell'AEEG, dell'AGCOM e dell'Autorità di regolazione dei trasporti. Un simile limite è previsto dall'art. 12, l. 146/1990 per la CGS e dall'art. 6, d.lgs. 163/2006 per l'AVCP.

¹⁰¹ Così l'art. 12, l. 146/1990 per la CGS, che vi aggiunge le associazioni datoriali e precisa che è vietato ai membri di questa Autorità anche avere rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza con queste organizzazioni, e l'art. 13, d.lgs. 150/2009 per la CIVIT.

comporti il dovere, per gli organi competenti, di procedere a nominare un sostituto.

La disciplina sulle Autorità di regolazione si differenzia dalle altre in quanto prevede un'incompatibilità «successiva»: per almeno quattro anni dalla cessazione dell'incarico i componenti di AEEG, AGCOM e Autorità di regolazione dei trasporti non possono intrattenere rapporti con le imprese operanti nel settore di competenza e la trasgressione è punita con sanzioni pecuniarie sia a carico dell'ex commissario, sia a carico dell'impresa.¹⁰²

8. Indipendenza e scioglimento dell'organo.

Lo scioglimento dell'Autorità è previsto solamente «nel caso di impossibilità di funzionamento o di continuata inattività» della CONSOB.¹⁰³

Il provvedimento è deliberato dal Consiglio dei Ministri, che nomina un commissario straordinario per l'esercizio dei poteri e delle attribuzioni della CONSOB.¹⁰⁴ Peraltro, in oltre trent'anni, questo potere non è mai stato esercitato.

Si discute, comunque, della possibilità di estendere la previsione anche alle altre Autorità, aggiungendo, come causa di scioglimento dell'organo, anche la commissione di atti contrari alla Costituzione o di gravi violazioni di legge, così come avviene

¹⁰² Art. 2, l. 481/1995.

¹⁰³ Art. 1, d.l. 95/1974, come modificato dalla legge di conversione n. 216/1974. La proposta è formulata dal capo del governo, sentito il Ministro del tesoro, e ne viene data «motivata comunicazione» al Parlamento

¹⁰⁴ Anche il commissario *ad acta* – che non può essere uno dei componenti della Commissione sciolta – è scelto «tra persone di specifica e comprovata competenza ed esperienza e di indiscussa moralità ed indipendenza» e resta in carica fino all'insediamento del nuovo collegio, da nominare entro quarantacinque giorni.

nel caso dei Consigli regionali, organi di un ente autonomo costitutivo della Repubblica, eletti direttamente dai cittadini.¹⁰⁵

9. Indipendenza e autonomia organizzativa e finanziaria.

Funzionale a garantire alle Autorità l'indipendenza nell'esercizio dei compiti affidati dal legislatore è anche l'autonomia riconosciuta loro sotto il profilo organizzativo, contabile e (in parte) finanziario. È, questo, uno degli «indici rivelatori» individuati dalla giurisprudenza amministrativa come loro tratti caratteristici.¹⁰⁶

Anche in questo caso, vi è una vistosa differenza rispetto ai dicasteri e alle Agenzie, la cui organizzazione interna è stabilita con regolamenti o decreti approvati dal Ministro competente.

Quasi tutte le Autorità amministrative indipendenti, al contrario, deliberano le norme concernenti la propria organizzazione e il proprio funzionamento, il trattamento giuridico ed economico del personale e l'ordinamento delle carriere.¹⁰⁷ A esse, inoltre, è riconosciuta autonomia nella gestione delle spese e nella disciplina del bilancio, anche in deroga alle

¹⁰⁵ M. MANETTI, *Un passo avanti verso la riforma delle autorità indipendenti*, p. 300; G. GUARINO, *Le Autorità garanti nel sistema giuridico*, p. 42.

¹⁰⁶ Cons. St., parere n. 1081/2010; Cons. St., parere n. 1721/2011.

¹⁰⁷ Rappresenta un'eccezione la disciplina del personale dell'AVCP (art. 8, d.lgs. 163/2006), il cui regolamento è emanato con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta dell'Autorità, e al quale si applica il d.lgs. 165/2001 sul lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

disposizioni sulla contabilità generale dello Stato, anche se comunque sotto il controllo della Corte dei conti.¹⁰⁸

L'eccezione è rappresentata dalla CONSOB, i cui regolamenti di organizzazione e gestione delle spese sono approvati dal Consiglio dei Ministri.¹⁰⁹

Variegata, invece, è la disciplina relativa ai mezzi di finanziamento delle Autorità che, come si vedrà, più che dal grado d'indipendenza riconosciuta dipende dalla «ricchezza» del settore cui queste dirigono la loro attività.¹¹⁰

Il finanziamento a carico del bilancio statale, a cui sarebbe naturale rivolgersi,¹¹¹ potrebbe minare l'indipendenza delle Autorità rispetto al Governo, titolare dell'iniziativa per la legge di bilancio. Inoltre, una simile entrata non è né certa, né prevedibile nel suo ammontare e questo può pregiudicare il compito delle Autorità di mantenere un quadro regolatorio stabile sul mercato.¹¹²

¹⁰⁸ Anche alle Autorità, peraltro, il d.l. 78/2010, convertito con modificazioni dalla l. 122/2010, ha imposto stringenti vincoli di spesa. Per quanto riguarda il controllo della Corte dei conti, esso si svolge sul rendiconto.

¹⁰⁹ Art. 1, d.l. 95/1974, come modificato dalla legge di conversione n. 216/1974.

¹¹⁰ Su questo tema si v. M. DE BENEDETTO, *Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna 2010, pp. 173 e ss. e il dossier Assonime n. 9/2011.

¹¹¹ L. COSSU, *Autorità indipendenti: questioni aperte e soluzioni nuove?*, in *Studi in onore di Vincenzo Caianiello*, pp. 197 e ss..

¹¹² Per questo il Presidente del Garante per la protezione dei dati, nell'audizione svolta il 17 marzo 2010 nell'ambito dell'indagine conoscitiva deliberata dalla Camera dei Deputati nella XVI legislatura, ha affermato, con riferimento alla propria Autorità e alla CGS che sono finanziate dall'erario, che «noi siamo totalmente indipendenti e totalmente dipendenti. Siamo indipendenti nel funzionamento [...] ma siamo totalmente dipendenti nel finanziamento».

Per questo, mentre sono interamente a carico dell'erario le spese per il funzionamento del Garante per la protezione dei dati personali e della Commissione di garanzia della legge sullo sciopero nei servizi pubblici, le altre Autorità ricavano almeno parte dei fondi necessari dai versamenti richiesti per l'avvio di procedimenti amministrativi a iniziativa di parte, dalle sanzioni pecuniarie irrogate e dai contributi imposti dalla legge a carico dei soggetti regolati.

Con queste modalità, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas riesce a raccogliere tutte le risorse necessarie al suo funzionamento,¹¹³ mentre grava sul bilancio dello Stato l'Autorità garante della concorrenza, che riesce a finanziare solo parte della sua attività con il contributo dovuto dalle imprese che intendono dar vita a un'operazione di concentrazione e con gli importi derivanti dalle sanzioni irrogate per violazione delle norme in materia di pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole.¹¹⁴

Il modello misto di finanziamento caratterizza anche la CONSOB, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, a favore delle quali la legge n. 266 del 2005 ha previsto, a integrazione dell'apporto da parte del bilancio statale, una forma di finanziamento

¹¹³ L'AEEG si finanzia mediante contributo di importo non superiore all'1 per mille dei ricavi dell'ultimo esercizio, versato entro il 31 luglio di ogni anno dai soggetti regolati, secondo le modalità stabilite con Decreto del Ministro dell'economia (art. 2, l. 481/1995).

¹¹⁴ In particolare, rimangono all'AGCM fino a 50.000 euro per ciascuna ammenda, che devono essere utilizzati per «spese di carattere non continuativo e non obbligatorio» (art. 9, d.l. 207/2008; l'art. 148, l. 388/2000 prevedeva che i proventi di queste sanzioni fossero destinati «ad iniziative a vantaggio dei consumatori»).

parzialmente a carico degli operatori, mediante l'imposizione di un contributo, il cui ammontare è determinato con propria deliberazione dalle stesse Autorità e approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

Nel rigettare il ricorso presentato da alcune Regioni contro questa norma, nella parte in cui le assoggettava al pagamento del un contributo in favore dell'AVCP, ritenuta invasiva della loro competenza in materia di lavori pubblici, la Corte costituzionale ha ricondotto il contributo alla categoria delle entrate tributarie statali, in quanto imposti in base alla legge, collegati a una pubblica spesa volta a finanziare un organo chiamato a svolgere una funzione di vigilanza «unitaria a livello nazionale»,¹¹⁵ riferiti a un presupposto economicamente rilevante e connessi a una particolare situazione in cui gli obbligati si vengono a trovare per effetto dell'attività dell'Autorità.¹¹⁶

Sotto un altro profilo, un eventuale contrasto con gli artt. 23 e 3 Cost., di cui si è dubitato in dottrina perché l'entità della contribuzione è fissata dalla stessa Autorità,¹¹⁷ è stato escluso dalla giurisprudenza amministrativa, sulla base dei seguenti argomenti: da un lato, la riserva di legge è relativa e può considerarsi soddisfatta, in quanto la legge stessa individua «con formula sufficientemente chiara» negli esercenti un determinato

¹¹⁵ Sul punto, la Corte richiama il precedente costituito dalla sent. n. 482 del 1995.

¹¹⁶ Corte cost., sent. n. 256 del 2007. Anche Cons. St., sent. n. 6014 del 2012, con riferimento all'AGCOM e all'AEEG, ha ritenuto che l'attribuzione patrimoniale chiesta alle imprese del settore regolato fosse «riconducibile allo svolgimento di una funzione pubblica da parte di una pubblica amministrazione».

¹¹⁷ L. ZANETTINI, *Il finanziamento dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici*, in www.lexitalia.it.

servizio la sfera dei soggetti obbligati; dall'altro, il contributo è correlato ai ricavi risultanti dall'ultimo bilancio di ciascun operatore, «risultando in tal modo congruamente differenziato il sacrificio contributivo imposto a ciascun operatore».¹¹⁸

Infine, sono stati sollevati dubbi di compatibilità di questa disciplina con il diritto dell'Unione europea, soprattutto con la normativa in materia di comunicazioni elettroniche.¹¹⁹

In questo settore, il diritto europeo (comunitario) consente d'imporre ai prestatori di questi servizi «il pagamento di diritti amministrativi a copertura delle spese sostenute dall'autorità nazionale di regolazione per la gestione del regime di autorizzazione e per la concessione dei diritti d'uso».¹²⁰

Il prelievo a carico delle imprese previsto dalla legge n. 262 del 2005, invece, è diretto a coprire indistintamente tutti i costi, sostenuti dall'AGCOM nello svolgimento della propria attività, che non siano già coperti dal finanziamento statale.

A sostegno di questa tesi, si sottolinea che, in passato, la Corte di giustizia aveva rilevato la contrarietà di un simile sistema di contribuzione all'attività dell'Autorità¹²¹ alla normativa europea (comunitaria) allora in vigore, ma sostanzialmente coincidente con quella applicabile oggi.¹²²

¹¹⁸ Cons. St., sent. n. 3817/2009.

¹¹⁹ M. CLARICH, G. CORSO, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*. Relazione di base, a cura dell'Associazione di cultura politica Nexus, presentata il 27 febbraio 2006 a Roma, presso la Residenza di Ripetta, disponibile al sito eprints.luiss.it/128/1/Clarich_2006_01_OPEN.pdf.

¹²⁰ Art. 12, dir. 2002/20/CE.

¹²¹ Art.

¹²² Corte giust., sent. 18 settembre 2003, C-292/01 e C-293/01, *Albacom e Infostrada*, che ha rilevato un contrasto tra l'art. 11 della Direttiva n. 97/13/CE – «gli Stati membri fanno sì che i

La questione della compatibilità tra il sistema di finanziamento dell'AGCOM e la normativa europea (comunitaria) verrà presto affrontato di nuovo dalla Corte di Lussemburgo, alla quale il TAR del Lazio ha rinviato una questione pregiudiziale sul punto.¹²³

Il tema è rilevante anche nell'ambito del dibattito, attualmente in corso, circa l'istituzione di un fondo perequativo cui affluirebbero tutte le entrate proprie delle Autorità amministrative indipendenti, per essere annualmente ripartite tra di esse dal Governo,¹²⁴ al fine di sopperire alla notevole riduzione dell'apporto derivante dall'erario registrata negli ultimi anni.¹²⁵

diritti richiesti alle imprese per le procedure di autorizzazione siano esclusivamente intesi a coprire i costi amministrativi sostenuti per il rilascio, la gestione, il controllo e l'esecuzione delle relative licenze individuali» – e l'art. 20, co. 2, l. 448/1998, che istituiva un contributo sulle attività di installazione e fornitura di reti di telecomunicazioni pubbliche, di fornitura al pubblico di servizi di telefonia vocale e di servizi di comunicazioni mobili e personali, a carico dei titolari di concessione per lo svolgimento di tali attività. Secondo il giudice comunitario i contributi richiesti alle imprese per le procedure di autorizzazione devono essere «esclusivamente intesi a coprire i costi amministrativi connessi al volume di lavoro generato dal sistema delle licenze».

¹²³ TAR Lazio (Roma), ord. 5 aprile 2012, sulla quale si v. G. NAVA, V. MOSCA, *Rinvio pregiudiziale del TAR Lazio alla Corte di Giustizia per i contributi ad AGCOM: spunti di riflessione sul sistema di finanziamento delle autorità indipendenti*, in "Diritto, mercati, tecnologia", www.dimt.it.

¹²⁴ Il *Documento conclusivo* dell'indagine conoscitiva deliberata nella XVI legislatura rileva che a partire dal 2009 gli stanziamenti a favore delle Autorità amministrative indipendenti hanno subito diminuzioni oscillanti tra il 20 e il 65 per cento (art. 2, co. 241, l. 191/2009). L'art. 5 del d.l. 98/2011, convertito con modificazioni dalla l. 111/2011, inoltre, ha stabilito che, a decorrere dal 2012, gli stanziamenti per le Autorità amministrative indipendenti sono ridotti del 20 per cento rispetto al 2011.

¹²⁵ Per una sintesi del dibattito, si v. il *Documento conclusivo* dell'indagine conoscitiva deliberata nella XVI legislatura, pp. 15 e ss..

Una soluzione simile era stata adottata in via provvisoria dal legislatore, il quale nel 2009 aveva disposto che, dal 2010 al 2012, una quota delle entrate delle Autorità di regolazione, dell'ISVAP e dell'AVCP fosse trasferita all'Autorità *antitrust*, al Garante e alla Commissione di garanzia della legge sullo sciopero, delegando a un atto del Governo il compito di approntare delle «misure reintegrative» a favore delle Autorità contribuenti.¹²⁶

Chi è favorevole all'istituzione di un fondo perequativo che perpetui quell'esperienza lo ritiene indispensabile per garantire l'indipendenza finanziaria anche delle Autorità che non hanno compiti di regolazione di un mercato e osserva che, in tal modo, verrebbe alleggerita la pressione sul bilancio erariale.

D'altro canto, i critici sollevano varie obiezioni, tra cui la violazione del principio di eguaglianza, in quanto verrebbe posto a carico dei soggetti che operano in alcuni settori il finanziamento di funzioni pubbliche svolte in favore dell'intera collettività (come la tutela dei consumatori, a opera dell'Autorità garante della concorrenza, o dei dati personali, protetti dal Garante), nonché, appunto, del diritto dell'Unione europea, che imporrebbe un legame diretto tra prestazioni fornite da un'autorità di regolazione e i contributi dei regolati.

Entrambe le obiezioni sono state sollevate anche dal Consiglio di Stato in sede consultiva, il quale ha ritenuto che le

¹²⁶ L'art. 2, co. 241, l. 191/2009 stabilisce che: «A fini di perequazione, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, sentite le autorità interessate, sono stabilite, senza maggiori oneri per la finanza pubblica, misure reintegrative in favore delle autorità contribuenti, nei limiti del contributo versato, a partire dal decimo anno successivo all'erogazione del contributo, a carico delle autorità indipendenti percipienti che a tale data presentino un avanzo di amministrazione».

somme ricavate da economie di gestione dall’Autorità possano essere destinate al bilancio statale – come previsto dal decreto legge n. 78 del 2010, convertito con modificazioni dalla legge n. 122 del 2010 – solo relativamente alla parte imputabile ai contributi ricevuti dallo Stato, ma non in quella imputabile agli operatori del settore.¹²⁷

In attesa della pronuncia della Corte di giustizia, è comunque importante sottolineare come il diritto dell’Unione, oltre a richiedere (come si vedrà *infra*, II.3) l’istituzione di autorità di regolazione in determinati settori, richiede anche che queste siano dotate delle risorse necessarie per lo svolgimento delle funzioni affidate loro.¹²⁸

¹²⁷ Cons. St., parere n. 385/2012.

¹²⁸ L’art. 35, dir. 2009/72/CE, con riferimento al mercato dell’energia elettrica e l’art. 40, dir. 2009/73/CE, per quanto riguarda la fornitura di gas, esigono che l’autorità di regolamentazione, che gli Stati devono istituire, «disponga di dotazioni finanziarie annuali separate dagli altri organi dello Stato, di autonomia di esecuzione del bilancio assegnato, di risorse umane e finanziarie idonee allo svolgimento delle sue attività». In materia di comunicazioni elettroniche, inoltre, l’art. 3, dir. 2002/21/CE, impone agli Stati d’istituire autorità di regolazione e di dotarle «di risorse finanziarie e umane adeguate per svolgere i compiti a loro assegnati».

CAPITOLO II

ALLA RICERCA DI UNA LEGITTIMAZIONE DELL'INDIPENDENZA DELLE AUTORITÀ

1. L'articolo 95 della Costituzione e l'esigenza di trovare una legittimazione dell'indipendenza delle Autorità.

Se si riconducono le Autorità nell'ambito della pubblica amministrazione, occorre domandarsi se possano conciliarsi con l'art. 95, primo comma, Cost., che, assegnando al Presidente del Consiglio il compito di mantenere «la unità di indirizzo politico e amministrativo» e prevedendo la responsabilità dei ministri per gli atti dei «loro» dicasteri, collega l'indirizzo politico e quello amministrativo «con evidente strumentalità del secondo al primo».¹

Infatti, nella forma di governo italiana, secondo la lettura che ne ha dato la giurisprudenza costituzionale, Parlamento e Governo concorrono a determinare l'indirizzo politico dello Stato, la cui attuazione è assicurata «dalla responsabilità collegiale e dalla responsabilità individuale contemplate dall'art. 95 della

¹ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2006, p. 33; R. CHIEPPA, G.P. CIRILLO, *Le autorità amministrative indipendenti*, p. 53, osservano come l'art. 95 Cost. «tradisce, di per sé, una visione dei costituenti non compatibile con lo Stato moderno», senza risolvere «il difficile equilibrio tra il potere governativo e quello amministrativo in senso stretto». Nello stesso senso, G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano 2001, p. 131. La domanda di M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 62 – «siamo disposti a ritenere che possano sussistere aree di potere pubblico che non sono raggiunte e dominate dal potere politico e che possono essere affidate ad autorità indipendenti, sganciate dal circuito democratico?» – dovrebbe essere quindi riformulata chiedendosi se la Costituzione ammetta una simile opzione.

Costituzione» per il Presidente del Consiglio e per i Ministri, che può essere fatta valere attraverso la sfiducia.²

Nel quadro descritto, l'attività collegiale del Governo e quella individuale dei singoli Ministri si raccordano all'«unitario obiettivo della realizzazione dell'indirizzo politico».³

È l'unità d'indirizzo politico e amministrativo, proclamata dall'art. 95, primo comma, Cost., che ha indotto la giurisprudenza costituzionale a ritenere che l'esecutivo si presenti di regola come un potere «costituzionalmente accentrato ed unitario»,⁴ che si risolve «nell'intero Governo»⁵ e che le specifiche funzioni amministrative dei singoli Ministri «non assumono rilievo costituzionale»⁶ (con l'eccezione delle attribuzioni conferite al Ministro della giustizia dagli artt. 107 e 110 Cost.).⁷

È infatti il Consiglio dei ministri il garante dell'unità di indirizzo politico e amministrativo del Governo, per il mantenimento della quale la legge n. 400 del 1988, come modificata dalla legge n. 303 del 1999, attribuisce funzioni d'impulso, indirizzo e coordinamento al suo Presidente.⁸

All'unità d'indirizzo politico e amministrativo sono ricondotti anche gli altri organi dell'amministrazione: la Corte, per esempio, ha escluso la legittimazione autonoma del Prefetto

² Corte cost., sent. n. 7 del 1996, emessa nel giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato dal Ministro Filippo Mancuso a seguito dell'approvazione di una mozione di sfiducia individuale da parte del Senato.

³ *Ivi.*

⁴ Corte cost., sent. n. 150 del 1981.

⁵ Corte cost., ord. n. 123 del 1979.

⁶ *Ivi.* Si v. anche Corte cost., sentt. n. 302 del 1995, n. 221 del 2004, n. 69 del 2009.

⁷ Corte cost., ord. n. 184 e n. 379 del 1992; sent. n. 200 del 2006.

⁸ P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 2009, p. 140.

nel giudizio per conflitto di attribuzione, perché il potere esecutivo, cui questo appartiene, ha carattere accentrato e, in virtù dell'art. 95 Cost., vede al suo vertice il Consiglio dei Ministri.⁹

Nel sistema «weberiano» adottato dalla Costituzione italiana,¹⁰ si afferma in dottrina, «l'amministrazione deve piegarsi a dare esecuzione (pur mantenendo un certo ambito di discrezionalità) alle direttive generali del potere politico».¹¹

Non contraddice il quadro descritto la riforma che, nel 1993, ha riservato ai dirigenti delle pubbliche amministrazioni «l'adozione degli atti e dei provvedimenti amministrativi» (sottraendola ai vertici di nomina politica), con la correlata responsabilità «in via esclusiva» per l'attività amministrativa, la gestione e i relativi risultati.¹²

La riforma, ha spiegato la Corte costituzionale, ha dato attuazione al principio costituzionale d'imparzialità dell'amministrazione, distinguendo l'azione di governo «che è normalmente legata alle impostazioni di una parte politica,

⁹ Corte cost., ord. n. 38 del 1986.

¹⁰ Si v. M. WEBER, *Parlamento e Governo*, Bari 2002, pp. 57 e ss.,

¹¹ T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano 2010, p. 367; F. TESSITORE, *Conclusioni* in ASSOCIAZIONE DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, pp. 273 e ss..

¹² Oggi, art. 4, d.lgs. 165/2001. Secondo S. BATTINI, voce *Dirigenza pubblica*, pp. 1861 e ss., tale riforma «smentisce definitivamente l'idea ricevuta secondo la quale la burocrazia non è legittimata a compiere scelte discrezionali», scelte che sarebbe abilitata a compiere, nei limiti degli indirizzi degli organi politici, in virtù di una «legittimazione professionale».

espressione delle forze di maggioranza» e quella dei pubblici uffici, vincolati ad agire «senza distinzioni di parti politiche».¹³

Questi ultimi, tuttavia, agiscono ancora «nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza»,¹⁴ in quanto sono rimaste in capo agli organi di governo «le funzioni di indirizzo politico-amministrativo», che questi esercitano «definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare» e verificando «la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti».¹⁵

La circostanza non desterà stupore se si rammenta che l'imparzialità non esclude una conformità dell'azione amministrativa «agli indirizzi generali adottati dagli organi competenti alla stregua del sistema democratico» (si veda *supra* I.1).¹⁶

In conclusione, la riforma, volta a contemperare i principi costituzionali dell'unità d'indirizzo politico e amministrativo e

¹³ Corte cost., sentt. n. 103 del 2007, che ha giudicato incostituzionali varie normative statali e regionali in materia di *spoil system* – in base alle quali i dirigenti di alcune amministrazioni decadevano automaticamente dall'incarico a seguito del rinnovo degli organi politici, al fine di dare ai nuovi titolari della carica la possibilità di scegliere se confermare o meno quegli incarichi – per violazione del principio di separazione tra politica e amministrazione, collegato dalla Corte all'imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e del vincolo dei pubblici funzionari al «servizio esclusivo della Nazione» (art. 98 Cost.). Questi principi imporrebbero, infatti, che la revoca degli incarichi dirigenziali sia effettuata nel rispetto di garanzie sostanziali e procedurali, volte a valutare nel modo più obiettivo possibile l'operato del dipendente.

¹⁴ Corte cost., sentt. n. 103 del 2007.

¹⁵ Oggi, art. 4, d.lgs. 165/2001.

¹⁶ L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, p. 101; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico*, p. 120.

dell'imparzialità dei pubblici uffici,¹⁷ non ha fatto venir meno la strumentalità della pubblica amministrazione rispetto al Governo.¹⁸

Con il quadro descritto devono essere poste a confronto le leggi che istituiscono e disciplinano le Autorità indipendenti.

2. La tesi della piena conformità delle Autorità al modello di amministrazione imparziale e regolata dalla legge e i suoi limiti. Il caso della CONSOB.

Secondo una tesi, il modello dell'amministrazione imparziale e regolata dalla legge, disegnato dagli artt. 3 e 97 Cost., sarebbe sufficiente a giustificare l'indipendenza delle Autorità dal Governo.¹⁹

Questa opinione si fonda sulla considerazione che la Costituzione «mentre mette la fiducia alla base del rapporto Parlamento-Governo, mette l'imparzialità e la separazione dalla politica alla base del rapporto Governo-amministrazione».²⁰

¹⁷ E. ROSSI, *La Pubblica Amministrazione*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Diritto costituzionale italiano ed europeo*, p. 257.

¹⁸ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2012, p. 213.

¹⁹ V. CERULLI IRELLI, *Il potere normativo*, p. 92; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, p. 129; G. FALCON, *Il «primo», il «secondo» ed il «terzo» garante nei settori dell'editoria e della radiodiffusione*, in F. BASSI, F. MERUSI, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, p. 96; U. ALLEGRETTI, *Gli apparati organizzativi e la democrazia*, in "Rivista AIC", n. 4/2012, p. 97; R. CHIEPPA, G.P. CIRILLO, *Introduzione*, p. 12. La tesi è condivisa anche dal *Documento conclusivo* dell'indagine conoscitiva deliberata nella XIII legislatura, p. 206.

²⁰ S. CASSESE, *Dirigenti pubblici: imparzialità o fedeltà politica?*, in "L'amministrazione italiana", 2003, p. 599, con particolare riferimento al rapporto – che l'Autore ritiene non debba essere di fedeltà personale – tra dirigenti pubblici e Governo. Lo stesso Autore, *Il rapporto tra politica e amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2003, pp. 236 e ss., si domanda: «Fiducia vuol dire adesione a un orientamento.

Un'impostazione che trova conferma in diverse disposizioni costituzionali²¹ e, soprattutto, nella scelta di dedicare un'apposita sezione della Carta alla pubblica amministrazione, configurandola come disciplinata alla legge e titolare di funzioni che è chiamata a esercitare in maniera imparziale.²²

Proprio questa scelta è stata dettata dall'esigenza di garantire, in un sistema democratico nel quale si alternano diversi progetti di governo della cosa pubblica, «un'amministrazione obiettiva»²³ e rientra nella tendenza, diffusa

Date queste premesse, è possibile usare la nozione di fiducia in un rapporto che non riguarda governo e Parlamento, ma governo e pubblica amministrazione? Che cosa significa adesione della pubblica amministrazione a un orientamento del governo, se la pubblica amministrazione deve essere imparziale? Che significato ha l'imparzialità se vi è l'obbligo della fiducia? Si tratta di due concetti diversi ed anzi opposti». Si v. anche G. BERTI, *L'amministrazione come libertà (dalla politica)*, in ACCADEMIA NAZIONALE DEI LINCEI, *Lo stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Milano, 1994, pp. 383 e ss.; A. MASSERA, «Autonomia» e «indipendenza» nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano 1988, pp. 478 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Premesse*, p. 16.

²¹ S. BATTINI, voce *Dirigenza pubblica*, p. 1860, richiama gli artt. 97 e 98 Cost., le norme che stabiliscono il potere del Presidente della Repubblica di nominare – nei casi previsti dalla legge – i funzionari, il divieto di conseguire promozioni discrezionali per i dipendenti pubblici membri del Parlamento e la possibilità di limitare con legge l'iscrizione di determinati dipendenti pubblici ai partiti politici.

²² M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in "Riv. trim. dir. proc. civ.", 1985, pp. 162 e ss., secondo cui nella «costituzione scritta» sono rinvenibili il modello dell'amministrazione imparziale si affianca a quelli dell'amministrazione quale «apparato servente» del Governo (art. 95) e dell'amministrazione «autonomistica e comunitaria» (art. 5); la tesi è ripresa tra gli altri da M. PASSARO, *Autorità o amministrazioni indipendenti?*, pp. 207 e ss.. *Contra* M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, p. 202, secondo cui l'amministrazione servente e quella imparziale non rappresentano, nel disegno dei costituenti, due modelli alternativi di amministrazione, bensì due ruoli di un'unica amministrazione che, per quanto «potenzialmente divergenti e contraddittori» sono entrambi irrinunciabili «se si vuol tener fede ai postulati della legittimazione democratica e insieme dell'imparzialità nell'esecuzione».

²³ Così l'on. Costantino Mortati, nella riunione del 14 gennaio 1947 della prima Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione.

negli Stati contemporanei, a scindere il potere esecutivo in un potere governativo in senso stretto e in un insieme di poteri amministrativi.²⁴

In quest'ottica, la subordinazione di tutti gli organi amministrativi al Governo non sarebbe imposta dalla Costituzione e, di conseguenza, l'art. 95 Cost., andrebbe letto «in chiave di imperativo ipotetico», imponendo la responsabilità ministeriale per i casi in cui un ufficio amministrativo dipende dal Governo, non la dipendenza da un Ministro di tutti gli uffici amministrativi.²⁵ Del resto, da sempre esistono organi (per esempio, quelli collegiali) che non si pongono in un rapporto di gerarchia rispetto al Governo.²⁶

La tesi, però, non appare persuasiva: come si è visto *supra* I.1, l'imparzialità è un principio che attiene alla posizione della pubblica amministrazione rispetto ai vari interessi coinvolti dal suo potere, che deve esercitare operando «senza distinzioni di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento»,²⁷ ma non comporta necessariamente l'indipendenza rispetto agli altri poteri.

Anzi, il principio di unità d'indirizzo politico e amministrativo induce a dubitare che l'attuazione del principio

²⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, p. 74.

²⁵ G. GEMMA, *Garante per la radiodiffusione e l'editoria e conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato*, in "Giur. cost.", 1995, p. 1671; V. CERULLI IRELLI, *Premesse*, p. 24; F. CARINGELLA, *Manuale*, p. 809.

²⁶ Si v., tra gli altri, F. CARINGELLA, *Manuale*, p. 664 e ss..

²⁷ Corte cost., sent. n. 453 del 1990.

d'imparzialità possa giungere sino a implicare una totale sottrazione al controllo del Governo.²⁸

La Costituzione, nel sancire entrambi i due principi, non ha inteso predisporre dei modelli alternativi di amministrazione,²⁹ ma «un unico modello prescrittivo».³⁰

A questo modello, si ritiene possa essere ricondotta la CONSOB, la quale, come si è visto *supra*, I.4.2, è nominata dal Governo, previa acquisizione di un parere parlamentare motivato anche in relazione ai fini e agli indirizzi di gestione da perseguire.

Inoltre, i suoi regolamenti di organizzazione e gestione delle spese sono approvati dal Consiglio dei Ministri (si veda *supra*, I.9), al quale spetta anche un potere di scioglimento dell'organo, pur se solo «nel caso di impossibilità di funzionamento o di continuata inattività» (si veda *supra*, I.8).

Questa Autorità, quindi, non risulta completamente sottratta, né sul piano funzionale, né su quello istituzionale, all'unità d'indirizzo politico e amministrativo.

Nel caso delle altre Autorità indipendenti, invece, si riscontra una rottura della tradizionale unità del potere esecutivo, basata sul principio della responsabilità ministeriale, per la quale occorre andare alla ricerca di una giustificazione.³¹

²⁸ R. PEREZ, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, in "Riv. trim. dir. pubbl.", 1996, pp. 115 e ss.; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, p. 661; C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, p. 79; M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati*, p. 896.

²⁹ Come, invece, ha teorizzato M. NIGRO, *La pubblica amministrazione*, pp. 162 e ss..

³⁰ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, p. 203.

³¹ F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna 2011, p. 61; M. PASSARO, *Autorità o amministrazioni indipendenti?*, pp. 187 e ss.; R. CHIEPPA, G.P. CIRILLO, *Introduzione*, p. 11.

La questione, in verità, non è mai stata posta all'attenzione della Corte costituzionale che, anzi, nelle pronunce in cui si è occupata delle Autorità, è parsa favorevole alla tesi della compatibilità con la Costituzione, in virtù delle funzioni di garanzia da queste esercitate (si veda *infra*, II.5).

Al contrario, alcuni studiosi, soprattutto agli albori di quest'esperienza, hanno dubitato della conformità del modello delle Autorità amministrative indipendenti con la Costituzione.³²

Anche per questa ragione, sono state elaborate proposte di riforma volte a inserire nella Carta delle previsioni a esse dedicate, che si sono concretizzate prima nel progetto di revisione costituzionale elaborato dalla Commissione bicamerale per le riforme nella XIII legislatura, poi in quello approvato dal Parlamento nella XIV legislatura (la c.d. «Devolution», poi non confermata dal *referendum* che si tenne nel giugno del 2006).³³

Falliti questi tentativi, il legislatore si è orientato verso un intervento di riordino della disciplina con legge ordinaria, ma anche in questo caso il disegno di legge non è stato approvato.³⁴

³² G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in "Dir. amm.", 1996, pp. 1 e ss.; A. PACE, *Problematica*, p. 263.

³³ In particolare, il progetto della Commissione bicamerale [sul quale si v. M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano 1999, pp. 893 e ss., nonché *Le proposte di riforma costituzionale in materia di autorità indipendenti*, in ASSOCIAZIONE DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, pp. 175 e ss.] prevedeva, nell'ambito del titolo sul Governo, una sezione III dedicata ad «Autorità di garanzia e organi ausiliari», autorizzando la legge a istituire organi di garanzia o di vigilanza su determinate materie e disponendo che i loro componenti sarebbero stati eletti dal Senato a maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti. La c.d. «Devolution», invece, aggiungeva un articolo 98-bis alla sezione sulla pubblica amministrazione e prevedeva anch'essa l'istituzione con legge di Autorità di garanzia o vigilanza.

³⁴ Si v. il disegno di legge presentato al Senato nella XV legislatura A.S. 1366/2007.

Nonostante questo dimostri come la costituzionalizzazione delle Autorità indipendenti sia un'esigenza «meno avvertita rispetto al passato»,³⁵ il problema della loro legittimazione non può essere eluso, perché impegna da tempo la scienza giuridica e soprattutto perché riveste un'importanza cruciale per la ricostruzione del loro ruolo nel sistema costituzionale e per la soluzione di alcune questioni di giustizia costituzionale (sulle quali si veda *infra*, capitolo VI).

3. L'indipendenza di (alcune) Autorità come oggetto dei vincoli derivanti dal diritto dell'Unione.

Si ritiene che la problematica della legittimazione delle Autorità indipendenti non possa essere risolta senza inquadrare questi organi nella prospettiva dell'integrazione europea.³⁶

La tesi muove da una constatazione innegabile: la configurazione di molte Autorità, sia sotto il profilo dell'indipendenza, sia per i poteri che sono loro conferiti, non rappresenta una scelta libera del legislatore italiano, ma

³⁵ In questi termini si esprime il *Documento conclusivo* dell'indagine conoscitiva deliberata nella XVI legislatura, p. 42.

³⁶ F. MERUSI, *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in F. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, p. 21. Tuttavia, l'idea per cui queste sarebbero «enti autarchici comunitari», esposta dall'Autore, non risulta più attuale perché, come osservato da S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in "Giorn. dir. amm.", 2002, pp. 689 e ss. e da F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in "Il diritto dell'Unione europea", 2006, e in www.associazionedeicostituzionalisti.it, l'ordinamento comunitario si spinge ora sino a disciplinarne (almeno in parte) non solo le funzioni, ma anche i profili organizzativi. Non è condivisibile, come si vedrà, l'opinione di R. CHIEPPA, G.P. CIRILLO, *Le autorità*, p. 60, secondo cui la normativa dell'Unione non si sarebbe «mai spinta sino al punto tale da imporre un obbligo per gli Stati membri di creare autorità indipendenti».

costituisce l'adempimento di vincoli derivanti dall'ordinamento europeo (comunitario).

Le Autorità italiane, insieme a quelle degli altri Stati membri, sono inserite in reti sovranazionali e talvolta in veri e propri organi europei, come avviene nel settore finanziario.³⁷

3.1 Il Garante dei dati personali.

L'Autorità che riceve dal diritto dell'Unione europea la legittimazione più forte è il Garante dei dati personali.

Infatti, il diritto di ogni individuo alla protezione dei dati personali è sancito da entrambi i Trattati³⁸ e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione,³⁹ a cui il Trattato di Lisbona ha riconosciuto il rango di fonte primaria nell'ordinamento europeo (comunitario).

La c.d. Carta di Nizza, inoltre, garantisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare delle persone,⁴⁰ protetto anche dall'art. 8 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, la quale, insieme alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, difende diritti che fanno parte dell'ordinamento dell'Unione «in quanto principi generali».⁴¹

Al fine di garantire questi diritti fondamentali, i Trattati e la Carta esigono espressamente l'istituzione di Autorità indipendenti.

³⁷ M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 38, mette in luce come questa circostanza sottoponga le Autorità italiane «a una sorta di *peer review*, cioè a un controllo di fatto reciproco e paritario», concorrendo così «a risolvere, almeno in parte, il problema della *accountability*».

³⁸ Art. 39, TUE, e art. 16, TFUE.

³⁹ Art. 8 della Carta dei diritti.

⁴⁰ Art. 7 della Carta dei diritti.

⁴¹ Art. 6, co. 3, TUE.

L'indipendenza funzionale e istituzionale del Garante dei dati personali, quindi, trova riconoscimento nel diritto «costituzionale» dell'Unione europea.

L'obbligo d'istituire quest'organo e la funzione di garanzia da esso svolta sono specificati nel diritto derivato.

La direttiva n. 1995/46/CE stabilisce che gli Stati membri sono tenuti a istituire «una o più autorità pubbliche» per l'applicazione della normativa a tutela dei dati personali, precisando che questi organi devono essere «pienamente indipendenti nell'esercizio delle funzioni loro attribuite».⁴²

La funzione di garanzia dei diritti fondamentali delle persone, «in particolare la vita privata», è richiamata tra i *considerando* della direttiva citata,⁴³ nonché tra quelli della direttiva n. 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati nel settore delle comunicazioni elettroniche,⁴⁴ rendendo così esplicite le ragioni dell'istituzione del Garante.

Di queste direttive costituisce attuazione il Codice italiano per la protezione dei dati personali, che disciplina l'istituzione, l'organizzazione e il funzionamento del Garante.⁴⁵

Il profilo europeo del Garante, infine, è rafforzato anche dalla sua partecipazione al Gruppo europeo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali, organo indipendente dell'Unione che esercita funzioni consultive.⁴⁶

⁴² Art. 28, dir. 1995/46/CE.

⁴³ *Considerando* n. 2, dir. 1995/46/CE.

⁴⁴ *Considerando* n. 2, dir. 2002/58/CE, che rinvia agli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti.

⁴⁵ Art. 184, d.lgs. n. 196/2003.

⁴⁶ Art. 29, dir. 1995/46/CE.

Lo stretto legame tra l'indipendenza dei Garanti nazionali dei dati personali e la funzione di protezione dei diritti loro attribuita è stato sottolineato dalla Corte di giustizia, la quale ha accolto il ricorso per inadempimento presentato dalla Commissione nei confronti della Germania.⁴⁷

Nei vari *Länder*, infatti, tale funzione era affidata ad autorità dipendenti dagli organi di governo regionali, in contrasto con l'indipendenza richiesta dal diritto dell'Unione.

La Corte rammenta che, riferito a un organo pubblico, «il termine “indipendenza” designa in particolare uno *status*» che garantisce di svolgere le sue funzioni «in piena libertà in assenza di qualsivoglia istruzione o pressione».⁴⁸

Nel caso dei Garanti, l'aggettivo «indipendenti» è rafforzato dall'avverbio «pienamente» e questo, secondo i giudici di Lussemburgo, «implica un potere decisionale alieno da qualsiasi influenza esterna all'autorità di controllo», sia essa diretta o indiretta e proveniente dai soggetti controllati o dagli organi di governo.⁴⁹

Tale caratteristica costituisce «un elemento essenziale» affinché questi organi possano adempiere al proprio compito di «custodi» dei diritti fondamentali riconosciuti nei Trattati (e, oggi, nella c.d. Carta di Nizza).⁵⁰

⁴⁷ Corte giust., sent. 9 marzo 2010, C-518/07, *Commissione c. Germania*, sulla quale si v. F. FABBRINI, *Il diritto dell'UE e l'indipendenza delle autorità nazionali garanti della protezione dei dati*, in “Giorn. dir. amm.”, 2010, pp. 1028 e ss..

⁴⁸ *Ivi*, pt. 18.

⁴⁹ *Ivi*.

⁵⁰ *Ivi*.

Nelle importanti parole spese dalla Corte di giustizia risalta il fondamento dell'indipendenza e delle attribuzioni del Garante dei dati personali nelle fonti di rango più elevato dell'ordinamento europeo (comunitario).

Una circostanza che, come si vedrà *infra*, capitolo VI, non solo legittima la sua sottrazione all'indirizzo politico e amministrativo del Governo, ma che non può non produrre riflessi sul ruolo che quest'Autorità è potenzialmente in grado di svolgere nei giudizi innanzi alla Corte costituzionale.

3.2. La Banca d'Italia.

Nel diritto europeo (comunitario) trovano fondamento anche le funzioni della Banca d'Italia.

Infatti, il Trattato sul funzionamento dell'Unione ne impone l'indipendenza laddove vieta alle banche centrali nazionali di sollecitare o accettare istruzioni dalle istituzioni dell'Unione, dai governi degli Stati membri o da qualsiasi altro organismo, nell'assolvimento dei loro doveri previsti dal diritto dell'Unione.⁵¹

L'indipendenza dai governi nazionali si accompagna alla sottoposizione delle banche centrali nazionali agli indirizzi e alle istruzioni emanate dalla BCE.⁵²

Sul piano istituzionale, il Protocollo n. 4 al TFUE pone requisiti stringenti riguardo la durata del mandato del governatore (almeno cinque anni) e circonda di speciali garanzie

⁵¹ Art. 130, TFUE e art. 7, Prot. 4, TFUE. L'art. 131 TFUE e l'art. 14, Prot. 4, TFUE, inoltre, esigono che gli Stati membri adeguino la propria legislazione e lo Statuto della Banca centrale nazionale al diritto dell'Unione.

⁵² Art. 14, Prot. 4, TFUE.

le ipotesi di revoca dell'incarico, consentendo l'impugnazione dell'atto innanzi alla Corte di giustizia (sul punto, si veda *supra*, I.6).

Queste prescrizioni sono funzionali al perseguimento degli obiettivi del Sistema europeo di Banche centrali (SEBC) e al mantenimento dell'indipendenza della stessa BCE, il cui consiglio direttivo è composto dai governatori delle banche centrali nazionali.⁵³

3.3. L'Autorità garante della concorrenza.

Trova legittimazione nel diritto dell'Unione anche l'Autorità garante della concorrenza, la cui legge istitutiva deve essere interpretata «in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità Europee»,⁵⁴ è stata designata autorità nazionale competente in materia di concorrenza⁵⁵ e, in questa veste, «intrattiene con gli organi delle Comunità Europee» i rapporti previsti dalla normativa europea.⁵⁶

Nonostante nel diritto dell'Unione non si rinvenga alcuna norma che esplicitamente ne imponga l'indipendenza, a differenza del Garante dei dati personali e della Banca d'Italia, tale requisito, quantomeno nella sua dimensione funzionale (si veda *supra* I.1) può essere ricavato mediante un'interpretazione sistematica.

Infatti, il regolamento n. 2003/01/CE chiede agli Stati membri di designare l'autorità o le autorità garanti responsabili

⁵³ Art. 283, TFUE.

⁵⁴ Art. 1, l. 287/1990.

⁵⁵ L. 52/1996.

⁵⁶ Art. 10.4, l. 287/1990.

dell'applicazione degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione in materia di concorrenza.⁵⁷

Il regolamento prevede anche che le autorità garanti della concorrenza nazionali applichino le norme europee «in stretta collaborazione» con la Commissione, la quale è titolare di un sostanziale potere di avocazione dei casi.⁵⁸

Inoltre, le autorità nazionali, quando si pronunciano su fattispecie che sono già state oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere provvedimenti in contrasto con quest'ultima.⁵⁹

Infine, l'AGCM è inserita nell'*European Competition Network*, la rete nell'ambito della quale le varie autorità *antitrust* europee e la Commissione possono scambiarsi informazioni e risolvere conflitti di competenza.

I poteri attribuiti alla Commissione, uniti all'esigenza di uniformità applicativa del diritto dell'Unione nella tutela della

⁵⁷ Art. 5, reg. 2003/01/CE.

⁵⁸ L'art. 11, reg. 2003/01/CE, secondo cui «l'avvio di un procedimento da parte della Commissione [...] priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 [oggi artt. 101 e 102, TFUE] del trattato».

⁵⁹ Art. 16, reg. 2003/01/CE, che aggiunge che, quando la Commissione ha avviato un procedimento, le autorità nazionali devono evitare pronunce in contrasto con la decisione «contemplata» da questa. Anche l'art. 105, TFUE, prevede che la Commissione istruisce i casi di presunta infrazione alle norme sulla concorrenza «in collegamento con le autorità competenti degli Stati membri che le prestano la loro assistenza». Queste attribuzioni della Commissione hanno indotto M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 37 a definire l'AGCM addirittura un suo «braccio operativo». Anche S. CASSESE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, Relazione al Convegno della Fondazione Einaudi, Roma, 26 novembre 2010, in www.irpa.eu, p. 7, rileva che l'indipendenza dell'AGCM «si riduce rispetto alla sede europea». Di «"dipendenza" comunitaria da cui si genera indipendenza a livello nazionale» parla G.C. PINELLI, *L'autorità garante per la concorrenza e il mercato*.

concorrenza difficilmente potrebbero conciliarsi con eventuali poteri d'indirizzo degli organi politici nazionali.⁶⁰

Vi è quindi un vero e proprio obbligo comunitario ad assicurare alle autorità *antitrust* nazionali un'indipendenza quantomeno sul piano funzionale che, del resto, è riconosciuta anche negli Stati membri che prevedono la partecipazione del Governo alla nomina dei suoi componenti (si veda *supra* I.4.1).

3.4. L'Autorità per l'energia e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

L'indipendenza di altre Autorità trova fondamento nel diritto derivato dell'Unione.

È il caso dell'Autorità per l'energia: sia la direttiva sul mercato interno dell'energia elettrica, sia quella relativa al gas naturale prevedono che gli Stati membri designino un'autorità di regolazione che sia «giuridicamente distinta e funzionalmente indipendente da qualsiasi altro soggetto pubblico o privato» e provvedano affinché questa «possa prendere decisioni autonome, in maniera indipendente da qualsiasi organo politico».⁶¹

⁶⁰ F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, pp. 24 e ss..

⁶¹ Art. 35, dir. 2009/72/CE e art. 39, dir. 2009/73/CE, i quali richiedono anche che i componenti e il personale di quest'autorità agiscano «in maniera indipendente da qualsiasi interesse commerciale» e non sollecitino né accettino istruzioni «da alcun governo o da altri soggetti pubblici o privati». Tali autorità, inoltre, devono disporre «di dotazioni di bilancio annuali separate e di autonomia di esecuzione del bilancio assegnatole, nonché di risorse umane e finanziarie idonee allo svolgimento delle sue attività». Nel sistema previgente, le dir. 2003/54/CE e 2003/55/CE si curavano solo di porre l'Autorità al riparo degli interessi dell'industria, mentre in quello originario, costituito dalle dir. 1996/92/CE e 1998/30/CE, si prevedeva un'autorità con funzioni giustiziali che fosse in posizione d'indipendenza rispetto alle parti. Con le direttive «di terza generazione» l'indipendenza dell'AEEG – «già patrimonio della legislazione italiana», come osserva E. CIARALLI,

L'AEEG, inoltre, contribuisce a comporre il comitato dell'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia, che ha compiti consultivi e, soprattutto, di risoluzione dei conflitti di competenza tra Autorità di diversi Stati membri.⁶²

L'indipendenza dai governi nazionali si spiega anche con il fatto che questi spesso detengono partecipazioni significative nel capitale azionario di alcune imprese che operano nel mercato dell'energia e, quindi, se svolgessero direttamente il ruolo di regolatore si troverebbero in conflitto d'interessi.⁶³

La stessa esigenza si pone nel settore delle comunicazioni elettroniche ed è stata messa in rilievo dalla Corte di giustizia che, rispondendo nel 2008 a un quesito pregiudiziale posto da un giudice spagnolo, ha affermato che

«quando gli Stati membri mantengono la proprietà o il controllo di imprese che forniscono reti e/o servizi di comunicazione elettronica, essi sono tenuti a provvedere in particolare alla piena ed effettiva separazione strutturale della funzione di regolazione dalle attività inerenti alla proprietà o al controllo di tali imprese».⁶⁴

In seguito, nel 2009, il legislatore europeo (comunitario) ha emendato la direttiva quadro sulle comunicazioni elettroniche,

I mercati europei dell'elettricità e del gas, in "Mercato concorrenza regole", 2008, p. 197 – riceve una nuova e più salda legittimazione.

⁶² Artt. 7 e ss., reg. 2009/713/CE.

⁶³ F. SCLAFANI, L. ZANETTINI, *L'autorità per l'energia elettrica e il gas*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, p. 380; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 18.

⁶⁴ Corte giust., sent. 6 marzo 2008, C-82/07, *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*.

stabilendo la regola che era stata ricavata dalla Corte di Lussemburgo in via interpretativa, secondo cui le autorità nazionali di regolazione «operano in indipendenza e non sollecitano né accettano istruzioni da alcun altro organismo nell'esercizio dei compiti loro affidati». ⁶⁵

In questo caso, peraltro, il diritto dell'Unione da un lato fa salva l'eventuale «supervisione a norma del diritto costituzionale nazionale» sull'Autorità e, dall'altro, ammette la rimozione dei suoi componenti «se non rispettano più le condizioni prescritte per l'esercizio delle loro funzioni fissate preventivamente nell'ordinamento nazionale». ⁶⁶

L'AGCOM, infine, esprime il rappresentante italiano in seno al comitato dell'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC), con compiti prevalentemente consultivi. ⁶⁷

3.5. Le Autorità la cui indipendenza non trova fondamento nel diritto dell'Unione.

Nonostante la CONSOB svolga diverse funzioni attribuite in attuazione di direttive europee, ⁶⁸ nel diritto dell'Unione non è possibile trovare un fondamento per la sua indipendenza e, al contrario dell'Autorità della concorrenza (si veda *supra*, II.3.3),

⁶⁵ Art. 3, dir. 2002/21/CE come modificata dalla dir. 2009/140/CE. Anche in questo caso, occorre che le autorità «dispongano di bilanci annuali separati» e di risorse finanziarie e umane «sufficienti» affinché possano partecipare attivamente all'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC).

⁶⁶ *Ivi.*

⁶⁷ Art. 4, reg. 2009/1211/CE.

⁶⁸ E. CARDI, *La Consob come istituzione comunitaria*, in F. BASSI, F. MERUSI, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, pp. 99 e ss..

non si ritiene che il requisito possa essere ricavato in via interpretativa.

La direttiva n. 2004/39/CE, infatti, si limita a esigere che gli Stati individuino delle «autorità pubbliche» cui attribuire il compito di vigilanza sui mercati degli strumenti finanziari.⁶⁹ La stessa normativa consente di delegare queste funzioni «a soggetti diversi dalle autorità» di vigilanza, purché questi siano organizzati «in modo da evitare conflitti di interesse».⁷⁰

In questo caso, quindi, non vi è la necessità d'istituire un'autorità indipendente e il modello dell'amministrazione imparziale, adottato dal legislatore italiano (si veda *supra* II.2), appare sufficiente a soddisfare le esigenze derivanti dal diritto dell'Unione.

Anche la CONSOB, comunque, è inserita in un organismo europeo, dato che il suo Presidente è componente del Consiglio dell'*European Securities and Markets Authority* (ESMA) e, nell'espletamento di quest'incarico, agisce «in piena indipendenza e obiettività nell'interesse esclusivo dell'Unione nel suo insieme».⁷¹

⁶⁹ Art. 48, dir. 2004/39/CE.

⁷⁰ *Ivi.*

⁷¹ L'ESMA, istituita con reg. 2010/1095/UE, insieme all'EIOPA, istituita con reg. 2010/1094/UE, e all'EBA, istituita con reg. 2010/1093/UE, è una delle tre autorità di vigilanza europee che fanno parte dell'*European System of Financial Supervision*, creato in seguito alla crisi finanziaria mondiale iniziata nel 2008 al fine di «accrescere la qualità e l'uniformità della vigilanza nazionale, rafforzando la vigilanza dei gruppi transfrontalieri e creando un *corpus* unico di norme applicabile a tutti i partecipanti ai mercati finanziari nel mercato interno». Sul tema si v. P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano 2012.

Non risponde a un obbligo comunitario nemmeno l'indipendenza dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, in quanto in quest'ultimo settore, gli Stati membri *possono*, non *devono*, istituire un'«agenzia indipendente».⁷²

Anche Autorità come la Commissione di garanzia della legge sullo sciopero, la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, l'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni private non trovano fondamento nel diritto dell'Unione.

4. La legittimazione di (alcune) Autorità nell'articolo 11 della Costituzione quale «sicuro fondamento» dei rapporti tra ordinamento italiano e diritto dell'Unione.

I rapporti tra diritto dell'Unione europea e ordinamento italiano, come ricostruiti dalla giurisprudenza costituzionale, sono noti, ma è opportuno accennarvi, perché da questo tema si svilupperà la tesi che s'intende sostenere in questo scritto.

Tali rapporti trovano «sicuro fondamento» nell'art. 11 Cost., una disposizione collocata «non senza significato e conseguenze tra i principi fondamentali della Carta».⁷³

Tale norma ha consentito all'Italia di trasferire, limitando la propria sovranità, competenze normative in determinate materie all'Unione europea, sulla base del principio di attribuzione.

La giurisprudenza prevalente configura i due sistemi come «autonomi e *distinti*, ancorché coordinati»⁷⁴ e solo in una

⁷² Art. 81, dir. 2004/18/CE e art. 72, dir. 2004/17/CE.

⁷³ Corte cost., sent. n. 227 del 2010.

pronuncia la Corte ha definito l'ordinamento europeo (comunitario) «autonomo, *integrato* e coordinato con quello interno»⁷⁵ [corsivi miei].

La distinzione tra i due ordinamenti, tuttavia, se comporta che il giudice costituzionale non possa sindacare gli atti delle istituzioni dell'Unione,⁷⁶ non impedisce a questi atti di produrre effetti dirompenti nel sistema delle fonti, in virtù del primato sulle leggi interne.⁷⁷

Le norme europee (comunitarie), quando sono provviste di effetti diretti⁷⁸ precludono, tanto ai giudici comuni,⁷⁹ quanto agli organi amministrativi (e, quindi, alle Autorità indipendenti, come si vedrà *infra*, VI.5),⁸⁰ «l'applicazione di contrastanti disposizioni del diritto interno», se non è possibile fornire di queste ultime un'interpretazione che sia conforme al diritto dell'Unione.⁸¹

Quando le norme europee (comunitarie) sono prive di effetto diretto, l'antinomia rispetto a quelle interne «è sottoposta al sindacato della Corte per violazione dell'art. 11 ed oggi anche

⁷⁴ Corte cost., sentt. n. 125 del 2009, n. 168 del 1991, n. 170 del 1984 e n. 183 del 1973.

⁷⁵ Corte cost., sent. n. 102 del 2008.

⁷⁶ Corte cost., sent. n. 183 del 1973, che spende l'argomento secondo cui «l'art. 134 della Costituzione riguarda soltanto il controllo di costituzionalità nei confronti delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni».

⁷⁷ Sul principio del primato del diritto comunitario si v. Corte giust., sent. 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa*; Corte giust., sent. 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmmenthal*. In letteratura, si v. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova 2010, pp. 201 e ss..

⁷⁸ Sul principio dell'effetto diretto del diritto comunitario si v. Corte giust., sent. 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*. In letteratura, si v. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, pp. 164 e ss..

⁷⁹ Corte cost., sentt. n. 284 del 2007, n. 170 del 1984.

⁸⁰ Corte cost., sent. n. 389 del 1989.

⁸¹ Corte cost., sent. n. 28 del 2010.

dell'art. 117, primo comma, Cost.»,⁸² così come avviene sempre (a prescindere dalla loro diretta applicabilità) quando il contrasto è rilevato nel giudizio sulle leggi in via principale.⁸³

Infine, il fondamento nell'art. 11 Cost., dei rapporti tra ordinamento italiano e diritto dell'Unione consente alle norme europee (comunitarie) di prevalere anche su quelle interne di rango costituzionale, trovando un limite solo nei principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato (i c.d. «controlimiti»⁸⁴).

Per questa ragione, le norme del diritto dell'Unione europea possono

«legittimamente prevedere [...] forme attuative di sé medesime, e quindi normative statali derogatrici del quadro della normale distribuzione costituzionale delle competenze interne».⁸⁵

La circostanza non desta stupore, se si rammenta che già nella sentenza n. 183 del 1973 i giudici di Palazzo della Consulta avevano messo in rilievo come all'art. 11 Cost., dovesse riconoscersi «un valore non soltanto sostanziale ma anche procedimentale», in quanto consente le limitazioni di sovranità derivanti dall'appartenenza al processo d'integrazione europea

⁸² *Ivi.*

⁸³ Corte cost., sentt. n. 94 del 1995, n. 129 del 2006.

⁸⁴ Corte cost., n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 1146 del 1988, n. 232 del 1989, n. 227 del 2010. In letteratura si v. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.

⁸⁵ Corte cost., sent. n. 126 del 1996. La questione concerneva l'istituzione, ritenuta lesiva da alcune Regioni ma legittimata dal diritto comunitario, di «un'unica autorità centrale» incaricata di svolgere determinate funzioni.

«esonerando il Parlamento dalla necessità di ricorrere all'esercizio del potere di revisione costituzionale» di volta in volta.⁸⁶

È sulla base dei rapporti tra diritto dell'Unione europea e ordinamento interno, così ricostruita, che si può sostenere che l'istituzione delle Autorità indipendenti, quando è oggetto dei vincoli comunitari, trovi un fondamento nell'art. 11 Cost..

Le norme europee (comunitarie), si è visto, «possono legittimamente prevedere forme attuative di sé medesime» e questo hanno fatto, inducendo gli Stati a istituire organi garanti dei dati personali, integrando le Banche centrali nel SEBC, affidando alle autorità *antitrust* nazionali il compito di applicare le norme del Trattato sulla concorrenza (sotto il controllo della Commissione), esigendo l'istituzione di autorità di regolazione nei mercati dell'energia elettrica, del gas, delle comunicazioni elettroniche.

La legislazione statale deve dare attuazione a questi obblighi anche in deroga al «quadro della normale distribuzione costituzionale delle competenze interne».

La Corte sinora ha avuto modo di trarne le conseguenze sul piano dei rapporti tra Stato e Regioni, ma tale affermazione – che si basa sulla natura di principio fondamentale dell'art. 11 Cost. – ha una portata tale da potersi riferire anche al riparto di competenze tra gli organi statali.

Su questa base, si può sostenere che la regola secondo cui la pubblica amministrazione è sottoposta ai poteri con i quali il

⁸⁶ Corte cost., sent. n. 183 del 1973. La Corte spiega che, in caso contrario, la norma posta dall'art. 11 Cost. «risulterebbe svuotata del suo specifico contenuto normativo».

Presidente del Consiglio mantiene l'unità d'indirizzo politico e amministrativo possa essere derogata istituendo, in attuazione del diritto dell'Unione, organi sottratti a quei poteri.

Tale deroga alla normale ripartizione di competenze tra governo e pubblica amministrazione, non sembra in contrasto con i «controlimiti», come pare sostenere chi teme che il diritto dell'Unione introduca «un canale di legittimazione della decisione politica irresponsabile e alternativo rispetto a quello politico-rappresentativo».⁸⁷

Infatti, se si condivide l'idea che l'indirizzo politico si sostanzia nell'individuazione dei fini dell'azione dei pubblici poteri,⁸⁸ si può notare come le Autorità non svolgono delle funzioni libere nel fine, ma contribuiscono ad attuare l'indirizzo politico che si esprime mediante atti legislativi e quindi non ne sono sottratte.⁸⁹

Come ha affermato anche la Corte di giustizia nella sentenza relativa ai Garanti dei dati personali dei vari *Länder*

⁸⁷ G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano 2011, pp. 721 e ss..

⁸⁸ E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, pp. 164 e ss., che identifica nella libertà nel fine il tratto distintivo del potere politico e vede come tratto unificante delle varie attività d'indirizzo lo scopo di tradurre sul terreno giuridico le scelte politiche operate dalle forze di maggioranza. In particolare, p. 200, l'Autore ritiene che il punto di arrivo della «politicalità» come libertà nella scelta dei fini sia la legge ordinaria, al di sotto della quale non esisterebbe dimensione politica, ma solo discrezionalità amministrativa. Si v. anche T. MARTINES, voce *Indirizzo politico*, in Enc. dir., pp. 134 e ss., il quale scompone l'indirizzo politico in tre fasi: teleologica (individuazione dei fini), strumentale (predisposizione dei mezzi per raggiungere quei fini) ed effettuale (conseguimento dei fini). Se si accetta questa visione, le Autorità parteciperebbero sicuramente al terzo momento, contribuendo a perseguire gli obiettivi posti dal legislatore, ma non ai primi due.

⁸⁹ V. CERULLI IRELLI, *Premesse*, p. 4.

tedeschi, il principio democratico «non osta» all'esistenza di autorità pubbliche «più o meno indipendenti dal governo», se queste sono «soggette al rispetto della legge sotto il controllo dei giudici competenti».⁹⁰

Il rispetto del principio di legalità e del sindacato giurisdizionale sono quindi i temi che dovranno essere affrontati nel prosieguo della trattazione.

5. Le Autorità legittimate dalla funzione di garanzia di valori costituzionali. I dubbi di costituzionalità del decreto istitutivo dell'IVASS.

Non sempre la legittimazione delle Autorità trova fondamento nel diritto dell'Unione e, quindi, nell'art. 11 Cost..

In primo luogo, come si è visto *supra* II.3.5, gli Stati membri hanno la facoltà, non l'obbligo, d'istituire un organo indipendente per la vigilanza sui contratti pubblici.⁹¹

Inoltre, mancano sufficienti riferimenti nel diritto europeo (comunitario) per sostenere la legittimazione della Commissione di garanzia della legge sullo sciopero, della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche e dell'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni private sono privi di un fondamento nel diritto dell'Unione.

⁹⁰ Corte giust., sent. 9 marzo 2010, C-518/07, *Commissione c. Germania*. In questa sentenza, comunque, la Corte ha precisato come risulterebbe «inconcepibile» l'assenza di una «influenza» del Parlamento sulle Autorità, ma ha giudicato comunque sufficiente a soddisfare il principio democratico la loro istituzione con legge, la nomina parlamentare o governativa dei loro componenti e la presentazione di una relazione annuale con cui rendere conto del proprio operato.

⁹¹ Art. 81, dir. 2004/18/CE e art. 72, dir. 2004/17/CE.

Infine, vi sono Autorità che, pur trovando un riconoscimento nell'ordinamento europeo (comunitario), svolgono funzioni di grande rilevanza anche in ambiti a esso estranei, per le quali tale ordinamento non può fornire «copertura», quindi, occorre cercare una giustificazione dell'«indipendenza» nel diritto nazionale.⁹²

L'esempio principale di quest'ultima categoria è rappresentato dall'AGCOM, incaricata di regolare la parità di accesso ai mezzi d'informazione durante le campagne elettorali e referendarie.

Altri autori hanno provato a sostenere che tali Autorità indipendenti sarebbero riconducibili a una funzione costituzionale di controllo, di cui sarebbero espressione il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti, collocati all'interno della sezione dedicata al Governo ma indipendenti dal Consiglio dei ministri.

Nell'esercizio di questa funzione, si argomenta,

«la responsabilità non si riversa sul canale politico-parlamentare, ma si traduce nel rispetto dei principi del contraddittorio, della trasparenza, della motivazione, della congruità logica delle decisioni, con assoggettamento a tal fine a controllo giudiziario».⁹³

⁹² In tal senso anche M. MANETTI, *Le proposte di riforma costituzionale in materia di autorità indipendenti*, in ASSOCIAZIONE DEI COSTITUZIONALISTI, *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, pp. 175 e ss..

⁹³ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano 2003, p. 195, definisce Consiglio di Stato e Corte dei conti come «amministrazioni indipendenti» e vi accomuna le Autorità. Si v. anche A. MASSERA, «Autonomia» e «indipendenza» nell'amministrazione dello Stato, p. 453; V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in "Foro amm.", 1997, pp. 341 e ss.. In termini simili, si v. anche M. D'ALBERTI, voce *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, p. 4.

Tuttavia, come si vedrà *infra* capitoli III e IV, le Autorità esercitano poteri normativi, sanzionatori e di risoluzione delle controversie che «non possono ridursi ad una neutrale funzione di controllo».⁹⁴

Il titolo di legittimazione dei poteri delle Autorità, allora, può essere rinvenuto negli interessi di rango costituzionale alla cui tutela queste sono deputate.⁹⁵

È la necessità di proteggere questi interessi che consente al legislatore di modificare l'articolazione dei poteri, «restringendo le proprie e le altrui competenze a favore di soggetti nuovi e diversi».⁹⁶

La tesi trova eco in alcune pronunce della Corte costituzionale.

In particolare, il giudice delle leggi ha sottolineato la funzione «di vigilanza e garanzia» svolta dall'Autorità per i contratti pubblici sul rispetto del principio di trasparenza, del diritto europeo e della libera concorrenza tra gli operatori.⁹⁷

⁹⁴ M. MANETTI, *Il garante della par condicio*, p. 101.

⁹⁵ G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in "Riv. trim. dir. pubbl." 1997, pp. 663. L'Autore ritiene che nelle Autorità possano identificarsi quelle «istituzioni delle libertà» evocate come migliore garanzia dei diritti costituzionali da A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 71. Si v. anche G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, p. 121 e ss.; N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, p. 91; M. PASSARO, *Il Garante per la radiodiffusione e l'editoria come potere dello Stato*, p. 1687; G.C. PINELLI, *L'autorità garante per la concorrenza e il mercato*, in www.forumcostituzionale.it.

⁹⁶ M. MANETTI, *Il garante della par condicio*, p. 105.

⁹⁷ Corte cost., sent. n. 482 del 1995. Con questi argomenti, la Corte ha rigettato le censure proposte da alcune Regioni e Province autonome, le quali sostenevano che i poteri dell'AVCP violassero le loro competenze in materia di ordinamento degli uffici e di lavori pubblici.

È in virtù di questo compito che l'Autorità è chiamata a operare «in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo e agli organi di ogni amministrazione», un'indipendenza funzionale che si traduce, sul piano istituzionale, nella speciale procedura che affida la nomina dei suoi componenti ai Presidenti delle Camere (si veda *supra*, I.2.1).⁹⁸

La Corte ha ritenuto che svolgesse una funzione di tutela dei diritti fondamentali della persona anche la Commissione di garanzia istituita dalla legge n. 146 del 1990.

Questa legge, rilevano i giudici di Palazzo della Consulta, costituisce attuazione dell'art. 40 della Costituzione ed è volta a contemperare l'esercizio del diritto di sciopero dei lavoratori addetti ai servizi pubblici essenziali con i valori fondamentali legati alla integrità della vita e della personalità dei singoli e con gli «interessi generali assolutamente preminenti» riconosciuti dalla giurisprudenza costituzionale.⁹⁹

Il legislatore ha affidato l'applicazione di questa disciplina «nella dialettica del conflitto fra il datore di lavoro e le forze sindacali» a un organo indipendente, che non esercita alcuna funzione che concerna la regolamentazione, l'organizzazione o l'erogazione di servizi pubblici essenziali, e ricopre una posizione che la Corte definisce «neutrale».¹⁰⁰

Questa tesi appare applicabile anche all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, cui la legge affida il compito di assicurare il rispetto dei principi di pluralismo, libertà di

⁹⁸ *Ivi.*

⁹⁹ Corte cost., sent. n. 32 del 1991.

¹⁰⁰ *Ivi.*

espressione, obiettività, completezza, lealtà e imparzialità dell'informazione.¹⁰¹

Principi che sono stati individuati dalla giurisprudenza costituzionale come un corollario della stessa forma di Stato delineata dalla Costituzione, la quale esige che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale.¹⁰²

La funzione di garanzia dell'AGCOM si manifesta anche nel compito di disciplinare la parità di trattamento e l'imparzialità rispetto a tutti i soggetti politici nell'accesso ai mezzi di informazioni,¹⁰³ che la Corte ha ritenuto sono «connessi al corretto svolgimento del confronto politico su cui in permanenza si fonda [...] il sistema democratico».¹⁰⁴

Si tratta di funzioni che sarebbe irragionevole attribuire a un organo dipendente dal Governo.

La Corte, infatti, in regime di monopolio pubblico del servizio radiotelevisivo, ha ritenuto che uno dei presupposti necessari per assicurare la possibilità di accedere al mezzo «almeno a tutte quelle più rilevanti formazioni nelle quali il pluralismo sociale si esprime e si manifesta» fosse evitare che gli organi del gestore di tale servizio fossero costituiti «in modo da

¹⁰¹ Artt. 3, d.lgs. 177/2005.

¹⁰² Corte cost., sentt. n. 112 del 1993, n. 420 del 1994.

¹⁰³ Art. 1, legge n. 28/2000.

¹⁰⁴ Corte cost., sent. n. 155 del 2002. Questo principio è riconosciuto anche dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo quale corollario della libertà di espressione garantita dall'art. 10. Sul punto si v., da ultimo, ECtHR, sent. 7 giugno 2012, *Centro Europa 7 s.r.l. and Di Stefano v. Italy*, ptt. 129 e ss..

rappresentare direttamente o indirettamente espressione, esclusiva o preponderante, del potere esecutivo».

Si può ritenere che la stessa esigenza sussista anche ora, pur in un sistema misto, in relazione all'Autorità di regolazione che, non a caso, viene nominata con una procedura complessa, in cui concorrono Parlamento e Governo (si veda *supra*, I.4.2).

Al contrario, solleva dei dubbi di legittimità costituzionale la sostituzione dell'ISVAP con l'IVASS, con la quale ha comportato la sottrazione dei poteri di regolazione e vigilanza sul settore assicurativo al Governo, affidandoli a un organo indipendente, sia sul piano funzionale, sia su quello istituzionale (si veda *supra*, I.2 e I.4.4), in assenza tanto della necessità di ottemperare a vincoli comunitari, quanto di affidare una funzione di garanzia di diritti costituzionali a un organo estraneo all'unità d'indirizzo politico.

CAPITOLO III

LE FUNZIONI NORMATIVE DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

1. I poteri normativi delle Autorità indipendenti: una panoramica.

La titolarità di potestà normative è uno degli aspetti che più differenzia tra loro le varie Autorità.¹

A tutte è attribuito il potere di disciplinare il proprio funzionamento – nonché i registri o gli albi affidati alla loro cura² e il procedimento per la concessione delle autorizzazioni che sono

¹ Non a caso, il tipo di funzioni esercitate viene spesso richiamato come criterio per distinguere tra Autorità «di regolazione» e Autorità «di garanzia»: si v. F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di Autorità amministrative indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, pp. 25 e ss., nonché G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, pp. 661 e ss.; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, p. 135; V. RICCIUTO, *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano*, in R. DI RAIMO, V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia*, p. 345. Criticano questa distinzione G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, p.18, perché il fine delle Autorità sarebbe pur sempre un fine di garanzia d'interessi di rango costituzionale; M. MANETTI, *Il garante della par condicio*, p. 74, la quale rileva che anche le c.d. autorità di regolazione operano in un settore, quello dei servizi pubblici essenziali, al quale l'art. 43 Cost., attribuisce rilevanza costituzionale, in quanto si tratta di attività economiche che condizionano la realizzazione degli obiettivi di sviluppo della persona di cui agli artt. 2 e 3 Cost.; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti*, p. 50, secondo cui la distinzione «finisce col sottintendere una sostanziale svalutazione del legame tra processi economici e libertà fondamentali».

² Per esempio, il registro degli operatori di telecomunicazione, nel caso dell'AGCOM (art. 1, l. 249/1997), gli albi dei consulenti e dei promotori finanziari, in quello della CONSOB (artt. 18-bis e 31, d.lgs. 58/1998), l'albo dei gruppi bancari, in quello della Banca d'Italia (art. 64, d.lgs. 385/1993), l'albo degli assicuratori, degli intermediari e dei periti assicurativi (artt. 14 e ss., art. 109, e art. 157, d.lgs. 209/2005) in quello dell'ISVAP.

incaricate di rilasciare³ – che non rappresenta un mero corollario della «funzione organizzatrice» dell'amministrazione⁴ ma, nel loro caso, è anche garanzia dell'indipendenza funzionale che le caratterizza.

Alcune, inoltre, possono emanare atti ai quali, «per il contenuto generale e astratto, nonché sostanzialmente innovativo dell'ordinamento», deve essere riconosciuta natura normativa⁵ e volte a disciplinare anche i rapporti tra privati.⁶

³ Per esempio, la prestazione di servizi via satellite, via cavo o su altri mezzi, e di servizi televisivi su richiesta, nel caso dell'AGCOM (artt. 20 e ss., d.lgs. 177/2005); la prestazione di servizi in Europa da parte delle SIM italiane e in Italia da parte di quelle di altri Stati membri (artt. 26 e 41, d.lgs. 58/1998), l'autorizzazione all'attività delle SGR (art. 34, d.lgs. 385/1993) e delle SICAV (art. 43), nonché, naturalmente, dell'attività bancaria (art. 19), nel caso della Banca d'Italia; l'esercizio di attività assicurativa, nel caso dell'ISVAP (art. 14, d.lgs. 209/2005).

⁴ S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, pp. 87 e ss.; N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, pp. 91 e ss.; su tale funzione si v. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966.

⁵ V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, p. 77. Si v. altresì F. POLITI, voce *Regolamenti delle autorità indipendenti*, in "Enc. giur.", 2001. Sul requisito della capacità innovativa dell'ordinamento si v. A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli 1970: sui requisiti di generalità e astrattezza dell'atto normativo si v. G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998 e A. CERRI, voce *Regolamenti*, in "Enc. giur.", Roma, 1991 p. 3.

⁶ G. ALPA, *I poteri regolamentari delle Autorità amministrative indipendenti*, in S. AMOROSINO, G. MORBIDELLI, M. MORISI (a cura di), *Istituzioni, mercato e democrazia. Liber amicorum per Alberto Predieri*, Torino 2002, pp. 11 e ss.; N. MARZONA, *I poteri normativi delle Autorità indipendenti*, p. 94. Alcune voci, in passato, hanno ritenuto che i poteri normativi delle Autorità dessero vita a veri e propri «ordinamenti settoriali» [C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, pp. 37 e ss.], una lettura che, però, è rimasta minoritaria nella scienza giuridica [per la tesi che ritiene che le norme relative alle Autorità e quelle da loro emanate sono costitutive dell'ordinamento giuridico generale, si v. B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1996*, Torino 1996, pp. 228].

A questi atti, dunque, può essere applicato il regime degli atti normativi: per esempio, vigerebbero i principi «*jura novit curia*» e «*ignorantia legis non excusat*» e la loro erronea applicazione da parte del giudice potrebbe esserne censurata mediante ricorso per cassazione.⁷

Senza pretesa di fornire una rassegna dettagliata delle innumerevoli disposizioni che conferiscono a questi organi simili poteri, è opportuno richiamarne alcuni esempi.

L'Autorità per l'energia, per esempio, opera in un settore nel quale, oltre a garantire la promozione di una concorrenza prima inesistente, è necessario tutelare gli interessi degli utenti, assicurando loro la fruizione di questi servizi pubblici essenziali.⁸

Si spiegano così i poteri di quest'Autorità di determinare le tariffe dei servizi vigilati⁹ e di stabilire le condizioni

⁷ F. POLITI, voce *Regolamenti delle autorità*, p. 4; P. BILANCIA, *Attività normativa delle autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti*, Milano 1999, pp. 154 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, p. 78.

⁸ Si v. G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2003, pp. 2189 e ss. e P. RANCI, *L'energia elettrica e il gas*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, pp. 129 e ss.. Sui poteri normativi dell'AEEG si v., tra gli altri, F. SCLAFANI, L. ZANETTINI, *L'autorità per l'energia elettrica e il gas*, pp. 379 e ss.; C. SOLINAS, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato*, in "Contratto e impresa", n. 6/2010, p. 1368 e ss.; D. DE GRAZIA, *La regolazione dei servizi di pubblica utilità e l'attività «normativa» dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in P. CARETTI, (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, p. 79 e ss.; L. CICI, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in G. VESPERINI, G. NAPOLITANO, *Le autorità indipendenti*, Viterbo 1998 pp. 47 e ss..

⁹ Art. 2, co. 12, lett. e), l. 481/1985 e art. 23, co. 2, d.lgs. 164/2000. Sulla natura normativa di questi atti si v. TAR Lombardia (Milano), sent. n. 1298 del 2006. L'AEEG, inoltre, determina: il corrispettivo per l'accesso e l'uso della rete di trasmissione nazionale (art. 3, co. 10, d.lgs. 79/1999); le direttive sulla cui base i distributori elettrici stipulano contratti di compravendita con l'acquirente unico e il corrispettivo per le attività svolte da quest'ultimo (art. 4, co. 6 e 9, d.lgs.

dell'erogazione dei servizi,¹⁰ ma anche quelli di regolare l'accesso alla rete (sia degli utenti, sia soprattutto delle imprese che operano ai diversi livelli della filiera)¹¹ o d'incidere – anche con modalità particolarmente invasive – sulla struttura delle imprese.¹²

79/1999); «i criteri e i parametri economici per la determinazione del canone annuo da corrispondere agli eventuali proprietari di reti di distribuzione ai quali non sia assegnata la relativa concessione» (art. 9, co. 6, d.lgs. 79/1999); il corrispettivo che i soggetti che effettuano la vendita di gas naturale sono tenuti a versare ai soggetti che svolgono le connesse attività di trasporto, dispacciamento e stoccaggio (art. 18, co. 6, d.lgs. 164/2000 e art. 1, co. 41, l. 239/2004).

¹⁰ Per esempio, all'AEEG è attribuito il potere di «emanare le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente» (art. 2, co. 12, lett. h), l. 481/1985), ponendo norme che «costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio» predisposto dall'esercente (art. 2, co. 37, l. 481/1985) e secondo la giurisprudenza integrano il singolo contratto di somministrazione (si v., tra le altre, Cons. St., sent. n. 6628/2003), nonché, più in generale, d'indicare «condizioni *standard* di erogazione del servizio» (art. 1, co. 3, d.l. 73/2007); determina «le clausole negoziali e le regolamentazioni tecniche indispensabili al corretto funzionamento dell'intero sistema elettrico, da inserire nei contratti» (art. 6, co. 1, d.lgs. 79/1999); predispone i regolamenti necessari affinché i gestori dei servizi forniscano all'utente «indicazioni trasparenti circa le offerte proposte sul mercato» (art. 21, l. 99/2009).

¹¹ L'AEEG ha, tra gli altri poteri, quello di fissare: «le condizioni tecnico-economiche di accesso e di interconnessione» al cui rispetto è subordinato l'obbligo per il gestore della rete di trasmissione nazionale di connettere alla rete tutti i soggetti che ne facciano richiesta (art. 2, co. 12, lett. d), l. 481/1995 e art. 3, co. 1, d.lgs. 79/1999); «le condizioni atte a garantire a tutti gli utenti della rete la libertà di accesso a parità di condizioni» (art. 3, co. 3, d.lgs. 79/1999 e art. 24, co. 5, d.lgs. 164/2000), nonché i criteri e le priorità di accesso (art. 12, co. 7, d.lgs. 164/2000). Cons. St., sentt. n. 5140, n. 5141 e n. 5142 del 2012, richiamandosi a Corte giust., sent. 20 aprile 2010, C-265/08, *Federutility*, hanno ritenuto che il potere di fissare «prezzi di riferimento» del servizio di fornitura del gas naturale permanesse anche a seguito della liberalizzazione del settore (ponendo così fine a un annoso giurisprudenziale, sul quale si v. M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, pp. 266 e ss.), in quanto giustificato dall'interesse generale di mantenere ragionevole il costo per il consumatore, purché la regolazione sia proporzionata a tale obiettivo. In letteratura, S. CASSESE *Regolazione e concorrenza*, p. 25, aveva sostenuto la natura necessariamente provvisoria della regolazione.

¹² L'AEEG ha il potere di regolare il c.d. *unbundling*, emanando «le direttive per la separazione contabile e amministrativa» (art. 2, co. 12, lett. f), l. 481/1985 e art. 1, co. 4, d.lgs.

Poteri analoghi sono attribuiti anche all'Autorità di regolazione dei trasporti.¹³

La terza autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, infine, ha competenza normativa nel settore delle telecomunicazioni e in quello radiotelevisivo, ambiti nei quali la regolazione dell'attività economica s'intreccia con le libertà di comunicazione e di manifestazione del pensiero.

È facilmente intuibile l'importanza dei poteri di elaborare i piani di assegnazione delle frequenze,¹⁴ regolare l'interconnessione e l'accesso alle infrastrutture di telecomunicazione,¹⁵ emanare direttive sui livelli generali di qualità dei servizi,¹⁶ emanare le disposizioni per rendere effettivo il rispetto del diritto d'autore.¹⁷

A quest'Autorità, inoltre, la legge n. 28 del 2000 ha attribuito il compito di attuare il principio della parità di trattamento tra i soggetti politici nell'accesso ai mezzi

79/1999) e adottando «disposizioni per la separazione funzionale» (art. 1, co. 1, d.l. 73/2007) per le imprese che svolgono attività sia di distribuzione, sia di vendita di energia.

¹³ Art. 37, d.l. 1/2012.

¹⁴ Art. 1, l. 249/1997, per il settore delle comunicazioni elettroniche; art. 42, d.lgs. 177/2005, per quello radiotelevisivo.

¹⁵ In particolare, definisce criteri obiettivi e trasparenti, anche con riferimento alle tariffe massime, per l'interconnessione e per l'accesso alle infrastrutture di telecomunicazione secondo criteri di non discriminazione, regola le relazioni tra gestori e utilizzatori delle infrastrutture di telecomunicazioni e verifica che i gestori di infrastrutture di telecomunicazioni garantiscano i diritti di interconnessione e di accesso alle infrastrutture ai soggetti che gestiscono reti ovvero offrono servizi di telecomunicazione

¹⁶ Art. 61, d.lgs. 259/2003. L'AGCOM, inoltre, fissa gli obiettivi qualitativi per le imprese assoggettate a obblighi di servizio universale e può prescrivere alle imprese di pubblicare informazioni comparabili sulla qualità dei servizi offerti (art. 72).

¹⁷ Art. 32-bis, d.lgs. 177/2005.

d'informazioni (c.d. *par condicio*), anche regolando il riparto degli spazi tra i soggetti politici nella programmazione radiotelevisiva durante le campagne elettorali o referendarie.

Nel settore dei mercati finanziari e assicurativo, un vasto potere normativo è attribuito anche a CONSOB e Banca d'Italia.

La prima è incaricata della regolazione del mercato mobiliare, con poteri che spaziano dalla disciplina dei contratti ammessi¹⁸ alla specificazione degli obblighi di trasparenza correttezza e informazione gravanti sugli operatori,¹⁹ dalle offerte al pubblico²⁰ all'equilibrio fra generi negli organi sociali.²¹

Non minori poteri esercita la Banca d'Italia nel settore creditizio, disciplinando per esempio gli obblighi di adeguatezza patrimoniale, contenimento del rischio, organizzazione e controlli

¹⁸ In particolare, individua i contratti ammessi (art. 3, d.l. 95/1974), stabilisce la forma richiesta per la validità di particolari tipi di contratto (art. 6, d.lgs. 58/1998) e determina quali strumenti devono avere un contenuto tipico determinato (art. 95, d.lgs. 58/1998).

¹⁹ Art. 23, d.lgs. 58/1998 e art. 62 (con riferimento alle società controllate), art. 79 (sistemi di negoziazione). Quanto agli obblighi informativi, si v., tra gli altri, nel d.lgs. 58/1998, gli artt. 114 e 118-bis (con riferimento agli emittenti), art. 117-ter (imprese che si qualificano come «etiche»), art. 120 (partecipazioni rilevanti), 122 (patti parasociali), art. 124-ter (codici di comportamento in materia di governo societario promossi da società di gestione del mercato o da associazioni di categoria), art. 154-ter (relazioni finanziarie annuale e semestrale).

²⁰ Sia le offerte di strumenti finanziari (artt. 95 e ss. d.lgs. 58/1998), sia le offerte pubbliche di acquisto (artt. 102 e ss.).

²¹ Artt. 147-ter, co. 1-ter, e 148, co. 1-bis, d.lgs. 58/1998.

interni delle imprese,²² fondi comuni d'investimento,²³ obblighi informativi degli operatori,²⁴ contratti con i clienti.²⁵

La Banca d'Italia, inoltre, formula le proposte per le deliberazioni del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR).²⁶

All'IVASS, Autorità di recente istituzione e sostanzialmente dipendente dalla Banca d'Italia, sono ora attribuiti i poteri che spettavano all'ISVAP di emanare regolamenti attuativi del Codice delle assicurazioni private,²⁷ disciplinando l'adeguatezza patrimoniale e organizzativa delle imprese vigilate²⁸ e approvando norme in materia di controllo,²⁹ di

²² Con riferimento a SIM e SGR (art. 6, d.lgs. 58/1998), intermediari finanziari (art. 8, d.lgs. 385/1993), istituti di pagamento (114-quaterdecies). Inoltre, disciplina in conformità al CICR la cauzione che le banche sono tenute a costituire per l'emissione di assegni circolari (art. 49, d.lgs. 385/1993)

²³ Artt. 34 e ss., d.lgs. 58/1998.

²⁴ Artt. 51 e ss., d.lgs. 385/1993. Inoltre, stabilisce le informazioni da includere negli annunci pubblicitari sul credito al consumo (art. 123), individua in conformità alle delibere del CICR le disposizioni attuative sugli obblighi precontrattuali (art. 124) e sulla verifica del merito creditizio (art. 124-bis), le modalità per informare il consumatore della cessione del credito (art. 125-septies), le informazioni relative alle operazioni di pagamento e ai contratti che l'intermediario deve fornire al cliente (art. 126-quater), le ipotesi in cui possono essere utilizzati nomi come «banca», «moneta elettronica», «istituto di pagamento», etc., da parte di soggetti diversi dalle banche (art. 133).

²⁵ Art. 117, d.lgs. 385/1993. In particolare, può prescrivere il contenuto tipico che determinati contratti devono avere a pena di nullità.

²⁶ M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, p. 43, che osserva come, paradossalmente, la presenza del CICR «può rappresentare un vantaggio rispetto ad altre autorità indipendenti, nel senso che risolve almeno in parte il problema della legittimazione istituzionale».

²⁷ Art. 191, d.lgs. 209/2005.

²⁸ Art. 56, d.lgs. 209/2005.

²⁹ Art. 68 e ss., con riferimento anche agli accordi di voto (art. 70)

redazione del bilancio,³⁰ di obblighi d'informazione precontrattuale e di correttezza degli intermediari nei confronti del contraente.³¹

Le altre Autorità hanno poteri normativi apparentemente più circoscritti, ma che nel concreto esercizio possono risultare di grande influenza.³²

Il Garante dei dati personali promuove l'adozione dei codici deontologici adottati ³³ e, soprattutto, può emanare autorizzazioni generali per determinate categorie di titolari o di trattamento dei dati.³⁴

L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici stabilisce con regolamento le modalità della vigilanza che esercita e, in particolare, i termini d'invio delle comunicazioni cui sono tenute le imprese, le ispezioni, convocazioni, l'istruttoria e l'esercizio del potere sanzionatorio.³⁵ Inoltre, approva il bando-tipo in base al quale le stazioni appaltanti devono predisporre i propri bandi.³⁶

³⁰ In particolare, determina con regolamento gli schemi di bilancio, il piano dei conti, le modalità di redazione della nota integrativa (art. 89 e ss., d.lgs. 209/2005).

³¹ Art. 120, d.lgs. 209/2005. Inoltre, disciplina gli obblighi di trasparenza dei premi a carico degli intermediari (artt. 131 e 183), i criteri di riconoscibilità della pubblicità e di chiarezza e correttezza della pubblicità dei prodotti assicurativi (art. 182).

³² Evidenzia la circostanza M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti*, p. 48.

³³ Art. 12, d.lgs. 196/2003. In questo caso, osserva M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, p. 48, «elementi di unilateralità (autoritarità) convivono con elementi di consensualità (o di coregolazione)» ed è difficile individuare la natura, pubblica o privata, dell'atto finale, nonché il regime applicabile.

³⁴ Artt. 24 e 40, d.lgs. 196/2003. Nel 2011 sono state emesse autorizzazioni generali, per esempio, in materia di rapporti di lavoro, dati relativi allo stato di salute e la vita sessuale, giudiziari, genetici, e per il trattamento dei dati da parte di associazioni e fondazioni, liberi professionisti, investigatori privati, ricercatori, mediatori.

³⁵ Art. 8, d.lgs., 163/2006.

³⁶ Art. 64, d.lgs., 163/2006.

La Commissione di garanzia della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, infine, adotta la provvisoria regolazione quando manchino contratti, accordi collettivi o codici di autoregolazione.³⁷

Non è titolare di poteri normativi, almeno non in via diretta, l'Autorità garante della concorrenza, anche se vi è chi ritiene che essa svolga anche una funzione d'integrazione dei concetti giuridici indeterminati (quali, per esempio, «abuso di posizione dominante») contenuti nelle norme che è chiamata ad applicare.³⁸

Tutte le Autorità, inoltre, emanano anche atti atipici, – come raccomandazioni, istruzioni, circolari – la cui natura normativa è incerta.

Talvolta, infatti, sono considerati espressione della *moral suasion* esercitata da questi organi.³⁹

Tuttavia, se tali atti sono innovativi dell'ordinamento e vincolanti nei confronti dei terzi, anche a questi dovrà essere riconosciuta natura regolamentare.⁴⁰

³⁷ Art. 13, l. 146/1990. Inoltre, secondo S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, p. 103, altra espressione del potere normativo della Commissione di garanzia discenderebbe dalla attività interpretativa della normativa di settore.

³⁸ G. DE MINICO, *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, Padova 1997, pp. 18 e ss., che qualifica come normativa «l'attività di riempimento del parametro». F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in "Dir. proc. amm.", 2004, pp. 983 e ss.. M. MANETTI, *Le proposte di riforma*, p. 180; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in "Dir. amm.", 2007, pp. 761 e ss., inoltre, evidenzia la tendenza dell'AGCM – avvalorata dai giudici amministrativi – a utilizzare gli istituti della diffida e degli impegni per imporre obblighi di comportamento volti a configurare il miglior assetto possibile per un dato mercato, esercitando così nei fatti una funzione regolatoria. Si v. anche S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, p. 96;

³⁹ TAR Lazio (Roma), sent. n. 3367 del 2005.

2. Il fondamento di alcuni poteri normativi nel diritto dell'Unione. Possibili ricadute sul riparto di potestà regolamentare tra Stato e Regioni.

Si è visto come il diritto dell'Unione europea obblighi il legislatore a istituire Autorità indipendenti in alcuni settori.

Dallo stesso diritto europeo (comunitario) discende anche l'obbligo di dotare queste Autorità di poteri normativi.⁴¹

Le direttive europee in materia di energia e comunicazioni elettroniche, oltre a esigere l'istituzione di autorità di regolazione indipendenti, prevedono anche il conferimento, a queste, di poteri normativi.

Così, il diritto dell'Unione sorregge l'attribuzione all'Autorità per l'energia del compito di stabilire o approvare le tariffe e le condizioni per la connessione e l'accesso alle reti nazionali (o quantomeno i criteri per provvedervi), di emanare norme e requisiti in materia di qualità del servizio, di vigilare sul rispetto degli obblighi previsti dalla disciplina europea sulla sicurezza degli approvvigionamenti, di garantire misure effettive a tutela dei consumatori.⁴²

Allo stesso modo, la normativa europea in materia di comunicazioni elettroniche supporta il conferimento all'AGCOM

⁴⁰ V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, p. 79, il quale rinvia nuovamente a G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, e rammenta come, secondo la nota impostazione di E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano 1967, nell'ordinamento italiano non sempre sono previste forme tipiche per gli atti normativi di livello secondario.

⁴¹ Su quest'aspetto si v., F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna 2002, pp. 97 e ss.; F. CINTIOLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in "Foro amm. TAR", 2003, pp. 2779 e ss..

⁴² Art. 37, dir. 2009/72CE e art. 41, dir. 2009/73/CE.

della possibilità di specificare i contenuti degli obblighi informativi e, soprattutto, fissare obiettivi qualitativi per le imprese assoggettate a obblighi di servizio universale.⁴³

L'obbligo posto dalla direttiva, in questi casi, dovrà comunque essere attuato da una legge interna che attribuisca alle Autorità il potere di regolazione,⁴⁴ mentre questo non è necessario quando la norma da recepire è contenuta in un regolamento dell'Unione, che è «una fonte primaria direttamente applicabile nell'ordinamento interno».⁴⁵

Sotto un altro profilo, l'esigenza di rispettare i vincoli derivanti dal diritto dell'Unione può incidere sul riparto di competenze regolamentari tra Stato e Regioni.

Infatti, materie come «ordinamento della comunicazione» e «produzione, trasporto, distribuzione nazionale dell'energia» sono attribuite alla competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni e, di conseguenza, alla potestà regolamentare di queste ultime, in base all'art. 117, co. 6, Cost..

Con questa norma costituzionale potrebbero contrastare i poteri normativi esercitati dall'AEEG e dall'AGCOM (le quali,

⁴³ Artt. 11 e 22, dir. 2002/22/CE, come modificata dalla dir. 2009/140/CE. Sul punto si v. Cons. St. parere n. 5365 del 2010.

⁴⁴ Infatti, secondo Cons. St., sent. n. 1331 del 2002, il perseguimento degli obiettivi posti dal diritto dell'Unione deve comunque avvenire nel rispetto dell'esigenza d'individuare uno «schema legale» del potere dell'Autorità. Si v. anche la nota di N. BASSI, *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa fra regole costituzionali e norme comunitarie*, in "Foro amm.", 2002, pp. 1900 e ss..

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 461 del 1995, con riferimento ai poteri del CIPE, ma con argomenti estendibili anche ad altre amministrazioni.

com'è stato osservato, nell'esercizio di quei poteri devono comunque rispettare anche la legge regionale).⁴⁶

Infatti, come ha osservato la Corte costituzionale in un recente caso relativo all'AEEG, le Autorità sono comunque organi dello Stato, le cui competenze devono rispettare la sfera di competenze costituzionalmente riconosciuta alle Regioni.⁴⁷

La giustificazione di una deroga al riparto di competenze tra Enti può essere rinvenuta, come si è visto *supra*, II.4, nel vincolo derivante dal diritto dell'Unione di istituire un'autorità indipendente di regolazione in quei settori.

Come si ricorderà, le norme europee (comunitarie) «possono legittimamente prevedere forme attuative di sé medesime, e quindi normative statali derogatrici del quadro della normale distribuzione costituzionale delle competenze interne», come ha affermato il giudice delle leggi proprio in un caso in cui il vincolo consisteva nell'istituzione di «un'unica autorità centrale» incaricata di svolgere determinate funzioni.⁴⁸

Il precedente è stato richiamato proprio in una recente sentenza, che ha giudicato infondate le censure proposte avverso la legge che ha attribuito all'Autorità per l'energia del potere di emanare direttive relative alle condizioni tecniche ed economiche

⁴⁶ S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, in www.federalismi.it. Non sembra condivisibile, invece, l'opinione espressa nel *Documento conclusivo* dell'indagine conoscitiva deliberata nella XVI legislatura, p. 29, secondo cui non vi potrebbe essere «alcuna sovrapposizione» tra le competenze legislative regionali e i poteri normativi delle Autorità.

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 88 del 2009.

⁴⁸ Corte cost., sent. n. 126 del 1996. Il principio, affermato prima della modifica del Titolo V della Costituzione, appare ancora valido, in quanto non si fondava sulla previgente ripartizione delle competenze, ma sulla natura primaria del diritto europeo.

per l'erogazione del servizio di connessione d'impianti alimentati da fonti rinnovabili.⁴⁹

Per superare le censure delle Regioni ricorrenti, il giudice delle leggi, oltre all'argomento fondato sul vincolo comunitario, ha sostenuto che tali funzioni fossero riconducibili, sulla base di un giudizio di prevalenza, a materie di competenza legislativa esclusiva statale, come la tutela della concorrenza o quella dell'ambiente.⁵⁰ «Materie» nelle quali, peraltro, il vincolo comunitario è particolarmente forte, perché sia la promozione del «libero gioco della concorrenza» in un mercato dove è facile si formino posizioni dominanti, sia la protezione dell'ambiente e di una politica energetica sostenibile, sono obiettivi posti dalle direttive alla base dei poteri dell'AEEG.

Laddove il rispetto degli obblighi europei non possa essere invocato a giustificazione della scelta legislativa di accentrare un potere di regolazione in capo a un organo statale, la scienza giuridica ha suggerito di modificare il riparto costituzionale di competenze tra Stato e Regioni,⁵¹ di disegnare «un assetto regolatorio a due livelli» in cui all'Autorità è affidato un potere sostitutivo delle Regioni,⁵² di decentrare le Autorità seguendo l'esempio dei CO.RE.COM o di modelli stranieri,⁵³ oppure, infine, di prevedere delle intese tra queste e le Regioni.⁵⁴

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 88 del 2009.

⁵⁰ *Ivi.*

⁵¹ M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, pp. 38 e ss..

⁵² P. BILANCIA, *Autorità amministrative indipendenti tra Europa, Stato e Regioni*, in "Quad. cost.", 2003, pp. 150 e ss..

⁵³ G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, pp. 207 e ss.. I Co.re.com sono organi funzionali dell'AGCOM, ma istituiti con legge regionale sulla base dell'art. 1,

L'ultima proposta potrebbe risultare preferibile, in quanto riesce meglio delle altre a conciliare l'uniformità della regolazione – assicurata dall'accentramento dei poteri di regolazione in capo a un unico organo – con l'esigenza di rispettare le competenze regionali.

Proprio questa soluzione è stata adottata dal legislatore per la localizzazione degli impianti di radiodiffusione, prevedendo a tal fine un'intesa tra l'AGCOM e le Province autonome.⁵⁵

3. Il fondamento degli altri poteri normativi nella libertà d'istituire fonti subordinate alla legge. Alcuni corollari del rango sublegislativo dei regolamenti delle Autorità.

Quando non può essere invocato il diritto dell'Unione europea, il fondamento più saldo del potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti è rinvenibile nella libertà del legislatore d'istituire fonti subordinate alla legge.⁵⁶

co. 13, l. 249/1997 e svolgono compiti essenzialmente consultivi e di risoluzione delle controversie. Sui Co.re.com, definiti «ontologicamente organi delle Regioni, ma funzionalmente legati all'Autorità» si v. M.P. CARUSO, L. FALVELLA, *I CORECOM: profili soggettivi e funzionali*, in P.M. MANACORDA, G. DE MINICO, *Il ruolo delle Regioni e dei Corecom nello sviluppo della banda larga*, Firenze 2011, pp. 15 e ss..

⁵⁴ G. SIRIANNI, A. VALASTRO, *Autorità indipendenti di regolazione e Regioni*, in www.assemblea.emr.it.

⁵⁵ Art. 42, d.lgs. 177/2005. Il legislatore, nella scelta del meccanismo dell'intesa, ha tenuto conto di Corte cost., sent. n. 21 del 1991; Corte cost., sent. n. 6 del 1993.

⁵⁶ Sulla natura «sub-primaria» degli atti normativi delle Autorità amministrative indipendenti si v. S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, pp. 114 e ss.; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio* in N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, pp.295 e ss.. Ritene invece che questi regolamenti abbiano spesso rango primario A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in F. GALGANO, *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna 2011, p. 594, in quanto alla loro base vi sono «scelte orientate politicamente piuttosto che tecnicamente». Tuttavia, più che di «politicità», per le scelte operate dalle Autorità sembra

Infatti, come ritiene anche la giurisprudenza amministrativa, «l'attribuzione di poteri normativi, per le fonti subordinate alla legge, va individuata sulla base del principio di legalità» e si collega alla distribuzione di funzioni pubbliche fra una pluralità di soggetti «anche al di fuori dell'apparato governativo e ministeriale».⁵⁷

Alle Autorità, quindi, può essere attribuito un potere normativo, purché queste trovino «in un profilo legislativo primario al fonte attributiva del potere e i criteri di fondo che devono presiedere all'esercizio di tale potere».⁵⁸

opportuno discorrere di discrezionalità, in quanto questo trovano sempre un limite, a cominciare dal fine perseguito, nella legge attributiva del potere. Di conseguenza, il problema risulta quello di circoscrivere adeguatamente tale discrezionalità.

⁵⁷ Cons. St., parere n. 11603 del 2004, riguardante lo schema di Codice delle assicurazioni private. Gli argomenti spesi dai giudici di Palazzo Spada appaiono estendibili anche ad Autorità diverse dall'ISVAP (non a caso, parlano di «potestà normativa in capo alle autorità indipendenti»). Il parere aggiunge che l'introduzione per legge di una «formula organizzativa» che separi l'Autorità regolatrice dalla dipendenza diretta dell'organo politico «crea un'area d'interessi disciplinati comunque dal principio di legalità» e trova una giustificazione «nel criterio di una più razionale distribuzione dei ruoli e delle competenze». Si v. anche Trib. Roma, sent. 15 maggio 2007, che ha ritenuto manifestamente infondata un'eccezione d'illegittimità costituzionale avente a oggetto gli ampi poteri di regolazione attribuiti alla CONSOB dall'art. 6, d.lgs. 58/1998, nonché TAR Lazio (Roma), sent. n. 5523 del 2007, relativa all'ISVAP. In letteratura, si v. F. POLITI, voce *Regolamenti delle autorità*, p. 7, il quale, comunque, sostiene che l'autonomia delle Autorità abbia un fondamento costituzionale e che nel rispetto di essa il legislatore trovi un limite alla sua discrezionalità di disciplinare i loro poteri normativi.

⁵⁸ Cons. St., parere n. 11603 del 2004. I giudici di Palazzo Spada aggiungono che l'introduzione per legge di una «formula organizzativa» che separi l'Autorità regolatrice dalla dipendenza diretta dell'organo politico «crea un'area d'interessi disciplinati comunque dal principio di legalità» e trova una giustificazione «nel criterio di una più razionale distribuzione dei ruoli e delle competenze». Sulla natura «sub-primaria» degli atti normativi delle Autorità amministrative indipendenti si v. S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, pp. 114 e ss.; F. POLITI, *La potestà normativa*, pp.295 e ss.. Ritiene invece che questi regolamenti abbiano spesso rango primario A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, p. 594, in quanto alla loro base vi sono «scelte orientate politicamente piuttosto che tecnicamente». L'argomento, però, non appare decisivo, sia

Quest'orientamento si fonda sulla considerazione, pacifica in letteratura, secondo cui mentre a livello primario il sistema delle fonti è chiuso, tale principio non vale per le fonti secondarie «modellabili dalla legislazione ordinaria».⁵⁹

Una tesi condivisa anche dalla giurisprudenza costituzionale, che da tempo ha affermato che l'art. 70 Cost., se riserva la funzione legislativa al Parlamento, non preclude alla legge la possibilità di attribuire, a sua volta, il carattere di fonte dell'ordinamento a provvedimenti diversi purché, naturalmente, questi rimangano subordinati a essa.⁶⁰

Né la menzione, nella Costituzione, dei soli regolamenti emanati dal Presidente della Repubblica impedisce di conferire il potere di adottare atti normativi «sub-primari» a organi diversi dal Consiglio dei Ministri.⁶¹

Da tempo, per esempio, si ammette la legittimità dei «regolamenti di autonomia» degli enti pubblici istituzionali, in considerazione sia dell'apertura del sistema delle fonti a livello

perché si fonda più sul contenuto delle regole emanate dalle Autorità che sul rapporto tra queste e altre fonti, sia perché trascura il fatto che questi regolamenti da un lato debbono trovare un fondamento in norme di rango primario e dall'altro non possono contrastare con queste ultime.

⁵⁹ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2012, pp. 392 e ss.. Si v. anche L. CARLASSARE, voce *Regolamento (dir. cost.)*, in "Enc. dir.", p. 630; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Padova 1993, pp. 140 e ss..

⁶⁰ Corte cost., sent. n. 26 del 1966. In letteratura si v. P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1964, pp. 188 e ss.; M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, pp. 54 e ss. e voce *Regolamenti*, in Enc. dir.; A. CERRI, voce *Regolamenti*, in Enc. giur.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova 1984, pp. 122 e ss.; E. CHELI, *Potere regolamentare*.

⁶¹ Corte cost., sent. 21 maggio 1970, n. 79, che riguardava l'ipotesi di regolamenti emanati da un Ministro invece che dall'intero Governo.

secondario, sia dell'autonomia («non costituzionalmente garantita, bensì rimessa alla legge ordinaria») di cui essi godono.⁶²

Questa tesi, inoltre, può trarre ulteriore argomento dall'art. 117, co. 6, Cost., che, a seguito della riforma costituzionale del 2001, fa ora riferimento a una potestà regolamentare dello «Stato» che, è stato puntualizzato, «non coincide *in toto* con il Governo».⁶³

Eppure, vi è chi dubita che l'apertura delle fonti a livello secondario possa rappresentare un argomento per l'attribuzione di poteri a organi privi di legittimazione democratica e irresponsabili nei confronti del Parlamento.⁶⁴

Da questo punto di vista, è possibile richiamare le considerazioni che sono state svolte circa la legittimazione dell'indipendenza delle Autorità.

Laddove sia il diritto dell'Unione europea l'attribuzione di poteri anche normativi può considerarsi giustificata.

Negli altri casi, per esempio quello della CONSOB o dell'Autorità di vigilanza sulle assicurazioni, i loro poteri dovrebbero essere ricondotti nell'alveo della responsabilità ministeriale.

Il rango sub-legislativo dei poteri delle Autorità comporta alcuni corollari.

⁶² V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, pp. 134 e ss..

⁶³ G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, p. 211.

⁶⁴ Si v. il *Documento conclusivo* dell'indagine conoscitiva deliberata nella XIII legislatura, p. 212. In letteratura, si v. S. LABRIOLA, *Le autorità indipendenti (note preliminari)*, in ID. (a cura di), *Le autorità indipendenti*, p. 20; P. LAZZARA, *La potestà regolamentare della Commissione nazionale per la società e la borsa in materia di interpretazione finanziaria*, in "Foro amm.", 2000, pp. 703 e ss.

In primo luogo, la considerazione, abbastanza ovvia, che esse non possono emanare norme in contrasto con la legge stessa.⁶⁵

In secondo luogo, la legge, attribuendo alle Autorità il compito di disciplinare determinati settori, instaura tra i loro atti normativi e quelli del Governo un rapporto di competenza e non di gerarchia, derogando così alla previsione generale di cui all'art. 4 delle disposizioni preliminari al codice civile⁶⁶ e rafforzando la stessa indipendenza di questi organi.⁶⁷

Infine, il rango sub-legislativo dei regolamenti delle Autorità indipendenti dovrebbe escludere che questi possano essere oggetto del giudizio innanzi alla Corte costituzionale e riservare l'eventuale sindacato di costituzionalità al giudizio di legittimità che si svolge innanzi al giudice amministrativo.⁶⁸

⁶⁵ Cons.St., sent. n. 5622 del 2008, relativo alla delibera dell'AEEG di approvazione del codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica ai clienti idonei finali, ha ricordato che la previsione del potere normativo di un soggetto diverso dal legislatore «deve necessariamente trovare fondamento in una previsione di legge» e, considerata la gerarchia delle fonti, non può derogare a fonti primarie in assenza di «un'espressa autorizzazione legale». TAR Lazio, sent. n. 5769 del 2009 afferma che alle Autorità «non è consentito «sostituire le proprie valutazioni a quelle effettuate dal legislatore». Nel caso di specie, l'AGCOM, regolando la portabilità del numero telefonico, aveva stabilito che l'operatore *donating* avrebbe dovuto dare immediatamente corso al trasferimento senza potersi avvalere di clausole delle preavviso inserite nel contratto di utenza e fatte espressamente salve dal d.l. n. 7/2007. Ritiene invece che quelli delle Autorità siano regolamenti di delegificazione *sui generis*, autorizzati quindi a derogare alla legge in quanto «gerarchicamente atipici», L. COLACINO CINNANTE, *Trasformazione dell'amministrazione*, in "Foro amm.", 1998, pp. 1260 e ss..

⁶⁶ S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, p. 114; N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, p. 101; A. CERRI, voce *Regolamenti*, p. 9.

⁶⁷ V. CERULLI IRELLI, *Premesse*, 6.

⁶⁸ La giurisprudenza costituzionale, infatti, esclude che gli atti aventi natura regolamentare possano essere oggetto del giudizio della Corte: tra le altre, si v. Corte cost., sentt. n. 1146 del 1988, n. 456 del 1994, n. 251 del 2001, ord. n. 389 del 1994. Sull'insindacabilità nel

4. Il problema del rispetto del principio di legalità.

Oltre al loro fondamento, un problema sollevato dai poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti riguarda il rispetto del principio di legalità.

In premessa, occorre ricordare che l'esistenza di un simile principio nell'ordinamento italiano, il suo fondamento e il suo contenuto sono temi dibattuti dalla dottrina.⁶⁹

Ai fini del presente lavoro, basti ricordare che, secondo alcuni, esso non avrebbe rango costituzionale e quindi, fatta salva l'invalidità degli atti contrastanti con specifiche disposizioni legislative (prevalenti in quanto di livello primario), esisterebbero «ambiti amministrativi liberi».⁷⁰

Altri, invece, ne rinvennero il fondamento in disposizioni costituzionali quali l'art. 76,⁷¹ l'art. 97,⁷² altri lo riconducono agli artt. 24 e 113 Cost.,⁷³ altri ancora lo deducono dal principio della sottoposizione del giudice alla legge,⁷⁴ altri, infine, dal sistema.⁷⁵

giudizio innanzi alla Corte dei regolamenti si v. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012, pp. 168 e ss..

⁶⁹ Per una ricostruzione del dibattito dottrinale sul tema si v. S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in "Enc. Dir.", pp. 659 e ss..

⁷⁰ S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, pp. 216 e ss.. Secondo A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in "Dir. amm.", 1999, pp. 111 e ss., questa tesi, il principio sarebbe codificato solo a livello di legge ordinaria, nell'art. 5 dell'Allegato E della legge n. 2248 del 1865, sul contenzioso amministrativo.

⁷¹ G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Milano 1962, pp. 128 e ss..

⁷² Cons. St., sent. n. 1331 del 2002.

⁷³ V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in "Giur. cost.", 1962, pp. 130 e ss.; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova 1966, *passim*.

⁷⁴ S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in "Enc. Dir.", pp. 659 e ss., il quale attribuisce al termine «legge», menzionato nell'art. 101, co. 2, Cost., il significato di «atto legislativo» e non quello, più ampio, di «diritto obiettivo».

Inoltre, per quanto riguarda il rapporto tra la legge e l'atto amministrativo, gli studiosi si dividono tra chi ritiene sufficiente che la prima disciplini il secondo nella forma, competenza e procedura e chi, invece, reputa necessario che ne regoli, in tutto o in parte, anche il contenuto.

Questi temi assumono una portata particolare quando non sono affrontati dal punto di vista del rapporto tra la legge e il provvedimento amministrativo, bensì da quello tra la legge e i regolamenti.

In questo caso, infatti, c'è chi sostiene che il potere regolamentare del Governo e di altre autorità non potrebbe che essere attribuito dalla legge⁷⁶ e chi, invece, non ritiene necessaria l'*interpositio legislatoris* in quanto tale potestà deriverebbe direttamente dalla Costituzione.⁷⁷

Nel caso delle Autorità amministrative indipendenti, assodato che queste non possano adottare atti in contrasto con la legge, occorre capire se possano esercitare poteri che non siano stati attribuiti loro espressamente e se la legge possa conferire un potere normativo, senza indicare i criteri per il suo esercizio.

⁷⁵ A. PACE, *Problematica*, pp. 177 e ss., nonché in *I ridotti limiti della potestà normativa del Governo nella legge n. 400 del 1988*, in "Giur. cost.", 1988, pp. 1483 e ss., laddove sostiene che «non esistono settori normativi che non siano coperti da riserva di legge»; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, p. 87, secondo cui il principio sarebbe immanente nel sistema e troverebbe espressione nell'art. 23 Cost., riferito però solamente ai provvedimenti ablatori; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001.

⁷⁶ Tra gli altri, si v. S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*; A. CERRI, voce *Regolamenti*, p. 5, ritiene che la Costituzione attribuisca all'organo amministrativo «una capacità, attitudine potenzialmente normativa», che però spetta alla legge «attivare».

⁷⁷ Tra gli altri, si v. A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, pp. 123 e ss.; N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, p. 103.

La prima questione è stata affrontata dalla giurisprudenza amministrativa che, talvolta, ha ritenuto legittimi atti delle Autorità che imponevano ai privati obblighi senza che una specifica disposizione legislativa ne facesse menzione.

Infatti, secondo i giudici di Palazzo Spada, limitare l'Autorità a imporre ai privati solo comportamenti già individuati dal legislatore «finirebbe per rendere evanescente» la funzione di regolazione.⁷⁸

Eppure, se la potestà normativa delle Autorità trova il suo fondamento nella legge, queste non dovrebbero poter esercitare poteri che non siano dalla legge previsti.⁷⁹

⁷⁸ Per questa tesi si v. Cons. St., sent. 29 maggio 2002, n. 2987, che ha ritenuto sussistente il potere dell'AEEG d'imporre un obbligo di pronto intervento relativo a segnalazione di dispersione di gas sugli impianti del cliente finale a valle del punto di consegna, ritenendolo «null'altro che il necessario corollario» del potere d'impartire, ex art. 2, co. 12, lett. c) e h), l. 481/1995, direttive vincolanti per ciò che attiene alla «sicurezza degli impianti», e questo nonostante l'art. 16 d.lgs. 164/2000, disciplinando gli obblighi dei distributori d'intervenire sugli impianti degli utenti, non ne facesse menzione. Su questa sentenza si v. S. SANTIOLI, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, in "Giur. Cost.", 2003, pp. 1785 e ss., il quale, pur ammettendo che la delibera dell'AEEG sia ineccepibile nel merito, obietta che occorrerebbe opporre la «diga» del principio di legalità innanzi alla tendenza dell'Autorità di colmare le lacune lasciate dalla legge, piuttosto che svolgerla in senso stretto. Si v. anche Cons. St., sent. n. 991 del 2004, che ha confermato la sussistenza del potere dell'AVCP di annullare le attestazioni rilasciate della Società organismi di attestazione (SOA), anche se questo non era espressamente previsto dalla legge, in quanto questa va interpretata «in chiave logica e sistematica, che garantisca un significato utile delle norme e il raggiungimento degli scopi che il legislatore si è prefisso, vale a dire la creazione di un sistema efficiente ed efficace di qualificazione». Critica la sentenza N. BASSI, *Poteri amministrativi di regolazione e principio di legalità nella recente giurisprudenza*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA, *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, p. 293, secondo cui in questo modo «si è assegnato all'organo precedente una competenza completamente diversa da quella delineata dall'ordinamento [...] finendosi in sostanza per ripubblicizzare un settore che il legislatore aveva voluto consapevolmente privatizzare».

⁷⁹ Secondo Cons. St., sent. n. 1331 del 2002, il principio di legalità dell'azione amministrativa impedisce di ammettere la configurabilità di poteri non attribuiti espressamente

Tuttavia, com'è stato osservato, le leggi istitutive spesso «consistono in mere attribuzioni di potere»⁸⁰ alle Autorità e anzi presuppongono che siano queste a completare il disegno legislativo, anche emanando regole sui rapporti tra privati.⁸¹

Se si ritiene che quella sulle Autorità indipendente sia una legislazione «d'indirizzo, che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, iscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare»,⁸² il ricorso alla tesi dei poteri impliciti è fisiologico⁸³

Questa dottrina, elaborata dalla letteratura statunitense con riferimento ai poteri del Congresso, considera legittimo che un'autorità pubblica si avvalga di tutti i mezzi non espressamente vietati per raggiungere i fini cui essa è preposta.⁸⁴

da alcuna norma ma derivanti direttamente dall'esigenza di garantire il soddisfacimento di obiettivi posti dalla legge o dal diritto dell'Unione europea.

⁸⁰ V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, p. 88;

⁸¹ N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, p. 98; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, p. 98; S. LABRIOLA, *Le autorità indipendenti (note preliminari)*, in ID. (a cura di), *Le autorità indipendenti*, p. 15; per questo, S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, pp. 140 e ss., li definisce regolamenti «quasi-indipendenti».

⁸² Cons. St., sent. n. 5827 del 2005, con nota critica di N. BASSI, *Poteri amministrativi di regolazione*, p. 295. Di «disciplina non solo in divenire, ma addirittura da costruire» parla M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, p. 267. Per queste ragioni S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, pp. 106 e ss., ritiene che le leggi sulle Autorità siano fonti «sulla produzione».

⁸³ Si v. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità*, pp. 708 e ss.; Sui poteri impliciti si v. anche M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA, *Il ruolo del giudice*, pp. 265 e ss.; nello stesso volume si v. anche N. BASSI, *Poteri amministrativi di regolazione*, pp. 287 e ss.. Di quest'ultimo A. si v. anche *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti, passim*.

⁸⁴ Con questo argomento, che si fondava sulla sez. 8 dell'art. 1 della Costituzione USA. A. HAMILTON, *Opinion on the Constitutionality of the Bank*, disponibile in avalon.law.yale.edu,

Essa potrà essere condivisa da chi accoglie una concezione «formale» del principio di legalità, per cui è sufficiente che il potere esercitato trovi un fondamento in norme di legge (requisito tutt'altro che proibitivo, nel caso delle Autorità).⁸⁵

Per chi, invece, sostenga la natura «sostanziale» di questo principio, potranno essere esercitati solo quei poteri che trovano nella legge non solo un fondamento, ma anche principi e criteri per il loro esercizio.⁸⁶

argomentò la possibilità per il Governo federale d'istituire una Banca centrale. Si v. anche US Supreme Court, sent. 17 US 316, *MacCulloch v. Maryland* (1819).

⁸⁵ La richiamata sentenza n. 5827 del 2005 del Consiglio di Stato, con specifico riferimento alla l. 481/1995, afferma che questa «pur avendo natura programmatica e costruendo funzionalmente le attribuzioni dei poteri dell'Autorità, non abbisogna di successive leggi attuative». Tant'è che, come osservato da M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, p. 280, la giurisprudenza pone raramente in discussione il fondamento del potere esercitato e, se mai, censura i criteri individuati dall'Autorità per il suo esercizio, ritenendoli non consoni agli obiettivi fissati dalla legge. Per la tesi secondo cui sarebbe lo sviamento di potere l'istituto mediante il quale sanzionare la discrasia tra il provvedimento adottato e i fini fissati dalla legge si v. F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2002*, Milano 2003, pp. 175 e ss..

⁸⁶ Si v. TAR Lombardia (Milano), sent. n. 6392 del 2004, che ha annullato una delibera dell'AEEG la quale imponeva, come condizione per la fornitura del gas naturale ai consumatori, la stipulazione a loro carico di un contratto assicurativo, perché «tale previsione non trova copertura» nella legge istitutiva. Questa sentenza è stata poi riformata dalla già citata sentenza n. 5827 del 2005 del Consiglio di Stato. Si v. altresì TAR Lombardia (Milano), sent. n. 1846 del 2005, che ha annullato la delibera con cui l'AEEG introduceva un sistema prescrittivo e sanzionatorio nell'ambito della borsa elettrica. Si v. anche Cons. St., sent. n. 8770 del 2009, che ha confermato la decisione del TAR di annullare il regolamento dell'AGCOM che fissava le condizioni per il rilascio delle licenze e delle autorizzazioni per la diffusione di trasmissioni televisive in tecnica digitale, nella parte in cui si applicava anche alla radiodiffusione via cavo, satellite e analogica, perché questi non potevano essere disciplinati «con rinvio "tout court" a disposizioni regolamentari che vengono introdotte in base a delega normativa per diverso oggetto [...] e sulla base di criteri direttivi e regole di indirizzo» riferiti a un altro sistema di telecomunicazione. In questo caso, il Consiglio di Stato ha respinto la tesi dell'Autorità secondo cui le previsioni generali della legge istitutiva sarebbero state sufficienti a fornire una base legale al regolamento.

In letteratura⁸⁷ e in giurisprudenza,⁸⁸ infine, vi è anche chi sostiene che il criterio debba essere diverso a seconda del tipo di atto emanato dall’Autorità, e si mostra più rigoroso nel caso dei provvedimenti concreti, più permissivo in quello degli atti di regolazione.

5. Il problema del rapporto con le riserve di legge previste dalla Costituzione.

Il dilemma circa il rispetto del principio di legalità può essere assorbito da un altro problema sollevato dai poteri normativi delle Autorità, quello dell’osservanza delle riserve di legge previste dalla Costituzione.

Anche la giurisprudenza amministrativa più indulgente ritiene che l’ammissibilità dell’attribuzione di potere normativo alle Autorità accompagnato da «un mero riferimento alla materia oggetto di regolazione o, al più, a concetti giuridici indeterminati o a finalità generali» incontra il limite «che la materia regolata non sia sottoposta a riserva di legge».⁸⁹

A ben vedere, infatti, non pare che tra i settori nei quali operano le Autorità amministrative indipendenti ve ne siano alcuni per i quali la Costituzione non preveda una riserva di legge.⁹⁰

⁸⁷ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità*, p. 731.

⁸⁸ Cons. St., sent. n. 2244 del 2007.

⁸⁹ Cons. St., sent. n. 7972 del 2006; TAR Lazio (Roma), sentt. n. 9710 del 2011 e n. 5523 del 2007.

⁹⁰ Per questo, sembra difficile aderire alla tesi sostenuta sia in giurisprudenza [TAR Lazio (Roma), sent. n. 5523 del 2007], sia in letteratura [A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, p. 596], secondo cui le Autorità potrebbero emanare regolamenti indipendenti.

Non solo l'attività di regolazione è sussumibile nell'ambito dell'art. 23, consistendo sostanzialmente nell'imposizione ai privati di obblighi di fare e di non fare.⁹¹

Soprattutto, considerata l'incidenza dei poteri normativi delle Autorità sullo svolgimento dell'iniziativa economica privata, viene in rilievo la riserva di legge di cui all'art. 41 Cost..⁹²

Infatti, come si è detto, le Autorità amministrative indipendenti sono state istituite nel quadro di «un cambiamento di registro della disciplina pubblica delle attività private», con la sostituzione, allo Stato imprenditore, di uno Stato regolatore.⁹³

In questo contesto, l'intervento pubblico assume una nuova forma, la regolazione, che non si preoccupa più d'influire sugli scopi perseguiti dagli operatori, ponendo una «disciplina finalistica», ma si limita a dettare le «regole del gioco»⁹⁴ volte a correggere i fallimenti del mercato, mediante norme

⁹¹ Corte cost., sentt. n. 290 del 1987 e n. 115 del 2011, che argomenta che anche gli obblighi di non fare, «imponendo l'omissione di un comportamento altrimenti riconducibile alla sfera del legalmente lecito», restringono la libertà dei cittadini. Anche chi – come S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, p. 271 – ritiene che la Costituzione non esprima alcun generale principio di legalità, riconduce comunque all'art. 23 Cost., le attività autoritative dell'amministrazione, cioè quelle «che limitano l'autonomia dei privati», escludendovi solo quelle che ampliano la sfera giuridica privata, come la concessione di agevolazioni, le erogazioni, le concessioni di beni e servizi.

⁹² Secondo Corte cost., sent. n. 40 del 1964, le private libertà nella materia economica sono disciplinate dalla Costituzione «secondo una chiara ispirazione unitaria, della quale la riserva di legge, pur senza che si possa negare una sua certa sua varia modulazione, rappresenta sicuramente una costante». Su questa disposizione si v. *Art. 41*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008; R. NIRO, *Art. 41*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006.

⁹³ S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, p. 219. Si v. anche A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna 2000.

⁹⁴ S. CASSESE, *Dalle regole del gioco*, p. 266.

«condizionali» che prefigurando i criteri di comportamento a cui si uniformano tutti gli operatori.⁹⁵

Secondo alcuni, la regolazione rappresenterebbe «una forma di tutela diretta della libertà economica combinata con il principio di eguaglianza» e per questo sarebbe esentata dal rispetto della riserva di legge.⁹⁶

Tuttavia se il potere pubblico «fa quello che i privati non fanno o non vogliono fare, sostituendo a negozi privati decisioni amministrative»,⁹⁷ il risultato è che, comunque, sacrifica la libertà economica degli operatori per raggiungere determinati fini sociali, come la garanzia di determinati livelli di qualità dei servizi di pubblica utilità.⁹⁸

⁹⁵ Sul concetto di regolazione si v. N. RANGONE, voce *Regolazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, pp. 5058 e ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, pp. 35 e ss.; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco*, pp. 265 e ss.; M. LIBERTINI, *Le riforme del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza*, in "Giorn. dir. amm.", 2002, pp. 802 e ss.; I. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economia ed esperienze recenti*, in "Mercato concorrenza regole", 2002, pp. 277 e ss.; C. CAMBINI, T. VALLETTI, *Concorrenza senza regolazione? Non ancora, grazie!*, in "Mercato concorrenza regole", 2003, pp. 385 e ss.; M. LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova 1979, pp. 469 e ss.; S. AMOROSINO, *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, in E. BANI, M. GIUSTI, *Vigilanze economiche*, Padova 2004, pp. 25 e ss.. Tra le monografie si v. G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna 2005; S. BREYER, *Regulation and its reform*, Cambridge, 1982; A. OGUS, *Regulation Legal Form and Economic Theory*, Oxford 1994; T. PROSSER, *Law and the regulators*, Oxford 1997; G. TESAURO, M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna 2000; A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna 2000.

⁹⁶ F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI, *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2009, pp. 43 e ss..

⁹⁷ *Ivi*.

⁹⁸ Come messo in luce da S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, la *social regulation* mira a garantire taluni fini sociali che il mercato non riesce o non può assicurare (nello stesso senso, M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 89). Si v. anche Corte cost., sent. n. 270 del 2010, che riconduce nell'ambito dell'art. 41, co. 3, Cost., «una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di

La conseguenza è che anche le leggi che conferiscono alle Autorità amministrative indipendenti un potere di regolazione non sono esonerate dal rispettare l'art. 41 Cost..

Né la natura «condizionale» delle norme che le Autorità sarebbero chiamate a emanare può rilevare, in quanto ciò che rende applicabile l'art. 41 Cost., è l'oggettiva limitazione alla libertà d'iniziativa e svolgimento dell'attività economica dei privati.

Per questo, altri autori dubitano della costituzionalità delle leggi che attribuiscono alle Autorità amministrative indipendenti poteri di regolazione diretta, che si manifestano nell'emissione di atti normativi.⁹⁹

L'analisi di questo problema richiede, prima, un breve esame dell'istituto della riserva di legge, come configurato nella

interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato». Tuttavia, anche la regolazione volta a creare o mantenere un mercato concorrenziale può essere considerata una misura volta a limitare la libertà d'iniziativa e svolgimento dell'attività economica privata per fini sociali nella misura in cui si ritenga che la creazione o il mantenimento di tali condizioni sia, a sua volta, un fine sociale. Spunti a sostegno di questa tesi parrebbero potersi trarre da Corte cost., sent. n. 200 del 2012, secondo cui la liberalizzazione «intesa come razionalizzazione della regolazione» che comporta una «ri-regolazione» volta ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati.

⁹⁹ P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Torino, 2005, p. XIII. Tra gli altri, si v. anche P. BILANCIA, *Attività normativa*, pp. 147 e ss.; M. A. CABIDDU, D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in "Amministrare" n. 1-2/2000, pp. 13 e ss.; G. CERIDONO, *Le autorità amministrative indipendenti fra fonti del diritto e giustizia costituzionale*, in N. LIPARI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006, pp. 455 e ss.; G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti?*, p. 726; V. CERULLI IRELLI, *Il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, p. 96; F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, pp. 395 e ss., il quale ritiene che comunque la legittimazione fornita dal diritto europeo alle Autorità sia sufficiente a dissolvere i dubbi di costituzionalità.

Costituzione italiana e, quindi, delle modalità con cui le Autorità esercitano i loro poteri di regolazione.

Secondo la dottrina, la riserva di legge, nel ripartire la competenza tra fonti del diritto affidando determinate materie alle fonti primarie, svolge una duplice funzione, democratica e di garanzia:¹⁰⁰ da un lato si fonda sull'idea che «gli interventi limitativi alla libertà e proprietà devono essere consentiti dagli interessati o dai loro rappresentanti»;¹⁰¹ dall'altro, è volta a ridurre la discrezionalità dell'amministrazione, richiedendo che vi sia un parametro legislativo per il controllo giurisdizionale sui suoi atti,¹⁰² e a sottoporre le norme che incidono sui diritti dei cittadini al sindacato di costituzionalità.¹⁰³

In questi casi, si sostiene, il legislatore è obbligato a disciplinare in modo completo la materia, senza lasciare all'amministrazione la possibilità di colmare eventuali lacune del dettato normativo.¹⁰⁴

Il rigore si attenua quando alla riserva di legge è riconosciuto carattere relativo, come pacificamente avviene con riguardo a quelle poste dagli artt. 23 e 41, nel qual caso la giurisprudenza ritiene sufficiente che il legislatore

¹⁰⁰ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2010, pp. 127 e ss..

¹⁰¹ L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, in Enc. Giur., Roma, 1990, p. 2.

¹⁰² R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in Enc. dir., Milano, 1989, vol. XL, pp. 1207 e ss.. Si v. anche S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, pp. 213 e ss..

¹⁰³ R. NIRO, *Art. 41*, p. 854.

¹⁰⁴ L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, pp. 2 e ss.. Si v. anche R. NIRO, *Art. 41*, p. 585.

«determini i criteri e le direttive idonee a contenere in un ambito ben delineato l'esercizio tanto dell'attività normativa secondaria quanto di quella particolare e concreta di esecuzione»,

al fine di evitare che queste «si svolgano in modo assolutamente discrezionale».¹⁰⁵

È, quindi, l'assoluta discrezionalità lasciata all'amministrazione il criterio su cui si fonda l'incostituzionalità delle leggi che le attribuiscono un potere «senza l'indicazione di alcun criterio» per il suo esercizio.¹⁰⁶

Quest'indicazione «anche non dettagliata» deve essere fornita dal legislatore non solo in presenza di una riserva di legge assoluta, ma anche quando la riserva è relativa, perché tale qualificazione «non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad un prescrizione normativa “in bianco”, genericamente orientata ad un principio-valore».¹⁰⁷

Alla luce di questa giurisprudenza occorre esaminare le modalità con le quali, in concreto, sono precisati i contenuti e i modi dell'azione normativa delle Autorità, analizzando il ruolo

¹⁰⁵ Corte cost., sent. 6 febbraio 1962, n. 4. Ritiene invece che la riserva di legge posta dall'art. 41 sia assoluta S. FOIS, *Nota* a Corte cost., sent. 18 gennaio 1958, n. 4, in “Giur. cost.”, 1958, p. 25. Come osserva L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, pp. 5 e ss., la configurabilità dell'istituto della riserva relativa è «assai dubbia», ma che «a prescindere dalla solidità o meno del fondamento costituzionale, è divenuta una realtà del nostro ordinamento».

¹⁰⁶ Corte cost., sent. 15 ottobre 2003, n. 324. Si v. anche Corte cost., sent. 23 settembre 2003, n. 307.

¹⁰⁷ Corte cost., sent. 4 aprile 2011, n. 115. La pronuncia ha applicato, come parametro, l'art. 23 Cost., ma gli argomenti spesi in quella sede possono essere sicuramente estesi anche alle altre ipotesi di riserva di legge relativa.

svolto, a tal fine, dalle fonti del diritto dell'Unione europea, dal procedimento seguito per l'adozione degli atti di regolazione e dalle regole tecniche proprie del settore in cui queste operano.

6. La portata della riserva di legge in presenza di una normativa europea.

Oltre che nelle leggi istitutive, tra i principi dell'ordinamento¹⁰⁸ e, in generale, nelle fonti interne di livello primario,¹⁰⁹ i criteri di fondo per l'esercizio del potere normativo possono rinvenirsi anche nel diritto dell'Unione europea.¹¹⁰

Infatti, come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale, se la riserva di legge è rispettata quando vi è «un contesto di scelte normative sostanziali predeterminate, tali che il potere dell'amministrazione sia circoscritto secondo limiti e indirizzi ascrivibili al legislatore», alla composizione di tale contesto possono concorrere anche le fonti dell'Unione europea,¹¹¹ dotate di *primauté* rispetto agli atti interni.

¹⁰⁸ A. CERRI, voce *Regolamenti*, p. 6.

¹⁰⁹ F. CINTIOLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in "Foro amm. TAR", 2003, pp. 2779 e ss..

¹¹⁰ Cons. St., sent. n. 7972 del 2006; TAR Lazio (Roma), sent. n. 9710 del 2011. In letteratura, si v. F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, p. 105, secondo cui i regolamenti delle autorità indipendenti siano sempre più spesso «dei regolamenti esecutivi di norme comunitarie». Anche G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano 2007, p. 938, osserva che spesso le norme comunitarie contribuiscono a integrare la fattispecie normativa che disciplina l'atto amministrativo.

¹¹¹ Corte cost., sent. n. 383 del 1998. Orientamento confermato in Corte cost., sent. n. 425 del 1999, in cui il giudice delle leggi, ricordando che le norme regolamentari devono avere un fondamento legislativo che le vincoli e diriga, ha ribadito che anche le «stesse direttive comunitarie» che la fonte secondaria è delegata ad attuare possono contribuire a determinarlo. Anche Cons. St., sez. cons., 14 febbraio 2005, n. 11603, individua nelle norme di diritto comunitario

Vi concorrono senza dubbio le norme dotate di effetto diretto, le quali creano diritti e obblighi direttamente in capo ai singoli, che possono avvalersene dinanzi al giudice nazionale per tutelare i propri interessi e quindi, eventualmente, anche per sindacare gli atti delle Autorità indipendenti ritenuti lesivi.¹¹²

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha riconosciuto questa proprietà alle norme chiare, precise e la cui applicazione non richieda l'emanazione di ulteriori atti di esecuzione o integrativi, dei Trattati,¹¹³ dei regolamenti,¹¹⁴ delle decisioni¹¹⁵ e

una fonte idonea a indicare «i criteri di fondo per l'esercizio del potere normativo dell'autorità di regolazione».

¹¹² Non è questa la sede per approfondire i problemi del regime (se nullità, con correlativa disapplicazione, come sostenuto da TAR Piemonte, sent. 8 marzo 1989 n. 34, o annullabilità per violazione di legge, con conseguente annullamento, come ritiene l'orientamento maggioritario, per il quale si v. Cons. St., sent. 10 gennaio 2003, n. 35) dell'atto amministrativo viziato per contrasto con il diritto dell'Unione europea (per un'analisi si v. N. PIGNATELLI, *L'illegittimità «comunitaria» dell'atto amministrativo*, in "Giur. cost.", n. 4/2008, pp. 3635 e ss.; G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario, passim*; M.P. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in "Dir. amm.", n. 4/2003, pp. 687 e ss.). È sufficiente rammentare che nel caso l'atto interno contrastante col diritto comunitario sia un regolamento o abbia comunque natura normativa, *oltre* alla tutela mediante il suo annullamento si ritiene sempre possibile *anche* la disapplicazione.

¹¹³ Corte giust., sent. 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*.

¹¹⁴ Nel caso dei regolamenti, è lo stesso Trattato a definirlo «direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri». Peraltro, la Corte di giustizia ha precisato che, qualora un regolamento contenga delle disposizioni che richiedono l'adozione di misure di esecuzione da parte degli Stati membri, i privati non possono far valere diritti sulla base di esse prima che gli Stati adottino gli ulteriori atti richiesti (Corte giust., sent. 11 gennaio 2011, C-403/98, *Azienda agricola Monte Arcosu*).

¹¹⁵ Corte giust., sent. 6 ottobre 1970, C-9/70, *Grad*. Peraltro, la Corte di giustizia ha sottolineato che, quando una decisione reca un termine per la sua attuazione, essa può essere fatta valere dai singoli solamente nelle ipotesi in cui lo Stato abbia omissso di applicarla nel termine o l'abbia eseguita in maniera errata (Corte giust., sent. 10 novembre 1992, C-156/01, *Hansa Fleisch*).

delle direttive per le quali non sia ancora scaduto il termine concesso allo Stato per l'attuazione.¹¹⁶

Inoltre, si può ipotizzare che costituiscano un parametro di legittimità dei provvedimenti delle Autorità indipendenti anche le norme dell'Unione prive di effetto diretto, in forza della *primauté* di cui godono e del principio di leale collaborazione di cui all'art. 4 TUE.¹¹⁷

Si deve escludere, invece, che il contrasto con un parere o una raccomandazione (o altre fonti atipiche del diritto dell'Unione) dia luogo di per sé a illegittimità dell'atto interno, in quanto questi «non sono vincolanti», ma può costituire comunque una manifestazione di eccesso di potere dell'Autorità.¹¹⁸

Dal punto di vista del diritto italiano, comunque, il contrasto di un regolamento o di un provvedimento amministrativo con le disposizioni europee comporta un suo vizio

¹¹⁶ Corte giust., sent. 4 dicembre 1974, C-41/74, *Van Duyn*; Corte giust., sent. 5 aprile 1979, C-148/78, *Ratti*. Corte giust., sent. 22 giugno 1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo*. Corte giust., sent. 24 ottobre 1996, C-72/95, *Kraaijeveld*.

¹¹⁷ Sulla possibilità per le direttive di costituire un parametro di legittimità degli atti nazionali «irrespective as to whether the provisions of the directive relied upon have direct effect» si v. K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional law of the European Union*, London 2005, p. 777. Con riferimento al diritto amministrativo italiano, G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario*, pp. 949 e ss. sostiene che un contrasto con tali norme non potrebbe comportare un'invalidità del provvedimento amministrativo, perché si tratta di regole «di per sé inidonee a disciplinare fattispecie concrete», ma che «potrebbero costituire quanto meno un limite o un indirizzo alla discrezionalità amministrativa» quando questa derivi dall'assenza di una specifica normativa nazionale o dall'elevata elasticità di quest'ultima. In questo caso, l'A. costruisce il vizio dell'atto come eccesso di potere, per irrazionalità del contenuto del provvedimento.

¹¹⁸ Art. 288, TFUE. In questo senso, sul contrasto tra una delibera dell'AGCOM e un parere della Commissione europea, TAR Lazio (Roma), sent. n. 895 del 2009, la quale precisa che l'Autorità ha comunque l'obbligo di spiegare per quali motivi abbia ritenuto di dovervisi discostare.

di costituzionalità per violazione degli artt. 11 e 117 Cost., che esse integrano come norme interposte.

Peraltro, nel caso di una direttiva, è bene distinguere: se la trasposizione è avvenuta mediante una legge, è quest'ultima, interpretata alla luce della prima,¹¹⁹ a fornire il parametro di legittimità dei provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti.

Se, invece, la direttiva è stata attuata con il regolamento di un'Autorità indipendente, ne rappresenta direttamente un parametro di legittimità. In questo caso, tra l'altro, vi è chi ammette che la delibera dell'Autorità prevalga sulle leggi nazionali, perché le norme dell'Unione – che questa traspone – sono «certamente primarie, anzi, ultraprimarie».¹²⁰

Quest'ultima opzione, però, appare limitata ai casi in cui la direttiva non concede agli Stati un'opzione tra diverse modalità di attuazione, non invece quando la sua trasposizione comporti un'ampia discrezionalità, se si verte in un settore la cui disciplina è riservata dalla Costituzione al legislatore.

Un interessante esempio di come il diritto italiano e quello dell'Unione europea possano combinarsi nel fondare e limitare i poteri dell'Autorità è rappresentato dalla giurisprudenza amministrativa sviluppatasi sulla delibera dell'AEEG n. 11 del 2007 in materia di *unbundling*, che impone alle imprese verticalmente integrate di separare le attività relative alla

¹¹⁹ Sul dovere d'interpretazione conforme si v., tra le altre, Corte giust., sent. 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*.

¹²⁰ Cons. St., sent. n. 701 del 2009. In letteratura, si v. F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, p.105.

gestione dell'infrastruttura da quelle relative alla produzione e alla vendita dell'energia, affidando le prime a un gestore indipendente. L'obbligo di provvedere a tale divisione era previsto dal diritto dell'Unione, del quale la delibera costituiva attuazione.

Il Consiglio di Stato, in primo luogo, ha affermato che, non vigendo in tema di disciplina dell'impresa una riserva assoluta di legge, le disposizioni dettate dall'AEEG erano idonee ad attuare le previsioni europee,¹²¹ ma che a tal fine era necessaria una norma che le attribuisse una specifica competenza nella materia,¹²² e ha escluso la legittimità delle delibere adottate «al di fuori del campo di regolazione attribuito all'Autorità dalla normativa nazionale e comunitaria»¹²³ o che prevedevano obblighi «che le direttive non contemplano».¹²⁴

¹²¹ Cons. St., sent. n. 701 del 2009, che ha ritenuto che la del. AEEG n. 11/2007, nel disciplinare la figura del Gestore indipendente delle attività soggette a separazione funzionale quale organo «non tanto straordinario quanto “speciale”, sostitutivo degli amministratori previsti dal diritto societario nazionale» non avrebbe fatto altro che porre in essere «un sistema necessitato di iniziativa comunitaria, di cui non soltanto il risultato da raggiungere appare chiaramente individuato dalle direttive in questione, ma anche le linee fondamentali degli strumenti per raggiungerlo». Secondo F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, p.105, i regolamenti esecutivi di norme comunitarie, adottati dalle Autorità, prevalgono sulle leggi nazionali perché su queste prevale la normativa dell'Unione europea.

¹²² Cons. St., sent. n. 1191 del 2009, che ha escluso che la «norma legittimante» fosse rinvenibile nell'art. 1, co. 1, d.l. 73/2007, perché questa era intervenuta successivamente alla delibera. In quel caso, peraltro, il Consiglio di Stato ha considerato inammissibile per difetto d'interesse la censura di carenza di potere, dato che «in sede di riedizione, tale atto sarebbe comunque di spettanza, attualizzata, della stessa Autorità che ha già provveduto, senza alcuna variazione predicabile, *ex iudicato*, in termini di contenuto più favorevole delle disposizioni regolatorie». Si v. anche Cons. St., sentt. n. 701 e n. 778 del 2009.

¹²³ Cons. St., sent. n. 788 del 2009, la quale ha confermato una sentenza di annullamento dell'art. 7, co. 1, del. AEEG n. 11/2007, che disponeva gli obblighi di separazione funzionale anche per l'attività di «*misura dell'energia elettrica*», in relazione alla quale l'art. 1 d.l. 73/2007 disponeva accorgimenti regolatori diversi, peraltro attuati dall'AEEG con la del. n. 157/2007. La sentenza citata, in particolare, ha escluso che le disposizioni impugnate fossero riconducibili ad una «*species*»

7. Le funzioni della riserva di legge e la possibilità delle norme dell'Unione di soddisfarle.

Si è visto che le norme dell'Unione europea, combinandosi con quelle interne, possono fornire un parametro alla luce del quale sindacare l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e, nel nostro caso, delle Autorità amministrative indipendenti, riducendo così la loro discrezionalità e rispondendo a una delle esigenze alla luce delle quali la Costituzione aveva posto la riserva di legge in materia economica.

Ora occorre domandarsi se anche le altre funzioni dell'istituto possano considerarsi soddisfatte, a cominciare da quella democratica, che richiede la «attribuzione a organi democraticamente formati [...] dei poteri che si definiscono di indirizzo politico».¹²⁵

di quelle connesse alla separazione amministrativa e contabile, per la quale in forza della legge n. 481/1995 sussiste la generale potestà regolatoria dell'Autorità.

¹²⁴ Cons. St., sent. n. 1191 del 2009, che l'obbligo, posto dall'art. 13.2 del. AEEG n. 11/2007 in capo al Gestore indipendente delle attività soggette a separazione funzionale, di denunciare comportamenti dei componenti della società verticalmente integrata ritenuti non conformi alle finalità perseguite dalla delibera stessa «non può costituire [...] supporto inderogabile dell'azione indipendente del Gestore stesso con l'affidamento, in sostanza, al medesimo, di una funzione di controllo sull'operato della stessa società v.i. che le direttive non contemplano e che si contrappone, in effetti, ai principi normativi di diritto interno inerenti alle potestà degli ordinari organi di controllo societario; sicché, in definitiva, si tratta di una misura sproporzionata rispetto alle finalità stesse perseguite dal legislatore comunitario».

¹²⁵ V. ONIDA, *I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, p. 109. Per questo, in materia penale, nella quale la Costituzione prevede una riserva di legge assoluta, la Corte costituzionale ha affermato in alcune sentenze che essa comporta l'attribuzione del potere normativo al Parlamento, rappresentante dell'intera collettività nazionale, decide a seguito di un confronto dialettico tra tutte le forze politiche e, indirettamente, con la pubblica opinione (Corte cost., sentt. n. 230 del 2012, n. 487 del 1989).

La questione s'inscrive nell'ampio e complesso tema del «deficit democratico» delle istituzioni dell'Unione europea.¹²⁶

Tra queste, l'unico organo «composto di rappresentanti dei cittadini dell'Unione» è il Parlamento europeo¹²⁷ e, per questo, si potrebbe sostenere che l'ampiezza del «deficit democratico» sia inversamente proporzionale al suo peso nel procedimento normativo.

Da questo punto di vista, alcuni ritengono ancora insufficiente il suo ruolo, rilevando che questo «non partecipa alla formazione dell'atto, limitandosi ad approvarne i contenuti» e che, comunque, non potrebbe essere equiparato alle assemblee nazionali «a causa della mancanza sia di un “popolo europeo” in senso proprio sia di liste transnazionali per l'attribuzione di “seggi europei”». ¹²⁸

¹²⁶ Su questo tema si v. D. MARQUAND, *Parliament for Europe*, London 1979; R. BELLAMY, *Still in Deficit: Rights, Regulation and Democracy in the EU*, in “European Law Journal”, 2006, pp. 725 e ss.; B. CRUM, *Tailoring Representative Democracy to the European Union: Does the European Constitution Reduce the Democratic Deficit?*, in “European Law Journal”, 2005, pp. 452 e ss.; A. FOLLESDAL, S. HIX, *Why There is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik*, in “Journal of Common Market Studies”, 2006, pp. 533 e ss.; G. MAJONE, *Europe's Democratic Deficit: The Questions of Standards*, in “European Law Journal”, 1998, pp. 5 e ss.; A. MORAVCSIK, *In Defence of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union*, in “Journal of Common Market Studies”, 2002, pp. 603 e ss.; J.H.H. WEILER, *Bread and Circus: The State of European Union*, in “Columbia Journal of European Law”, 1998, pp. 223 e ss..

¹²⁷ Art. 14, co. 2, TUE. Ancora più chiaro è l'art. 10 TUE, secondo cui «i cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell'Unione, nel Parlamento europeo», mentre gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio europeo e nel Consiglio. Prima delle modifiche apportate con il Trattato di Lisbona, invece, gli artt. 189 e 190 TCE definivano i parlamentari europei come «rappresentanti dei popoli degli Stati».

¹²⁸ A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in “Quaderni costituzionali”, n. 1/2009, pp. 37 e ss.. Quanto all'esistenza o meno di un popolo europeo, occorre in primo luogo individuare un'accettabile nozione di «popolo»: se si ritiene, con M. LUCIANI, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, in G. BONACCHI, *Una Costituzione senza*

Inoltre, spesso le norme dell'Unione, a differenza di quelle nazionali, «non sono approvate in seguito ad un dibattito pubblico tra maggioranza e minoranze dei rappresentanti democraticamente eletti»: anche quando il Parlamento può esercitare un diritto di veto, «il Consiglio conserva il potere di “decidere”, in assenza di una vera e propria dialettica al suo interno.¹²⁹

Si tratta di critiche, esposte talvolta anche da Corti autorevoli come il *Bundesverfassungsgericht*,¹³⁰ che evidenziano

Stato, Bologna 2001, p. 77, che una ragionevole concezione di «popolo», sminuiti elementi identificativi come il sangue e la terra, debba oggi prendere le mosse dalla definizione ciceroniana di «*coetum iuris consensu et utilitatis communione sociatum*» (*De republica*, I, 39), si potrebbe anche domandarsi se non vi sia già un popolo europeo, per lo meno in embrione. Sulla rappresentatività del Parlamento, comunque, rimarranno ampie riserve fino a che questo, in attuazione dell'art. 223 TFUE, non elaborerà «un progetto volto a stabilire le disposizioni necessarie per permettere l'elezione dei suoi membri a suffragi universale diretto, secondo una procedura uniforme in tutti gli Stati membri o secondo principi comuni a tutti gli Stati membri».

¹²⁹ I. PELLIZZONE, *Norme penali in bianco e riserva di legge*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI, *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 2009. Sull'incompletezza della dialettica tra maggioranza e minoranza in seno al Parlamento europeo, si v. A. SAITTA, *Il rapporto maggioranza-opposizione nel Parlamento europeo*, Torino 2007.

¹³⁰ Si v. la sent. 2 BvE 2/2008 del 30 giugno 2009 (c.d. Lissabon Urteil), pt. 277. Su questa sentenza si v. L. VIOLINI, *Tra il vecchio e il nuovo. La sentenza Lissabon del Bundesverfassungsgericht alla luce dei suoi più significativi precedenti: Solange, Maastricht, Bananen*, ASTRID (a cura di), *La sentenza del Bundeversfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea*, in www.astrid.eu, pp. 57 e ss.; F. LIBERATI, *La sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con il Grundgesetz: una guida alla lettura* e R. DICKMANN, *Integrazione europea e democrazia parlamentare secondo il Tribunale costituzionale federale tedesco*, entrambi in www.federalismi.it; P. FARAGUNA, *Limiti e controlimiti nel Lissabon-Urteil del Bundeversfassungsgericht: un peso, due misure*, in “Quaderni costituzionali”, n. 1/2010, pp. 75 e ss.) e la sent. 2BvC 4/2010 del 9 novembre 2011 (su cui si v. G. DELLEDONNE, *Il Bundeversfassungsgericht, il Parlamento europeo e la soglia di sbarramento del 5%: un (altro) ritorno del Sonderweg?*, in “Rivista AIC” n. 2/2012.

quanta strada debba essere ancora percorsa sul cammino dell'integrazione europea.

Tuttavia, molto è stato già fatto: il Trattato di Lisbona prevede oggi la procedura legislativa ordinaria,¹³¹ nella quale è imprescindibile il consenso del Parlamento europeo, per la gran parte delle materie di competenza dell'Unione.

In questi casi, il Parlamento può solo porre un veto alle proposte del Consiglio, ma questo gli consente d'influire in maniera determinante sul contenuto sostanziale del provvedimento nel corso della sua elaborazione.

Anche la coesione e la competizione dei gruppi politici rappresentati nell'assemblea di Strasburgo è progressivamente aumentata nell'ultimo decennio.¹³²

La trasparenza dei lavori, poi, non ha nulla da invidiare a quella offerta dai Parlamenti nazionali (che, poi, l'attenzione prestata dai media, specialmente italiani, sia debole è altro problema): le sedute, comprese quelle delle commissioni, sono pubbliche¹³³ ed è consentito ai cittadini, alle persone fisiche residenti e alle società che hanno la sede nell'Unione di accedere ai documenti del Parlamento.¹³⁴

È giusto chiedersi se questi progressi siano sufficienti a concludere che le norme dell'Unione europea possano soddisfare il requisito della riserva di legge.

¹³¹ Art. 294 TFUE.

¹³² S. HIX, A. KREPPPEL, A. NOURY, *The Party System in the European Parliament*, in "Common market legal studies", n. 2/2003, pp. 309 e ss..

¹³³ Art. 103, Reg. Parl. UE, il quale precisa, però, che le commissioni possono decidere di riunirsi a porte chiuse in casi particolari.

¹³⁴ Art. 104, Reg. Parl. UE.

In ogni caso, è anche possibile che il tasso di «democraticità» preteso dalle fonti europee sia diverso a seconda che queste pongano limiti ai cittadini oppure integrino la normativa interna riducendo il potere dell'amministrazione.

Quanto alla terza funzione della riserva di legge, che si concretizza nella soggezione delle norme che incidono sui diritti dei cittadini al sindacato di costituzionalità, potrebbe ritenersi soddisfatta dalla possibilità di sottoporre gli atti (anche) normativi dell'Unione al giudizio della Corte di giustizia, innanzi alla quale è possibile invocare come parametro la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dotata dello «stesso valore giuridico dei trattati».¹³⁵

Se questa non fornisse un'adeguata tutela, infine, sarebbe sempre possibile avvalersi innanzi alla Corte costituzionale dell'estremo baluardo dei c.d. «controlimiti».

La possibilità che le norme dell'Unione, combinandosi con le leggi interne, limitino il potere attribuito alle Autorità amministrative indipendenti soddisfacendo le riserve di legge poste dalla Costituzione, trova però un limite nel fatto che, spesso, la stessa normativa europea (comunitaria) non descrive puntualmente il potere conferito, ma si affida a concetti generali.¹³⁶

La conseguenza è che la combinazione tra norme europee e norme interne non è sempre sufficiente a circoscrivere la

¹³⁵ Art. 6 TUE. F. FABBRINI, *Il diritto dell'UE e l'indipendenza delle autorità*, p. 1033, sostiene che proprio l'esistenza di più Corti incaricate di garantire i diritti apporterebbe beneficio alla loro tutela.

¹³⁶ Rileva il problema F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, pp. 983 e ss..

discrezionalità dell'Autorità e, quindi, a risolvere i problemi sollevati dal rapporto tra i suoi poteri normativi e le riserve di legge poste dalla Costituzione.

8. Il procedimento normativo, la legittimazione partecipativa e i suoi limiti.

Una seconda modalità di riduzione della discrezionalità delle Autorità amministrative indipendenti è rappresentata dalle regole procedurali che queste devono seguire nell'emanazione degli atti normativi e dal sindacato del giudice amministrativo sul loro rispetto.

La disciplina delle Autorità amministrative indipendenti, infatti, costituisce un'eccezione rispetto alla regola generale secondo cui gli atti normativi e quelli a contenuto generale dell'amministrazione, in analogia con le leggi,¹³⁷ non richiedono motivazione.¹³⁸

Tutte sono chiamate a svolgere un'analisi d'impatto della regolazione (AIR)¹³⁹ e alcune sono state sottoposte a obblighi ancora più stringenti dall'art. 23 della legge n. 262 del 2005.

Infatti, Banca d'Italia e CONSOB, nell'adottare (e nel revisionare periodicamente) gli atti normativi «consultano gli

¹³⁷ Sul punto si v. S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge*, Padova 2008.

¹³⁸ Art. 3, l. 241/1990. La giurisprudenza ha comunque ritenuto che alcuni atti generali – per esempio le varianti ai piani urbanistici generali – siano motivati.

¹³⁹ Art. 12, l. 229/2003. L'obbligo è specificamente ribadito per l'AGCOM dall'art. 13, d.lgs. 259/2003. Lamenta S. CORNELLA, *La nuova disciplina della regolazione in materia di vigilanza bancaria*, in "Giorn. dir. amm.", 2010, p. 1075, che tale obbligo non ha avuto un effettivo riscontro nella prassi e loda la Banca d'Italia per aver istituito un'unità specialistica con questi compiti, al fine di aumentarne l'efficacia. Per un monitoraggio costante dell'attività di AIR delle Autorità amministrative indipendenti si v. le schede pubblicate in www.osservatorioair.it.

organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori».

Le delibere, inoltre, devono essere motivate tenendo conto del principio di proporzionalità, «inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari».¹⁴⁰

Nel caso della CONSOB era già previsto un obbligo di attivare delle procedure consultive, ma esso era limitato alle «modifiche regolamentari» e non, più in generale, all'adozione di atti normativi.¹⁴¹

La Banca d'Italia (oltre alla COVIP) ha già dato attuazione alla disposizione, prevedendo che sia il programma annuale

¹⁴⁰ Tale principio, derivato dall'ordinamento dell'Unione europea, è ormai un principio generale dell'attività di ogni amministrazione e, insieme alla ragionevolezza e all'adeguatezza, è uno dei parametri del controllo di legalità sui regolamenti (si v. F. CINTIOLI, *L'effettività*, pp. 2779 e ss.). Per un'applicazione all'AEEG si v. Corte giust., sent. 20 aprile 2010, C-265/08, *Federutility*, che ha ritenuto conforme al diritto dell'Unione la legge italiana che consentiva di fissare «prezzi di riferimento» del servizio di fornitura del gas naturale anche a seguito della liberalizzazione del settore purché si «persegua un interesse economico generale», consistente nel mantenere ragionevole il costo per il consumatore, e che non si incida sulla libertà contrattuale degli operatori «se non nella misura necessaria a conseguire siffatto obiettivo». Applicano questi principi Cons. St., sentt. n. 5140, n. 5141 e n. 5142 del 2012. Sul principio di proporzionalità si v. J. SCHWARZE, *The Principle of Proportionality and the Principle of Impartiality in European Administrative Law*, in "Riv. trim. dir. pubbl.", 2003, pp. 53 e ss.; A.M. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova 1998; D. URANIA GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in "Giorn. dir. amm.", 2006, pp. 1106 e ss.; A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova 2009, pp. 191 e ss..

¹⁴¹ Art. 187-quaterdecies, d.lgs. 58/1998, come modificato dalla l. 62/2005. La CONSOB, nello schema di regolamento diffuso il 25 gennaio 2010 ha sostenuto che tale disposizione sia stata abrogata dal più recente art. 23, l. 262/2005, che pone una disciplina generale la quale comprende, nel proprio ambito, anche l'obbligo posto dal TUF.

dell'attività normativa, sia le singole proposte di regolamento siano sottoposti a pubblica consultazione e motivati.¹⁴²

La CONSOB non ha ancora approvato in via definitiva la normativa, ma ha diffuso uno schema di regolamento simile a quello della Banca d'Italia sul quale raccogliere le osservazioni degli operatori.¹⁴³

L'obbligo di consentire alle parti interessate di presentare le proprie osservazioni sulla proposta di un provvedimento e quello di motivazione gravano anche sull'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in forza del codice delle comunicazioni elettroniche¹⁴⁴ e delle disposizioni attuative, emanate dalla stessa Autorità.¹⁴⁵

Anche l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ha dato attuazione all'art. 8 del d.lgs. n. 163 del 2006, che prevede «metodi di consultazione preventiva» sui progetti di atto da adottare.¹⁴⁶

¹⁴² Banca d'Italia provv. 24 marzo 2010, su cui si v. S. CORNELLA, *La nuova disciplina della regolazione*, pp. 1072 e ss.. La consultazione avviene mediante la pubblicazione sul sito web della Banca d'Italia di un documento che illustri le possibili ipotesi di regolazione, insieme ai risultati dell'AIR. Della pubblicazione è data notizia alle associazioni di categorie e a quelle dei consumatori rappresentative a livello nazionale, nonché al Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti. La Banca può anche istituire e disciplinare *panel* consultivi rappresentativi degli intermediari e dei consumatori e avvalersene per adempiere all'obbligo di consultazione (art. 5).

¹⁴³ Si v. il documento di consultazione n. 28/2008 dell'ISVAP e lo schema di regolamento diffuso il 25 gennaio 2010 dalla CONSOB.

¹⁴⁴ Art. 11, d.lgs. 259/2003. L'obbligo è esteso anche al Ministero per le comunicazioni.

¹⁴⁵ AGCOM del. 453/2003.

¹⁴⁶ Il regolamento attuativo, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 243 del 18 ottobre 2011, prevede diverse modalità di partecipazione: audizioni innanzi al collegio (su convocazione di quest'ultimo), consultazioni sul sito web dell'Autorità, tavoli tecnici e audizioni annuali.

L'Autorità per l'energia, in assenza di un'imposizione legislativa, hanno provveduto autonomamente a disciplinare l'esercizio delle proprie funzioni normative.¹⁴⁷

Il rispetto di questi obblighi procedurali è assicurato dalla giurisprudenza amministrativa,¹⁴⁸ che esige una consultazione il più possibile aperta¹⁴⁹ ed effettiva¹⁵⁰ e una motivazione che dia conto delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione, «soprattutto in questi casi in cui vengono contestati i presupposti dell'azione regolatoria».¹⁵¹

¹⁴⁷ AEEG del. GOP n. 46/2009 e AVCP del. Anche in questo caso, la consultazione avviene su un documento, pubblicato sul sito web dell'AEEG, che contiene gli elementi essenziali del progetto di regolazione, le questioni su cui l'Autorità sollecita gli interessati a presentare osservazioni entro un dato termine e uno schema dell'atto da adottare. In casi di «straordinaria urgenza, emergenza o segretezza» è possibile evitare la consultazione.

¹⁴⁸ TAR Lazio (Roma), sent. n. 33133 del 2010, ha censurato l'adozione, da parte dell'ISVAP, del regolamento sui conflitti d'interesse degli intermediari assicurativi in violazione del procedimento di *notice and comment*, lodato dal giudice romano in quanto riporta alla «sede propria amministrativa» il confronto in ordine ai profili di opportunità e di merito tecnico ed economico dell'atto e consente alle imprese di conoscere in anticipo gli indirizzi in corso di assunzione da parte dell'Autorità.

¹⁴⁹ Cons. St., sentt. n. 4908 e n. 4558 del 2009 hanno confermato TAR Lazio (Roma), sentt. n. 11194 e n. 11197 del 2008, che avevano giudicato sussistente la violazione dell'art. 11, d.lgs. 259/2003 perché l'AGCOM introdotto il c.d. blocco permanente delle chiamate limitandosi a convocare le associazioni dei consumatori e un solo operatore di telefonia fissa, mentre doveva garantirsi la partecipazione «della più vasta platea» dei soggetti coinvolti dalla decisione.

¹⁵⁰ Cons. St., sent. n. 4661/2012. Nel caso di specie, agli interessati era stato concesso dall'AGCOM un termine di soli 15 giorni per commentare la proposta di delibera di adozione del Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in violazione dell'art. 11, d.lgs. 259/2003, che prevede un termine di 30 giorni. Le garanzie procedurali, ha precisato il giudice amministrativo, «sono poste a tutela del corretto *modus operandi* della P.A.».

¹⁵¹ Cons. St., sent. n. 7972 del 2006, su cui si v. S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle autorità indipendenti*, in "Giorn. dir. amm.", 2007, pp. 377 e ss..

La giurisprudenza ha anche precisato i limiti del proprio sindacato, che non può estendersi al «merito delle scelte».¹⁵²

Se è discussa la doverosità della procedura partecipativa per l'adozione di atti che si limitano a dare attuazione a principi già stabiliti in un altro regolamento,¹⁵³ è ormai consolidata la necessità di rapportare il dovere motivazionale «alla natura degli atti di competenza dell'Autorità, che sono pur sempre atti di regolazione»:¹⁵⁴ in questi casi, devono essere indicati i presupposti di fatto e di diritto e fornita la giustificazione sostanziale della decisione, ma non occorre «replicare puntualmente a ciascuna delle osservazioni sollevate» dagli interessati, essendo sufficiente che queste siano state prese in considerazione.¹⁵⁵

Le norme sui procedimenti normativi delle Autorità amministrative indipendenti sono considerate delle specificazioni dei doveri di trasparenza e partecipazione fondati sulla legge n. 241 del 1990.¹⁵⁶

In questo caso, però, le garanzie per gli interessati sono più ampie e questo, in letteratura, è stato considerato lo strumento per l'instaurazione di un rapporto «osmotico» con gli interessi

¹⁵² Si v. TAR Lazio (Roma), sent. n. 2687 del 2008, rispetto ai poteri della CONSOB, secondo cui il sindacato giurisdizionale ha a oggetto il contrasto «con i principi generali della materia o con gli obiettivi della vigilanza», con il principio di proporzionalità e il rispetto del procedimento.

¹⁵³ La ritiene superflua TAR Lazio (Roma), sent. n. 6341/2010, nella quale, peraltro, il giudice dà atto all'AGCOM di aver comunque dato luogo a un ampio confronto; la ritiene necessaria, con riferimento all'ISVAP, TAR Lazio (Roma), sent. n. 33133/2010.

¹⁵⁴ TAR Lazio (Roma), sentt. n. 9710/2011 e n. 14279/2006.

¹⁵⁵ *Ivi*.

¹⁵⁶ TAR Lazio (Roma), sent. n. 33133/2010.

sociali idoneo sopperire alla carenza di legittimazione di questi organi e alla «caduta del valore di legalità sostanziale».¹⁵⁷

Anche in giurisprudenza, è ormai consolidato l'orientamento secondo cui «in assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso»,¹⁵⁸ perché il procedimento partecipativo sarebbe un valido «sostituto della dialettica propria delle strutture rappresentative».¹⁵⁹

La tesi, pur maggioritaria, non appare pienamente convincente.

Non solo, infatti, individuare i soggetti legittimati a intervenire è estremamente difficile in quei casi in cui, per la natura diffusa di alcuni interessi (si pensi a quelli dei consumatori), essi coincidono con l'intera collettività.¹⁶⁰

Soprattutto, sul piano logico, è stato obiettato che «le regole in tema di procedimento rappresentano una forma di limitazione del potere, non già una sua legittimazione»¹⁶¹ e, proprio per

¹⁵⁷ A. PREDIERI, *L'erompere*, pp. 5 e ss.; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti, passim* e soprattutto pp. 245 e ss., nonché *Autorità o amministrazioni indipendenti?*, p. 200; M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, pp. 191 e ss.; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in www.giust-amm.it, E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in "Riv. trim. dir. pubbl.", 2004, pp. 679 e ss.; M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, in "Quad. Cons. St.", 1999, pp. 9 e ss. e *Autorità indipendenti*, p. 155.

¹⁵⁸ Cons. St., sentt. n. 7972/2006, n. 1215/2010; TAR Lazio (Roma), sent. n. 9710/2011.

¹⁵⁹ TAR Lazio (Roma), sent. n. 9710/2011.

¹⁶⁰ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, pp. 141 e ss..

¹⁶¹ M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti*, p. 431

questo, la partecipazione degli interessati comunque non solleva il regolatore dalla responsabilità della decisione.¹⁶²

Infine, la partecipazione dei soggetti interessati appare qualitativamente diversa dalla rappresentanza politica: infatti, le Autorità sono poteri «"monotematici" finalizzati a perseguire un unico interesse pubblico» e, in una società pluralista come quella italiana, non possono sostituire gli organi rappresentativi e il procedimento parlamentare.¹⁶³

9. La natura tecnica della regolazione e la necessità di rispettare comunque le riserve di legge.

Un terzo argomento richiamato per giustificare la legittimità del potere normativo delle Autorità anche in materie in cui vige una riserva di legge si fonda sul tecnicismo dei settori in cui queste operano.

¹⁶² Sembra eccessivamente ottimista l'opinione di F. POLITI, voce *Regolamenti delle autorità*, p. 3, che vede nel modello delle Autorità «una scelta di abbandono (da parte dei pubblici poteri) della pretesa autoritativa a favore di una collocazione paritaria degli stessi rispetto ai cittadini».

¹⁶³ L. VIOLANTE, *Riforma della regolazione e assetti istituzionali*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, pp. 239 e ss.; M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, p. 212; G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti?*, p. 727 e ss.. Sull'importanza del procedimento parlamentare si è pronunciata in diverse occasioni anche la Corte costituzionale: da ultimo, nella sent. n. 230 del 2012, ha rammentato come sia il Parlamento la «istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica», in quanto questo è «eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale» e delibera all'esito di un procedimento «che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione». Si v. anche Corte cost., sent. n. 487 del 1989. Questi argomenti sono enunciati dalla Corte con riferimento alla riserva di legge in materia penale, ma sembrano potersi attagliare anche alle altre riserve di legge, tra cui quella in materia economica, soprattutto alla luce delle affermazioni contenute nella sent. n. 115 del 2012, relativa all'art. 23 Cost., secondo cui ogni restrizione della libertà dei cittadini deve fondarsi su un atto legislativo «direttamente o indirettamente riconducibile al Parlamento, espressivo della sovranità popolare».

Si manifesta in questo modo quella fiducia nella tecnica come strumento di neutralizzazione delle decisioni che ha esercitato tanto fascino nella società occidentale (si veda *supra* I.1).

In un contesto di rapidissima evoluzione tecnologica e di mercato, infatti, il legislatore è considerato «incapace di dettare regole puntuali» ed è «tutt'al più in grado di fissare gli obiettivi della regolazione»,¹⁶⁴ affidando la disciplina a organi specializzati e in grado di adeguarla velocemente ai bisogni degli operatori.¹⁶⁵

Anzi, secondo questa tesi «una predeterminazione legislativa rigida sarebbe di ostacolo» al perseguimento degli scopi posti dalla legge.¹⁶⁶

Non vi sarebbe, comunque, violazione delle riserve di legge, perché i «criteri e regole di ordine tecnico insiti nella materia»

¹⁶⁴ M. CLARICH, *Presentazione*, in M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, Padova 2011, p. XXXII, nonché in *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, p. 46.

¹⁶⁵ F. CINTIOLI, *L'effettività*, pp. 2779 e ss.. Talvolta l'argomento della natura tecnica della regolazione è combinato con quello che muove dal procedimento partecipativo, come in Cons. St., sent. n. 5827 del 2005, in cui si afferma che «non può lamentarsi alcuna carenza di prescrittività del dettato normativo, che, stabiliti i poteri e le finalità dell'Autorità, secondo la tecnica del "programma legislativo aperto", rinvia, al procedimento ed alle garanzie di partecipazione per fare emergere la regola, che dopo l'intervento degli interessati appaia, tecnicamente, la più idonea a regolare la fattispecie. Anche Corte cost., sent. n. 170 del 2010, sembra distinguere la «regolazione generale, comunque non tecnica» demandata all'autorità politica da quella, diversa, delle Autorità amministrative indipendenti. In letteratura, si v. A. PREDIERI, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena 1996, p. 1423; F. CRISCUOLO, *I poteri ispettivi e sanzionatori delle Autorità*, p. 376. In generale, sul tema, si v. V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano 1967, pp. 16 e ss., che richiama O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli 1912, pp. 350 e ss..

¹⁶⁶ Cons. St., sent. n. 2521 del 2012. In letteratura, si v. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano 2006, pp. 131 e ss..

determinerebbero «risposte normative obbligate», delimitando adeguatamente la discrezionalità dell'amministrazione.¹⁶⁷

La tesi non appare pienamente convincente.

Infatti, solo in ipotesi molto particolari il giudice delle leggi ha ritenuto che la natura tecnica delle norme da emanare potesse giustificare l'attribuzione di ampi poteri normativi a un organo amministrativo in presenza di una riserva di legge: così per i reati in materia di stupefacenti¹⁶⁸ e le norme di polizia forestale elaborate dalle Camere di commercio,¹⁶⁹ in materia tariffaria¹⁷⁰ e

¹⁶⁷ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità*, p. 712. Anche G. ABBAMONTE, *Autorità indipendenti e prospettive di riorganizzazione delle P.A.*, in ASSOCIAZIONE DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, pp. 93 e ss., ritiene che siano le regole tecniche ed economiche a fornire alle Autorità un'indicazione per l'esercizio dei loro poteri.

¹⁶⁸ Corte cost., sentt. n. 36 e n. 96 del 1964. In questi casi, la possibilità che la definizione della condotta criminosa dipendesse dall'inserimento della sostanza in un elenco di narcotici elaborato in sede amministrativa si giustificava per l'impossibilità d'indicare una volta per tutte le varie droghe, «per le variabili forme della sostanza e per le continue e rinnovate indagini cui è soggetta»

¹⁶⁹ Corte cost., sent. n. 26 del 1966. La Corte ha osservato che sono esigenze tecniche ad aver determinato il conferimento di un simile potere alle Camere di commercio e che queste esigenze rendono più contenuto l'ambito delle «prescrizioni di massima» in cui le «norme di polizia forestale» sono ammesse a spaziare, fornendo anche dei parametri per il controllo giurisdizionale

¹⁷⁰ Corte cost., sent. n. 72 del 1969, che richiama, sul ruolo del Comitato interministeriale prezzi, la sent. n. 103 del 1957. Questa giurisprudenza è confermata anche da Corte cost., sent. n. 79 del 1984. La Corte ha escluso che l'attribuzione all'amministrazione del compito di approvare le tariffe telefoniche demandasse all'autorità governativa «un potere non soggetto né a limiti né a controlli», in quanto le decisioni dell'esecutivo si uniformavano alle deliberazioni del Comitato interministeriale prezzi, che a sua volta esercita un potere «collegato ad elementi di natura tecnica che ne circoscrivono l'ambito». Più di recente, Corte cost., sent. n. 215 del 1998 ha ritenuto ammissibile che le tariffe assicurative fossero definite dall'amministrazione, perché si basano «su dati tecnici derivanti da una complessa attività di rilevazione statistico-attuariale», che costituiscono un limite adeguato della discrezionalità amministrativa.

per la fissazione di limiti ai canoni annuali di affitto dei fondi rustici.¹⁷¹

La differenza tra queste materie e quelle in cui operano le Autorità amministrative indipendenti è evidente.

Diversamente dalle prime, nelle seconde è difficile sostenere che il dover tener conto delle regole tecniche del settore conduca a «risposte normative obbligate».

Ciò avviene quando la normativa viene emanata «sulla base dei principi desunti dalle c.d. “scienze esatte” o dalle arti che ne sono applicazione», secondo la definizione data dalla Corte costituzionale alle norme tecniche,¹⁷² e questo consente che il risultato cui l'amministrazione è approdata sia «susceptibile di una verifica condotta in termini assoluti, tale da comprovarlo ovvero smentirlo in via definitiva».¹⁷³

Criteri di questo tipo, richiamati anche dal legislatore, devono essere osservati nel fissare i limiti delle tariffe e le

¹⁷¹ Corte cost., sent. n. 40 del 1964. In questo caso, la Corte ha escluso che il conferimento di questo compito alle Commissioni tecniche provinciali violasse la riserva di legge, sia perché l'indicazione dei fini contiene «una notevole delimitazione dei poteri delle Commissioni», sia perché devono essere seguiti criteri tecnici, il cui mancato rispetto può essere fatto valere dagli interessati. La sentenza affronta anche il tema interessante del rapporto tra le norme, emanate dall'amministrazione, applicabili ai privati e la soggezione del giudice, chiamato ad avvalersene per la soluzione della controversia, «soltanto alla legge» (art. 101, co. 2, Cost.): secondo la Corte, non sussiste alcun contrasto, perché quel principio esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare al giudizio, ma non riguarda le leggi che «senza portar deroga al principio per cui il giudice non è tenuto ad applicare gli atti amministrativi illegittimi» gli assegnano, come regole del giudizio, «norme di carattere generale» emanate – sulla base di una legge – da autorità amministrative

¹⁷² Corte cost., sent. n. 61 del 1997.

¹⁷³ F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, pp. 983 e ss..

condizioni di accesso alle reti,¹⁷⁴ ma negli altri casi le Autorità muovono «da scelte orientate politicamente piuttosto che tecnicamente» e tendenti soprattutto «ad allineare il diritto dell'economia vigente nel paese in cui operano ai principi cui si ispira l'ordinamento dell'Unione europea, nonché all'attuazione pratica dei principi costituzionali vigenti nel settore».¹⁷⁵

Alla base della regolazione, allora, «è sottesa una “scelta” non esclusivamente inerente, o non solamente fondata su dati tecnici», nel senso appena individuato,¹⁷⁶ ma che risulta opinabile, cioè «basata su regole non comprovabili in maniera universalmente accettata».¹⁷⁷

In particolare, non possono essere considerate tecniche, in questo senso, le «leggi del mercato»,¹⁷⁸ il quale, è stato notato, «non è né il prodotto della natura, né il frutto dell'economia in quanto tale, ma si regge su leggi ed è regolato» dalle varie Autorità amministrative, governative e indipendenti.¹⁷⁹

¹⁷⁴ Si pensi al metodo del *price cap*, indicato dall'art. 2, l. 481/1995, che consiste nella definizione di una tariffa base e di un tetto all'aumento delle tariffe per un determinato periodo, sulla base del tasso di variazione medio annuo nei dodici mesi precedenti dei prezzi al consumo rilevato dall'ISTAT e dell'obiettivo di variazione del tasso annuale di produttività, prefissato per un periodo almeno triennale.

¹⁷⁵ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, p. 594.

¹⁷⁶ P. BILANCIA, *Attività normativa*, p. 151.

¹⁷⁷ F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, pp. 983 e ss..

¹⁷⁸ *Contra* F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, p. 104, secondo cui i regolamenti delle Autorità non sono liberi in quanto devono rispettare, oltre alle norme primarie, anche le «leggi» del mercato».

¹⁷⁹ S. CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in “Rass. giur. Enel”, 1998, pp. 233 e ss.; negli stessi termini, M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 183; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti*, p. 457; sul fatto che nemmeno gli economisti classici concepivano il mercato come una realtà naturale, ma come un'istituzione sociale «addirittura creata da regole giuridiche» si v. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, pp. 11 e ss..

Lo spazio, quindi, per «l'argomento tecnico» nell'ordinamento costituzionale italiano appare molto stretto.¹⁸⁰

10. Il carattere relativo delle riserve di legge e lo spazio dei poteri normativi delle Autorità.

Come si può evincere da quest'esposizione, anche le problematiche poste dai poteri normativi delle Autorità indipendenti, e dal rapporto tra questi e la legge, evocano «il tema, sempre risorgente, delle relazioni fra democrazia, potere del popolo, ed efficienza, competenza professionale, continuità di azione dei corpi burocratici».¹⁸¹

Sotto questo profilo, le Autorità dotate di funzioni di regolazione, pur presentando ciascuna le proprie peculiarità, sono riconducibili a un modello nel quale il legislatore, rinunciando a dettare la normativa di un determinato settore,¹⁸² ne delega la disciplina, indicando finalità, principi e procedimento per l'adozione del provvedimento.¹⁸³

Questo modello deve essere posto a confronto con quello disegnato dalla Costituzione, soprattutto nell'art. 41 (ma anche nell'art. 23), nel quale le scelte «politiche» di fondo in materia economica sono riservate alla legge, che deve predeterminare

¹⁸⁰ M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 33, distingue tra decisioni regolatorie tecniche e «decisioni che determinano una redistribuzione di ricchezza e di risorse»: queste ultime, dotate di valenza politica, dovrebbero essere attribuite al Governo e ai ministri responsabili innanzi al Parlamento.

¹⁸¹ Così A. CERRI, voce *Regolamenti*, p. 4, con riferimento al rapporto tra legge e regolamento, in generale. L'osservazione si attaglia perfettamente anche alla situazione delle Autorità amministrative indipendenti.

¹⁸² F. POLITI, voce *Regolamenti delle autorità*, p. 19.

¹⁸³ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, p. 98.

quantomeno i principi della regolazione attuativa da parte delle autorità amministrative.¹⁸⁴

Le innumerevoli riserve presenti nel suo testo dimostrano che, nonostante la sua crisi,¹⁸⁵ la Costituzione «crede» ancora nella legge, «perché ritiene che soltanto attraverso quest'ultima possano avverarsi “giuste”, opportune, limitate scelte».¹⁸⁶

Chi sostiene l'incostituzionalità dell'attribuzione di poteri normativi alle Autorità indipendenti lamenta soprattutto che la loro discrezionalità non sia adeguatamente contenuta, perché non sarebbero adeguatamente precisati i criteri orientativi della regolazione.¹⁸⁷

Il giudizio, però, non può essere formulato in termini assoluti, ma varia caso per caso, a seconda nelle fonti primarie si rinvencono «le linee fondamentali» della disciplina e «gli

¹⁸⁴ M. LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in “Digesto disc. pubbl.”, pp. 382 e ss..

¹⁸⁵ Sulla crisi della legge si v., S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in “Enc. Dir.”, pp. 659 e ss.. Tra gli altri, anche F. CINTIOLI, *L'effettività*, pp. 2779 e ss., riscontra un «allentamento della funzione di orientamento della legge», che spesso si esaurisce «nell'enunciazione di un obiettivo molto generico».

¹⁸⁶ Corte cost., sent. n. 487 del 1989, che, per la precisione, parla di «scelte criminalizzatrici», trattando dell'art. 25 Cost.. L'argomento, però, è esposto con una formulazione così generale da poter essere esteso anche alle altre ipotesi di riserva di legge.

¹⁸⁷ G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti?*, p. 724. L'A. sostiene che la situazione sia diversa nell'ordinamento francese, in cui il *Conseil constitutionnel*, dec. n. 86-217, nel respingere le censure proposte avverso l'attribuzione di potere regolamentare alla *Commission nationale de la communication et des libertés*, ha affermato che la Costituzione, conferendo un simile potere al Primo ministro, non impedisce al legislatore di delegare ad «une autorité de l'État autre» il compito di stabilire «dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements» dei regolamenti di attuazione. Si v. anche le dec. n. 2009-580 e n. 89-260 (quest'ultima, sulla *Commission des opérations de bourse*).

essenziali bilanciamenti degli interessi»: solo in questo caso potrà ritenersi osservata la riserva di legge.¹⁸⁸

Per un esempio positivo, si pensi, ancora, all'ipotesi dell'*unbundling*: se all'Autorità per l'energia sono attribuiti i compiti di attuare la normativa e vigilare sul suo rispetto, le decisioni politiche fondamentali sono state prese dai legislatori europeo (la scelta di separare la gestione della rete dalle attività di produzione e vendita dell'energia) e nazionale (l'individuazione delle specifiche modalità per raggiungere quest'obiettivo, tra le diverse possibili).¹⁸⁹

Un secondo esempio può essere rappresentato dalla portabilità dei numeri telefonici:¹⁹⁰ se è l'AGCOM a stabilire i termini e le modalità di trasferimento, la scelta politica di consentire la portabilità del numero da un operatore all'altro

¹⁸⁸ Trib. Roma, sent. 15 maggio 2007, che ha ritenuto manifestamente infondata un'eccezione d'illegittimità costituzionale avente a oggetto gli ampi poteri di regolazione attribuiti alla CONSOB dall'art. 6, d.lgs. 58/1998. Si v. anche Cons. St., sent. n. 8770 del 2009, sulla potestà dell'AGCOM di regolare le condizioni per il rilascio delle licenze e delle autorizzazioni per la diffusione di trasmissioni in tecnica digitale. In questo caso i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto non manifestamente infondata la questione di costituzionalità della norma attributiva di quel potere osservando che l'AGCOM era chiamata a esercitarlo «in ordine ad uno specifico oggetto [...] e sulla base di criteri e regole di indirizzo segnatamente individuate dal Legislatore».

¹⁸⁹ Il d.lgs. 93/2011 ha previsto, per il settore dell'energia elettrica, la separazione proprietaria tra Terna – gestore della rete – e le imprese che svolgono produzione e vendita, mentre per quello del gas è previsto il sistema c.d. ITO (un operatore indipendente del trasporto che, pur sotto il controllo azionario dell'impresa verticalmente integrata è reso neutro tramite regole volte a garantire l'indipendenza e la correttezza del suo operato) per Snam Rete Gas, gestore di trasporto del gas, e il sistema c.d. ISO (un gestore della rete di trasporto separato dal soggetto che ne ha la proprietà: il proprietario mantiene il controllo finanziario ma le attività gestionali sono in capo esclusivamente al gestore) per le altre imprese, salva comunque la facoltà di optare per la separazione proprietaria.

¹⁹⁰ Su cui si v. TAR Lazio (Roma), sent. n. 5769 del 2009.

senza costi è stata effettuata dal legislatore italiano,¹⁹¹ in attuazione di una direttiva europea.¹⁹²

In altre situazioni, la legge non indica in maniera sufficiente i criteri cui le Autorità di regolazione dovranno attenersi, né questi sono rinvenibili in altre fonti di rango primario.

Si pensi alla definizione degli specifici diritti che debbono essere inseriti nelle carte di servizio da parte delle Autorità di regolazione¹⁹³ e, soprattutto, a molte delle norme che attribuiscono ad Autorità come la CONSOB, la Banca d'Italia e l'IVASS il compito di disciplinare i mercati finanziari.¹⁹⁴

In questi casi, la legge pone clausole generali (si veda, per esempio, l'art. 6 del d.lgs. n. 58/1998) che appaiono contrastanti con le riserve di legge poste dalla Costituzione e, anche per questo, è opportuno un intervento del legislatore, che fissi più chiaramente i principi e i criteri cui il potere di regolazione delle Autorità dovrà attenersi.¹⁹⁵

11. La partecipazione delle Autorità all'esercizio della funzione legislativa.

Le Autorità indipendenti, infine, oltre a esercitare direttamente una funzione normativa, partecipano anche «in funzione di impulso e di ispirazione, ai processi legislativi veri e

¹⁹¹ Art. 80, d.lgs. 259/2003.

¹⁹² Art. 30, dir. 2002/22/CE, come modificata dalla dir. 2009/136/CE.

¹⁹³ Art. 8, d.l. 1/2012.

¹⁹⁴ In tal senso, anche M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 78.

¹⁹⁵ In questo senso, si v. il *Documento conclusivo* dell'indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti deliberata dalla Camera dei Deputati nella XVI legislatura, p. 45.

propri», apportando a questi l'esperienza maturata nella pratica, sia mediante le relazioni annuali, sia con pareri forniti su specifiche materie a richiesta del Governo.¹⁹⁶

Tra le varie Autorità, un ruolo di rilievo spetta all'Autorità garante della concorrenza che segnala le distorsioni della concorrenza derivanti da atti legislativi ed esprime pareri circa le iniziative necessarie per rimuoverle o prevenirle.¹⁹⁷

Inoltre, può pronunciarsi anche sulle iniziative legislative o regolamentari, tanto su richiesta di altri organi o Enti, quanto di propria iniziativa.

Ciò aveva condotto alcuni a ritenere che l'AGCM esercitasse una funzione normativa o di governo, per l'influenza che le sue segnalazioni avrebbero avuto presso gli organi «titolari formali del potere decisionale».¹⁹⁸

Questa valutazione, però, si è rivelata troppo ottimista, a fronte della constatazione che della sostanziale indifferenza con cui Parlamento e Governo accoglievano i rilievi dell'Autorità.

Il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza è stato accentuato con l'istituzione della legge annuale per il mercato e la concorrenza: l'iniziativa spetta al Governo, su proposta del

¹⁹⁶ N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, p. 94. Secondo P. BILANCIA, *Attività normativa*, p. 157, questa è un'altra modalità con cui le Autorità concorrono alla «produzione del diritto». In generale, sulla partecipazione degli organi amministrativi al procedimento legislativo si v. G. D'AURIA, *La «funzione legislativa» dell'amministrazione*, in "Riv. trim. dir. pubbl.", 1995, pp. 699 e ss.

¹⁹⁷ Secondo M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 98, queste funzioni avvicinano l'AGCM agli organi ausiliari del Governo e del Parlamento aventi rilevanza costituzionale.

¹⁹⁸ N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, p. 97; G. VOLPE, *Indagine sulle funzioni dell'autorità antitrust: verso un «governo tecnico di settore»*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano 1996, p. 1551 e ss..

Ministro dello sviluppo economico e sentita la Conferenza unificata, ma tenendo conto anche delle segnalazioni dell'AGCM, delle quali deve essere dato conto nella relazione con cui l'esecutivo accompagna il disegno di legge.¹⁹⁹

Inoltre, il disegno di legge annuale per la concorrenza deve contenere «norme di immediata applicazione» volte a rimuovere gli ostacoli all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori, «anche in relazione» ai pareri e alle segnalazioni dell'Autorità *antitrust* e delle relazioni annuali delle altre Autorità amministrative indipendenti.

Tuttavia, la stessa AGCM rilevava, nel febbraio del 2012, come l'istituto introdotto tre anni prima non fosse mai stato attuato.²⁰⁰

La situazione è cambiata con l'approvazione dei decreti legge n. 211 del 2011 e n. 1 del 2012.²⁰¹

Il primo, al fine di liberalizzare le attività economiche mediante l'eliminazione di controlli preventivi sull'iniziativa privata, ha previsto il parere obbligatorio dell'AGCM sui disegni di legge e sui regolamenti governativi che introducono restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche.²⁰²

¹⁹⁹ Art. 47, l. 99/2009.

²⁰⁰ AGCM, *Osservazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato al disegno di legge AS 3110 di conversione in legge del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, Roma 2012. Analoghe valutazioni sono espresse dal *Documento conclusivo* dell'indagine conoscitiva deliberata nella XVI legislatura.

²⁰¹ Su cui si v. M. CLARICH, *I nuovi poteri affidati all'antitrust*, in "Quad. cost.", 2012, pp. 115 e ss..

²⁰² Art. 34, d.l. 211/2011.

Il secondo, perseguendo il medesimo scopo, ha abrogato tutte le norme che prevedevano atti di assenso dell'amministrazione per l'esercizio di attività private non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento dell'Unione europea, nel rispetto del principio di proporzionalità.²⁰³

Ha, inoltre, delegato il Governo di emanare regolamenti che individuino le attività per il cui avvio permane la necessità di un atto di assenso dell'amministrazione e ha previsto il parere obbligatorio dell'AGCM («anche in merito al rispetto del principio di proporzionalità») sugli schemi di regolamento.

Come si vede, il potere decisorio è rimasto in capo a Governo e Parlamento (una scelta costituzionalmente ineccepibile, considerato quanto osservato in questo capitolo) e, di conseguenza, la promozione effettiva della concorrenza rimane affidata alla sensibilità della politica.

Certamente, a questa Autorità sono dati ora maggiori strumenti per la promozione – oltre che per la semplice tutela – della concorrenza (cui si aggiunge il potere d'impugnare atti amministrativi che arrecano danno alla concorrenza, su cui si veda *infra*, VI.2)²⁰⁴ che, come si vedrà, inducono a considerarla un organo amministrativo che opera per il perseguimento di un interesse pubblico e non un organo quasi-giurisdizionale.

²⁰³ Art. 1, d.l. 1/2012.

²⁰⁴ Art. 21-bis, l. 287/1990, come modificato dall'art. 35, d.l. 211/2011.

CAPITOLO IV

LE FUNZIONI «PARAGIURISDIZIONALI» DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

1. Le funzioni arbitrali delle Autorità.

Le Autorità indipendenti svolgono diversi compiti, arbitrali, di risoluzione delle controversie, sanzionatori, nei quali la loro attività consiste «nell'imparziale applicazione della legge».¹

Un'imparzialità che, secondo parte della dottrina, non coinciderebbe con quella dell'amministrazione – che consiste nel perseguire l'interesse pubblico senza operare discriminazioni tra gli altri interessi coinvolti – ma sarebbe piuttosto assimilabile alla terzietà del giudice, disinteressato rispetto ai fini cui conduce l'applicazione della legge (si veda *supra*, I.1).²

Su questa base, si è parlato di funzioni e di poteri «paragiurisdizionali» delle Autorità indipendenti.³

¹ M. MANETTI, voce *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, p. 1. M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 10, con un anglismo, parla di «funzioni di “aggiudicazione” (*adjudication*)».

² C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, p. 80 afferma che le Autorità amministrative indipendenti si trovano in una situazione di stretta connessione e d'immediata sottomissione alla legge, grazie alla quale «vengono ad essere collocate su un piano di terzietà rispetto agli interessi coinvolti». M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 111, ritiene che l'AGCM «come i giudici, è soggetta soltanto alla legge» (tesi esposta anche in *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza*, p. 145 e ss.), paragone sostenuto anche da G.C. PINELLI, *L'autorità garante per la concorrenza e il mercato*, in www.forumcostituzionale.it. Lo stesso A., p. 152, argomenta che le funzioni «paragiurisdizionali» attribuite alle Autorità amministrative indipendenti, «ben potrebbero essere esercitate [...] da organi giurisdizionali in senso proprio».

³ F. CARINGELLA, *Le Autorità indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità*, in “Cons. St.”, 2000, pp. 541 e ss..

Si tratta, tuttavia, di compiti eterogenei: in alcuni casi, l'Autorità effettivamente si pone in una posizione analoga a quella del giudice; in altri, invece, pur seguendo un procedimento in contraddittorio con l'interessato, essa persegue un interesse pubblico e, quindi, non è «terza».

L'analisi di queste funzioni è rilevante sotto diversi profili, tra cui l'ampiezza del successivo sindacato giurisdizionale, l'eventuale configurabilità di questi organi come giudici speciali, non previsti in Costituzione, la loro legittimazione a sollevare questione di costituzionalità dinanzi al giudice delle leggi o a promuovere rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

In alcuni casi, quello innanzi all'Autorità è un vero e proprio giudizio arbitrale, che si svolge secondo le regole degli artt. 806 e ss. del codice di procedura civile.⁴

È quanto previsto per le controversie in materia di trasmissione dell'energia elettrica e di trasporto del gas naturale sulle infrastrutture ad alta pressione,⁵ che possono essere

⁴ Su questa procedura si v. G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2010.

⁵ AEEG del. 42/2005. Come mettono in luce E.L. CAMILLI, M. CLARICH, *I poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, p. 116, si tratta di un meccanismo «avente portata esclusivamente negoziale». Gli stessi A. sottolineano anche come la necessità del previo accordo tra le parti limiti l'operatività dell'istituto, poco sfruttato dagli operatori. Sinora risulta che sia stato emesso solamente il lodo n. 1/2006. L'AEEG, in un primo momento aveva approvato con regolamento una procedura arbitrale speciale – che si svolgeva in contraddittorio e si concludeva con una decisione espressamente qualificata come «lodo» – ma in seguito ne aveva giudicato inopportuno il mantenimento. L'art. 2, co. 24, lett. b), della legge n. 481 del 1995 prevedeva che il Governo emanasse, entro sessanta giorni, dei regolamenti volti a definire, tra l'altro, l'esperimento di procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il Servizio, ma l'esecutivo sinora non vi ha provveduto. Anche in quest'ambito, l'AEEG avrebbe potuto, tra l'altro, farsi garante dell'applicazione dei principi sull'erogazione dei servizi pubblici contenuti nella direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994, come sottolineato da L.

devolute alla competenza dell'AEEG dai soggetti che sottoscrivono il compromesso o la clausola compromissoria predisposta dalla stessa Autorità.

Una diversa soluzione è stata adottata per le controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici e, in seguito, per quelle tra investitori e intermediari finanziari circa il rispetto degli obblighi d'informazione, correttezza e trasparenza.

In questi casi sono state istituite presso l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici⁶ e la CONSOB⁷ due Camere arbitrali, che curano la formazione e la tenuta di albi nell'ambito dei quali le parti sceglieranno i componenti del collegio (o l'arbitro unico).

La competenza a decidere la controversia è comunque attribuita agli arbitri sulla base di una clausola compromissoria accettata dalle parti,⁸ alle quali spetta anche la scelta dei componenti del collegio arbitrale.

CICI, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, p. 51. La stessa A., p. 59, critica la formulazione della disposizione, che non distinguerebbe adeguatamente tra arbitrato (la risoluzione di una controversia tra le parti rimessa al giudizio di un terzo che la definisce «sostituendosi al giudice ordinario») e conciliazione (la composizione di una lite con un accordo raggiunto grazie alla mediazione di un terzo).

⁶ La Camera, istituita dalla legge n. 109 del 1994 è attualmente disciplinata dagli artt. 241 e ss. del d.lgs. 163/2006.

⁷ La Camera è stata istituita dal d.lgs. n. 179 del 2007. La sua organizzazione e le regole di procedura sono disciplinati dalla delibera della CONSOB n. 16763/2008, mentre il suo funzionamento è regolato dal suo Statuto, approvato dalla CONSOB con del. 17204/2010.

⁸ L'art. 241, d.lgs. 163/2006 prevede che la clausola compromissoria sia indicata nel bando di gara (o nell'invito) e che possa comunque essere rifiutata dall'aggiudicatario. Inoltre, vieta il compromesso. Per la competenza degli arbitri inseriti nell'elenco della CONSOB si v. l'art. 5, d.lgs. 179/2007. La possibilità di rifiutare la clausola compromissoria tiene conto della giurisprudenza costituzionale, per cui «il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle

Per quanto riguarda le regole di procedura, si rinvia a quelle dell'arbitrato rituale disciplinato dal codice di procedura civile, ma il lodo è impugnabile, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto.⁹

Fa eccezione la procedura «semplificata» prevista dalla CONSOB per le domande dell'investitore d'indennizzo del (solo) danno patrimoniale cagionato dall'intermediario, perché la decisione può essere impugnata solo per nullità innanzi alla Corte d'appello, la quale «non può mai decidere la controversia nel merito».¹⁰

Le Camere arbitrali non intervengono nel merito delle controversie, ma possono provvedere alla scelta degli arbitri in caso d'inerzia delle parti.

Questo potere può destare dubbi di legittimità costituzionale, se si considera che il carattere volontario dell'arbitrato comporta che la scelta del collegio sia riservata alle parti.

Per questo motivo, il Consiglio di Stato aveva dichiarato illegittima e annullato la norma regolamentare che affidava alla Camera arbitrale presso l'AVCP la nomina del terzo arbitro («che

parti» (Corte cost., sent. n. 127 del 1977), ma l'incostituzionalità si incentra «non nella previsione legislativa di un arbitrato per la risoluzione di certe controversie, ma nel suo carattere obbligatorio imposto *ex lege* e risultante inequivocabilmente dalla norma» (Corte cost., sent. n. 115 del 2000).

⁹ Art. 241, co. 15-bis, d.lgs. 163/2006 (AVCP) e art. 5, d.lgs. 179/2007 (CONSOB).

¹⁰ Artt. 28 e ss., CONSOB del. 16763/2008. Il ricorso può essere presentato solo dall'investitore, l'arbitro è unico, i termini sono abbreviati, la decisione «si fonda esclusivamente sulle prove precostituite» presentate negli atti introduttive, è prevista un'unica udienza di trattazione.

sovente costituisce l'ago della bilancia»), con funzioni di Presidente del collegio.¹¹

Secondo i giudici di Palazzo Spada la disposizione non solo non era contemplata dalla legge che conferiva il potere regolamentare al Governo ma, soprattutto, si poneva in contrasto con la giurisprudenza costituzionale.¹²

Mentre poteva ammettersi l'attribuzione della nomina del terzo arbitro a un organo giurisdizionale, certo non avrebbe potuto esserlo la scelta operata da un organo, come la Camera arbitrale, «pur operando in piena autonomia ed indipendenza, è pure sempre amministrativo»¹³.

La tesi, tuttavia, non appare del tutto persuasiva, in quanto trascura la posizione di terzietà rispetto alle parti che assume la Camera arbitrale.

Inoltre, la sentenza della Corte costituzionale citata dal giudice amministrativo a sostegno della sua decisione era stata emessa in relazione a una legge regionale che, disponendo un arbitrato obbligatorio in materia di lavori pubblici, aveva previsto che il collegio fosse formato da due funzionari regionali e da un arbitro nominato di volta in volta dall'appaltatore, negando al committente la facoltà di designare parte del collegio.¹⁴

¹¹ Art. 150, DPR 554/1999, annullato da Cons. St., sent. n. 6335 del 2003.

¹² Corte cost., sent. n. 33 del 1995, infatti, ha affermato che siccome l'arbitrato è un modo di risoluzione di controversie alternativo alla sede giurisdizionale e fondato sulla volontà delle parti, la legge, nel prevedere tale sistema per la decisione di una lite tra un soggetto pubblico e uno privato, non può attribuire al primo la facoltà di designare uno o più componenti del collegio, senza concederla anche all'altra.

¹³ Cons. St., sent. n. 6335 del 2003.

¹⁴ Corte cost., sent. n. 33 del 1995.

È evidente che la situazione delle Camere arbitrali è diversa: in questo caso, a ciascuna delle parti è riconosciuta la facoltà di nominare un membro del collegio e, solo in caso d'inerzia, vi provvede la Camera.

Da questo punto di vista, quindi, non pare che i dubbi di costituzionalità avanzati dal Consiglio di Stato siano fondati.

Tanto nel giudizio dinanzi agli arbitri nominati dalle Camere, quanto nell'esercizio diretto di funzioni arbitrali da parte di un'Autorità, comunque, le regole di procedura seguite, i particolari mezzi d'impugnazione e la posizione effettivamente «terza» rispetto alle parti conducono che l'organo giudicante sia legittimato a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale (la stessa Corte ha riconosciuto tale facoltà ai collegi arbitrali, come si vedrà *infra*, capitolo VI).¹⁵

Al contrario, esse non possono promuovere rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, perché la giurisprudenza europea (comunitaria) nega che gli arbitri siano delle «giurisdizioni» ai sensi del Trattato, in quanto la loro competenza si fonda su una libera scelta delle parti (si veda *infra*, capitolo VI).¹⁶

Non svolge funzioni arbitrali, nonostante il nome, l'Arbitro bancario finanziario (ABF), il quale esamina le controversie

¹⁵ Corte cost., sent. n. 376 del 2001.

¹⁶ Corte giust., ord. 22 aprile 1981, C-102/81, *Nordsee*.

relative a operazioni e servizi bancari e finanziari, ma non emette alcun lodo vincolante per le parti.¹⁷

Infatti, qualora la banca non dia seguito alla decisione favorevole al consumatore, la pronuncia non è suscettibile di esecuzione forzata e l'unica sanzione è rappresentata dalla pubblicità che viene data all'inadempimento.¹⁸

Inoltre, viene fatta salva la facoltà di entrambe le parti di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero esperire altri mezzi a tutela dei propri diritti e interessi (tra cui l'arbitrato vero e proprio) anche in seguito all'inizio della procedura, che in quest'ipotesi viene dichiarata estinta.

I rapporti tra questa procedura e quella giudiziaria e la carenza di valore cogente della decisione dell'ABF hanno indotto la Corte costituzionale a ritenere inammissibile una questione di costituzionalità sollevata dall'Arbitro bancario finanziario (sul punto, si veda *infra* VI).¹⁹

Lo stesso legislatore sembra considerare quest'istituto come un sistema di mediazione delle liti, laddove ne ha prevista l'esperibilità come condizione di procedibilità per i giudizi sui contratti bancari.²⁰

¹⁷ La circostanza è stata confermata dalla Banca d'Italia, che in un comunicato emanato il 26 ottobre 2010 ha precisato che «le decisioni dell'ABF, infatti, non incidono sulle situazioni giuridiche delle parti».

¹⁸ La predisposizione di sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria è prevista dall'art. 128-bis del d.lgs. 385/1993 e le regole di procedura sono stabilite dalla delibera CICR n. 275/2008. Su queste basi, la Banca d'Italia ha istituito l'Arbitro bancario finanziario.

¹⁹ Corte cost., ord. n. 218 del 2011.

²⁰ Art. 5, d.lgs. 28/2010, giudicato incostituzionale per eccesso di delega.

La qualificazione, però, non appare del tutto convincente, perché l'Arbitro bancario finanziario non assiste le parti «nella ricerca di un accordo amichevole» né formula «una proposta» per comporre la vertenza,²¹ a differenza di quanto possono fare i professionisti selezionati dalle Camere istituite presso la CONSOB²² e l'AGCOM.²³

La vertenza bancaria è risolta «sulla base della documentazione raccolta e delle previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché dei codici di condotta cui l'intermediario aderisca» e mediante una pronuncia che, pur chiamata «decisione»²⁴ è sostanzialmente un parere non vincolante, simile a quello espresso dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici sulle questioni sorte durante lo svolgimento delle procedure di gara.²⁵

²¹ Così l'art. 1, d.lgs. 28/2010, definisce l'attività di mediazione.

²² D.lgs. 179/2007, attuato dalla CONSOB con del. 16763/2008, artt. 7 e ss. L'esperibilità di questo tentativo di conciliazione è stata prevista quale condizione di procedibilità dell'eventuale processo civile instaurato dalle parti (art. 5, d.lgs. 28/2010), ma la norma è stata giudicata incostituzionale per eccesso di delega.

²³ Art. 2, co. 24, l. 481/1995 e art. 1, co. 6, l. 249/1997, come attuati dall'AGCOM con del. 173/2007. La procedura si svolge innanzi ai Co.re.com, organi funzionali dell'AGCOM, ma istituiti con legge regionale sulla base dell'art. 1, co. 13, l. 249/1997. Anche in questo caso, l'esperimento del tentativo di conciliazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La Corte costituzionale, però, ha rigettato le censure proposte avverso questa previsione, osservando che l'art., 24 Cost., che tutela il diritto di azione «non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento», che può essere dilazionato per salvaguardare interessi generali, come la riduzione del contenzioso e una soluzione immediata della controversia, in sede conciliativa (sent. n. 276 del 2000).

²⁴ Art. 6, CICR del. 275/2008.

²⁵ Art. 6, co. 7, lett. n), d.lgs. 183/2006. La procedura è attualmente disciplinata dal provvedimento adottato dall'Autorità il 1 marzo 2012.

2. La tutela dei dati personali innanzi al Garante come «alternativa a quella giurisdizionale».

Il procedimento che si svolge innanzi al Garante dei dati personali disciplinato dagli artt. 145 e ss. del d.lgs. n. 196 del 2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali) è giustamente considerato «il punto di maggior contatto con la funzione giurisdizionale».²⁶

La legge espressamente qualifica questa modalità di tutela come «alternativa a quella giurisdizionale» e stabilisce che la presentazione del ricorso al Garante «rende improponibile un'ulteriore domanda dinanzi all'autorità giudiziaria tra le stesse parti e per il medesimo oggetto».²⁷

Nel procedimento, che si apre con la presentazione del ricorso da parte dell'interessato nei confronti del titolare del trattamento dei dati, le parti hanno diritto di essere sentite e di presentare memorie e documenti, il Garante può disporre perizie e adottare misure cautelari, si applica la sospensione feriale dei termini.²⁸ Il provvedimento finale, una «decisione motivata», può essere impugnato proponendo opposizione innanzi al Tribunale.²⁹

²⁶ M. MANETTI, *Profili di giustizia costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in F. FRANCIOSI (a cura di), *Diritti, interessi*, p. 39, che sottolinea l'espressa qualificazione normativa di questa tutela come «alternativa» a quella innanzi al Tribunale. Sul punto si v. anche F.P. LUISSO, *Art. 29*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI, *Tutela della privacy (l. 31 dicembre 1996, n. 675)*, in "NLCC", 1999, pp. 671 e ss..

²⁷ Art. 145, co. 3, d.lgs. 196/2003. Il comma 2 dello stesso articolo, in maniera speculare, dispone che il ricorso al Garante non può essere proposto «se, per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, è stata già adita l'autorità giudiziaria».

²⁸ Artt. 149 e 150, d.lgs. 196/2003.

²⁹ Art. 151, d.lgs. 196/2003.

La struttura del procedimento e la sua natura «alternativa a quella giurisdizionale» hanno indotto a domandarsi se il Garante, limitatamente a questa funzione, potesse essere considerato un organo giurisdizionale.

La questione si è posta innanzi alla Corte di cassazione quando è stata chiamata a decidere circa la legittimazione del Garante a partecipare al giudizio di opposizione avverso il provvedimento che definisce quel procedimento.

Per risolvere il dilemma, la Suprema Corte ha preso le mosse dalla considerazione che il sistema costituzionale italiano «non conosce un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione».³⁰

In secondo luogo, ha definito il giudice come «quel soggetto pubblico che esercitando quel tipico procedimento che è il processo giudiziario dà luogo ad una decisione su diritti suscettibile di assurgere alla definitività del giudicato».³¹

Decisiva a escludere la natura giurisdizionale di determinate autorità è la sottoposizione dei loro provvedimenti al vaglio di un giudice, la quale «fa desumere che il potere di attuare la legge a tali organi affidato non è comunque definitivo».³²

Considerato che contro la decisione del Garante il soccombente può proporre opposizione innanzi al Tribunale, la Corte di cassazione ha ritenuto che l'Autorità non avesse «una

³⁰ Cass., sent. n. 7341 del 2002.

³¹ *Ivi.*

³² *Ivi.*

natura assimilabile a quella giudiziaria», ma provvedesse a «soddisfare l'interesse pubblico di cui è esponente».³³

In quest'ottica, la struttura in contraddittorio del «giudizio» che si svolge innanzi al Garante rientrerebbe nella «tendenza alla introduzione nel procedimento amministrativo di momenti di partecipazione effettiva da parte degli interessati» di cui alla legge n. 241 del 1990.³⁴

Per queste ragioni, la Corte ha ammesso la legittimazione del Garante a partecipare al giudizio di opposizione sui suoi provvedimenti e, in una pronuncia successiva, ha dichiarato manifestamente infondata una questione di costituzionalità volta a censurare la (presunta) violazione delle norme sulla giurisdizione, di cui agli artt. 101 e ss. Cost., da parte della disciplina sul procedimento innanzi al Garante, ritenendolo appunto un procedimento amministrativo e non giurisdizionale.³⁵

La tesi della Suprema Corte, tuttavia, appare riduttiva del ruolo svolto dal Garante in questa procedura.

È vero che, da un punto di vista soggettivo, il Garante non appartenga all'ordinamento giudiziario e svolga diverse funzioni (di controllo, informative, consultive³⁶ e normative, mediante l'emissione di autorizzazioni generali,³⁷ come si è visto *supra* III.1) che inducono a ricondurlo comunque nell'alveo della pubblica amministrazione.

³³ *Ivi.*

³⁴ *Ivi.*

³⁵ Cass., sent. n. 8889 del 2001.

³⁶ Art. 154, d.lgs. 196/2003.

³⁷ Artt. 24 e 40, d.lgs. 196/2003.

Così com'è condivisibile ritenere che il provvedimento che definisce il procedimento di cui agli artt. 145 e ss. del Codice dei dati personali non acquisti l'efficacia del giudicato, essendo sottoposto allo stesso regime d'impugnazione degli altri provvedimenti «amministrativi» del Garante.

Tuttavia, non sembra che il Garante, nell'ambito di questa procedura, provveda a «soddisfare l'interesse pubblico di cui è esponente»,³⁸ ma piuttosto che risolva una controversia in posizione di terzietà.

Se ne ha la conferma confrontando la procedura in esame con l'altro procedimento volto a garantire i diritti dell'interessato, quello disciplinato dagli artt. 142 e ss. ed esplicitamente definito di «tutela amministrativa».

In questa seconda procedura, infatti, non vi è contraddittorio tra l'interessato, che ha presentato il reclamo, e il titolare del trattamento dei dati personali. La norma prevede solamente che quest'ultimo possa essere invitato dal Garante a effettuare spontaneamente il blocco del trattamento dei dati, un trattamento che, evidentemente, il Garante ha già giudicato illecito.

Non c'è uno scambio di memorie o di documenti, non vi sono audizioni delle parti e la presentazione del reclamo non impedisce di proporre domanda dinanzi all'autorità giudiziaria.

La struttura della procedura, insomma, non è paragonabile al procedimento amministrativo regolato in via generale dalla legge n. 241 del 1990, che non prevede che le parti siano sentite.

³⁸ *Ivi.*

Inoltre, sorprende che la Corte di cassazione non abbia interpretato le norme del Codice in conformità al diritto europeo (comunitario), di cui costituiscono attuazione.

La direttiva n. 1995/46/CE, infatti, sancisce il diritto di ogni persona di presentare ai Garanti nazionali «una domanda relativa alla tutela dei suoi diritti e libertà con riguardo al trattamento di dati personali»,³⁹ diritti e libertà che trovano riconoscimento nei Trattati e nella c.d. Carta di Nizza (come si è visto *supra* II.3.1).

Alla luce della normativa europea, si comprende come il legislatore italiano, nel prevedere un procedimento in contraddittorio dinanzi a un organo pienamente indipendente (si veda *supra* I.2 e I.4.1), abbia inteso assicurare ai diritti fondamentali delle persone una tutela «alternativa a quella giurisdizionale», ma a questa paragonabile.

La circostanza è rilevante, perché consente di comprendere il Garante tra quegli organi

«che, pur estranei all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura, siano tuttavia investiti, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge, ed all'uopo posti in posizione *super partes*»

ai quali la Corte ha riconosciuto la legittimità a sollevare questione incidentale di costituzionalità⁴⁰ (si veda *infra*, VI.) e tra le giurisdizioni nazionali che possono avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (si veda *infra*, VI.).

³⁹ Art. 28, dir. n. 1995/46/CE.

⁴⁰ Corte cost., sent. n. 83 del 1966.

3. I procedimenti amministrativi di risoluzione delle controversie innanzi alle altre Autorità.

Anche altre Autorità svolgono funzioni di risoluzione delle controversie ma, a differenza del Garante, il procedimento seguito e la posizione assunta rispetto alle parti non sono assimilabili a quelle del giudice.

L'AGCOM, per esempio, decide le controversie tra utenti finali e operatori.⁴¹

La procedura si apre a seguito dell'infruttuoso esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi ai CO.RE.COM, organi per le garanzie nelle comunicazioni in ambito regionale, istituiti con leggi regionali e legati all'AGCOM sotto il profilo funzionale.⁴²

L'istruttoria è svolta da un funzionario dell'Autorità, le parti possono presentare memorie e documenti, replicare per iscritto alle deduzioni avversarie e chiedere la convocazione di un'udienza di discussione.⁴³

Esaurita la fase istruttoria, il responsabile del procedimento trasmette gli atti, insieme a una relazione comprensiva di una proposta di decisione, all'organo collegiale che, se lo ritiene necessario, può convocare innanzi a sé le parti.⁴⁴

⁴¹ Art. 1, co. 6, l. 249/1997, art. 23, co. 3, e art. 84, d.lgs. 259/2003, AGCOM del. 173/2007. La delibera ha abrogato il precedente Regolamento di procedura approvato con del. 182/2002. Il procedimento contenzioso è istaurato dalle parti congiuntamente, o anche dal solo utente, dopo l'esperimento infruttuoso di un tentativo obbligatorio di conciliazione.

⁴² Art. 1, co. 13, l. 249/1997.

⁴³ AGCOM del. 173/2007.

⁴⁴ *Ivi.*

La procedura descritta si svolge in contraddittorio tra le parti, ma vi sono diversi elementi di che conducono a qualificarla come amministrativa.

Il provvedimento che definisce la controversia, infatti, è assimilato agli ordini che l'Autorità emana nell'esercizio di competenze tipicamente amministrative e la cui inosservanza è punita con sanzioni amministrative.

Inoltre, questa procedura è esplicitamente qualificata dal legislatore come «non giurisdizionale»⁴⁵ e anche dopo presentazione dell'istanza all'AGCOM è possibile adire il giudice.

In conclusione, non si tratta di un mezzo di tutela alternativo a quello giurisdizionale ma, come afferma lo stesso legislatore, di una procedura extragiudiziale per l'esame delle controversie volta a consentire «un'equa e tempestiva risoluzione delle stesse».

L'AGCOM svolge anche una funzione di composizione delle controversie tra imprese.

Si tratta di una procedura nella quale l'Autorità non si pone in posizione di terzietà, nell'esercizio della quale persegue gli obiettivi di regolazione che le sono stati affidati dalla legge, come stabilisce l'art. 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche.⁴⁶

Si allontanano ulteriormente dal modello del procedimento giurisdizionale le procedure che si svolgono innanzi all'Autorità per l'energia per la soluzione delle dispute tra produttori e gestori

⁴⁵ Art. 1, co. 11, l. 249/1997.

⁴⁶ Art. 23, co. 3, d.lgs. 259/2003. M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, p. 253, osserva che questa disciplina «sovrappone il piano della regolazione a quello della risoluzione di un conflitto».

di rete per la connessione a impianti alimentati da fonti rinnovabili e per la decisione sui reclami di utenti o consumatori e delle loro associazioni.

Nel primo caso, l'istruttoria è svolta da un funzionario dell'Autorità che, esaminate le memorie e i documenti presentati dalle parti, trasmette una relazione al Collegio, cui spetta la decisione.⁴⁷

Si tratta chiaramente di un procedimento amministrativo, modellato sulla falsariga di quello previsto dalla legge n. 241 del 1990.

A tale legge rinvia, dal canto suo, anche il regolamento che disciplina la procedura seguita dall'AEEG nel decidere sul reclamo presentato dagli utenti o dalle associazioni di consumatori alla quale, a maggior ragione, deve essere riconosciuta natura amministrativa.⁴⁸

Nei casi dell'AGCOM e dell'AEEG, in conclusione, le funzioni esercitate non sono assimilabili a quella giurisdizionale, piuttosto possono essere accostate a quelle (amministrative) di decisione, nelle quali il provvedimento non soddisfa

⁴⁷ AEEG del. 123/2008. Osserva M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, p. 153, che in questi casi «l'autorità indipendente interviene a dirimere un conflitto nella sua veste di ente regolatore e di vigilanza sull'attività di apparati che erogano servizi pubblici o che svolgono, a favore di ampie categorie di utenti o di clienti, altri tipi di attività sottoposte a regolazione amministrativa o che esercitano un qualche potere amministrativo nei confronti di soggetti terzi».

⁴⁸ DPR 244/2001, che rinvia espressamente, come fonte integrativa, alla legge n. 241 del 1990.

esclusivamente l'interesse del ricorrente, ma anche quello affidato alla cura dell'amministrazione.⁴⁹

4. I procedimenti sanzionatori con particolare riferimento all'Autorità garante della concorrenza.

Le analogie con il procedimento giurisdizionale diminuiscono quando l'Autorità, pur decidendo a seguito di un contraddittorio con (e, talvolta, tra) gli interessati, ha il potere di attivarsi d'ufficio.⁵⁰

L'esempio principale è rappresentato dall'Autorità garante della concorrenza, che reprime le intese anticompetitive e gli abusi di posizione dominante,⁵¹ le pratiche commerciali scorrette,⁵² quelle che diffondono messaggi pubblicitari

⁴⁹ Sulle decisioni amministrative si v. F. BENVENUTI, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in Enc. Dir., Milano 1959, p. 547; M. NIGRO, voce *Decisione amministrativa*, in Enc. Giur., pp. 499 e ss.; M. S. GIANNINI, *Decisioni e deliberazioni amministrative*, in "Foro amm.", 1947, parte I, sez. I, pp. 154 e ss..

⁵⁰ In tal senso, si v. M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, pp. 414 e ss..

⁵¹ Artt. 2, 3 e 6, l. 287/1990. L'istruttoria è regolata dall'art. 14, l. 287/1990 e dal DPR 217/1998. Possono partecipare al procedimento anche i gruppi portatori d'interessi pubblici o privati e le associazioni dei consumatori, a cui possa derivare un pregiudizio dai fatti contestati o dal provvedimento finale. Questo procedimento è applicabile anche ai provvedimenti di revoca delle decisioni, individuali o di categoria, di autorizzazione in deroga al divieto di intese restrittive e di accertamento degli abusi di dipendenza economica di cui alla legge n. 192 del 1998.

⁵² Art. 27, d.lgs. 206/2005 (inserito dal d.lgs. 146/2007) e ACGM del. 17589/2007. L'avvio della procedura è preceduto da un'attività pre-istruttoria svolta dal responsabile del procedimento. Nel procedimento possono intervenire i soggetti portatori d'interessi pubblici o privati, nonché i portatori d'interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui può derivare un pregiudizio dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria. L'AGCM ha i poteri istruttori previsti dall'art. 14, co. 2, 3 e 4 della legge n. 287 del 1990.

ingannevoli,⁵³ e l'uso di clausole vessatorie nei contratti con i consumatori.⁵⁴

Altre ipotesi sono costituite dall'esercizio dei poteri sanzionatori da parte di CONSOB,⁵⁵ AVCP,⁵⁶ AGCOM⁵⁷ e Autorità di regolazione dei trasporti.⁵⁸

Queste procedure si svolgono in contraddittorio,⁵⁹ l'Autorità è dotata di poteri istruttori (tra cui quello di disporre perizie) e,

⁵³ Art. 27, d.lgs. 206/2005 (inserito dal d.lgs. 145/2007) e ACGM del. 17589/2007. L'AGCM ha anche il potere di accertare le violazioni della legge n. 215 del 2004 in materia di conflitti d'interesse dei titolari delle cariche di governo. In questi casi, però, l'AGCM ha solo il potere di proporre le eventuali sanzioni (art. 6). Un vero e proprio potere sanzionatorio è previsto unicamente a carico delle imprese che traggano vantaggio dagli atti adottati in conflitto d'interessi da un titolare di cariche di governo a loro legato e che ignorino la diffida emanata, in una prima fase, dall'Autorità (art. 6, co. 8). Il relativo procedimento prevede la partecipazione dell'interessato, che ha diritto a conoscerne la decisione di avvio e gli elementi essenziali in merito alle presunte violazioni, di accedere agli atti, di presentare memorie scritte e documenti e, in seguito alla chiusura dell'istruttoria (nella quale l'AGCM ha i poteri previsti dalla l. 287/1990), di presentare memorie conclusionali, ma non di essere sentiti (AGCM, del. 16 novembre 2004).

⁵⁴ Art. 37-bis, d.lgs. 206/2005.

⁵⁵ Art. 187-septies e art. 195, d.lgs. 58/1998.

⁵⁶ Art. 8, co. 4, d.lgs. 163/2006, come attuato dal provvedimento dell'AVCP del 21 ottobre 2010. Il procedimento si apre sulla base delle segnalazioni ricevute e valutate non manifestamente infondate; debbono essere invitati a parteciparvi tutti i soggetti a cui possa derivare un pregiudizio; può essere convocata un'audizione; l'istruttoria è svolta dagli uffici, mentre la decisione è presa dal collegio. Regole simili disciplinano il procedimento per l'esercizio dello specifico potere sanzionatorio nei confronti delle SOA (art. 73, DPR 207/2010, come attuato dal provvedimento dell'AVCP del 25 marzo 2011). Infine, l'AVCP ha disciplinato il generale potere di vigilanza, attribuitole dall'art. 8, co. 3, d.lgs. 163/2006, con il provvedimento del 4 agosto 2011: anche in questo caso è previsto che l'istruttoria si apra con un atto che indica gli elementi essenziali delle possibili violazioni, che vi partecipino anche «i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché le associazioni rappresentative dei consumatori, cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato ed attuale dalle infrazioni», vi è separazione tra istruzione e decisione.

⁵⁷ L'art. 4, AGCOM del 136/2006. In questo caso, inoltre, anche se le parti possono presentare memorie, perizie ed altri scritti difensivi, nonché chiedere di essere sentiti dal responsabile del procedimento, non è prevista la possibilità di fissare un'udienza di discussione.

⁵⁸ Art. 37, d.l. 1/2012.

talvolta, cautelari, le parti hanno il diritto di depositare documenti, presentare memorie, chiedere di essere sentite e di accedere agli atti della procedura, la decisione è motivata, l'organo che svolge l'istruttoria è sovente distinto da quello che prende la decisione.

È soprattutto per definire queste funzioni che parte della dottrina ha coniato l'aggettivo «paragiurisdizionali», ritenendo che vi fosse un'analogia con quelle giurisdizionali, perché il compito dell'Autorità «consiste nella qualificazione di fattispecie concrete alla luce dei divieti generali contenuti nelle leggi di riferimento».⁶⁰

La circostanza, tuttavia, non può condurre ad assimilare tali funzioni a quelle giurisdizionali.

L'applicazione obiettiva della legge, infatti, «non può ritenersi in sé argomento probante» – come sottolineato dalla Corte costituzionale nella già citata ordinanza che ha negato all'Arbitro bancario finanziario la legittimazione a sollevare questione di costituzionalità – perché non si tratta di un'attività

⁵⁹ Il contraddittorio, nota M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, pp. 157 e ss., può assumere forme diverse: in alcuni casi, l'autorità è in una posizione di perfetta neutralità ed equidistanza rispetto alle parti contrapposte (contraddittorio orizzontale); in altre, deve farsi carico di garantire il diritto di difesa rispetto a poteri unilaterali da esso stesso esercitati (contraddittorio verticale).

⁶⁰ E. L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle Autorità amministrative indipendenti*, pp. 111 e ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 78, colloca l'AGCM «a metà strada tra la funzione giurisdizionale e la funzione amministrativa». Lo stesso A., *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, p. 159, afferma che le competenze dell'AGCM in materia di pubblicità ingannevole sono «l'esempio più chiaro» di esercizio di funzioni arbitrali da parte di un'Autorità indipendente. Tuttavia, l'A. scriveva queste pagine prima che la riforma del 2007 prevedesse l'avvio del procedimento d'ufficio da parte dell'AGCM. Per la tesi della paragiurisdizionalità di queste funzioni si v. anche F. CRISCUOLO, *I poteri ispettivi e sanzionatori delle Autorità*, pp. 364 e ss.; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, pp. 126 e ss.; F. CARINGELLA, *Le Autorità indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità*, in "Cons. St.", 2000, pp. 541 e ss..

esclusiva della giurisdizione, ma propria di qualsiasi «funzione giustiziale» e, più in generale, «di qualsiasi organismo della pubblica amministrazione».⁶¹

Proprio l'iniziativa d'ufficio, che distingue l'amministrazione dal giudice (quantomeno, dal giudice civile),⁶² induce a qualificare tali funzioni come amministrative e questo anche per quanto riguarda l'Autorità garante della concorrenza.⁶³

L'AGCM, infatti, è stata spesso accostata ai giudici, sulla base dell'osservazione che le norme sulla concorrenza, come quelle del codice civile, sono «rivolte ai privati e non alla pubblica amministrazione» e il loro rispetto «è sufficiente a garantire la soddisfazione dell'interesse pubblico, indipendentemente dai risultati concretamente ed effettivamente prodotti dai comportamenti stessi».⁶⁴

⁶¹ Corte cost., ord. n. 218 del 2011. Già G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1965 [rist. 1923], notava come tanto la funzione giurisdizionale, quanto quella «esecutiva» rientravano nella sfera di applicazione delle norme.

⁶² A. MELONCELLI, voce *Giurisdizione*, p. 2, che per quanto riguarda la «passività» della funzione giurisdizionale richiama P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in ID., *Studi sul processo civile*, Padova 1947 [rist. 1939], p. 32. Non sembra convincente la tesi di F. CRISCUOLO, *I poteri ispettivi e sanzionatori delle Autorità*, p. 375, secondo cui l'esclusione del principio della domanda non comporta lesione dell'imparzialità del giudice.

⁶³ Con riferimento all'AGCM parla di natura amministrativa, e non giurisdizionale o paragiurisdizionale, Cons. St., sent. 23 aprile 2002, n. 2199. In letteratura si v. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, pp. 113 e ss.; M. D'ALBERTI, voce *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, p. 6. M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti*, p. 40, afferma che, salvo la presenza di un contraddittorio orale innanzi a esse, la disciplina generale delle Autorità amministrative indipendenti «potrebbe essere ricondotta alle medesime regole che valgono per le altre amministrazioni dello stato». N. RANGONE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, p. 92, definisce quello innanzi all'AGCM «un procedimento di natura amministrativa (non giurisdizionale) a carattere contenzioso».

⁶⁴ L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, p. 59. Da questo punto di vista la sua attività non ha contenuto diverso rispetto a quelle che, per portare due esempi, svolgono gli agenti di polizia

In quest'ottica, la sola differenza sarebbe rappresentata dall'organo cui è affidato il compito di far rispettare quelle regole, l'Autorità e non il giudice.

Tuttavia, anche il giudice (in particolare, la Corte d'appello) applica le norme della legge sulla concorrenza ma, a differenza dell'Autorità, non si attiva d'ufficio per sanzionarne il mancato rispetto.

Inoltre, l'Autorità garante della concorrenza può anche concludere i procedimenti sanzionatori senza accertare l'infrazione, rendendo obbligatori gli impegni assunti dall'impresa per porvi fine, giungendo di fatto a concertare con questa il provvedimento finale.⁶⁵

Una situazione che potrebbe ricordare il potere del giudice penale di emettere una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti,⁶⁶ ma che si differenzia da questo proprio sotto il profilo del tipo di giudizio svolto.

Il giudice penale, infatti, non valuta l'idoneità della pena a sanare la lesione del bene protetto dalla norma incriminatrice, ma si limita ad accertare la correttezza della qualificazione giuridica

stradale nel sanzionare le violazioni al Codice della strada o i Ministeri della salute e dello sviluppo economico nel controllare il rispetto della normativa in materia di dispositivi medici ai sensi dell'art. 17, d.lgs. 46/1997. Quest'ultimo esempio è significativo soprattutto perché l'art. 18 prevede che il fabbricante o il suo mandatario siano invitati a presentare le proprie controdeduzioni prima dell'adozione di provvedimenti restrittivi e, quindi, delinea un procedimento in contraddittorio con gli interessati.

⁶⁵ Art. 14-ter, l. 287/1990; art. 8, co. 7, d.lgs. 145/2007; art. 27, co. 7, d.lgs. 147/2007. In materia di pubblicità ingannevole e di pratiche commerciali scorrette, l'Autorità non può accettare gli impegni del professionista nei casi «di manifesta scorrettezza e gravità» del comportamento tenuto da questo.

⁶⁶ Art. 444 c.p.p..

del fatto, la comparazione delle circostanze prospettate dalle parti e la congruità della pena rispetto alla finalità rieducativa a cui questa deve tendere.⁶⁷ Nel valutare questo elemento, il giudice verifica «la sostanziale adeguatezza del trattamento sanzionatorio concordato rispetto all'oggettiva entità del fatto in contestazione ed alla personalità dell'imputato».⁶⁸

L'AGCM, invece, deve considerare l'idoneità degli impegni a far venir meno la situazione contraria alle regole della concorrenza, a dimostrazione della tesi secondo cui essa non si limita a sanzionare chi trasgredisce la legge, ma esercita i suoi poteri con l'obiettivo di conservare o, in questo caso, ripristinare, le condizioni di concorrenza dei vari mercati.⁶⁹

Un secondo esempio è rappresentato dal potere di autorizzare, per un limitato periodo, intese che di per sé restringano la concorrenza, ma che risultano accettabili perché apportano benefici per i consumatori o rafforzano la competitività delle imprese sul piano internazionale.⁷⁰

La concessione di quest'autorizzazione, infatti, implica una ponderazione dei vari interessi in gioco «ontologicamente estranea ai giudizi di legittimità dei giudici».⁷¹

⁶⁷ Corte cost., sent. 26 giugno 1990, n. 313.

⁶⁸ Cass., sent. 7 maggio 1999, n. 8743.

⁶⁹ Ricollega il potere sanzionatorio al compito di garantire il corretto funzionamento del settore, S. A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, p. 83.

⁷⁰ Art. 4, l. 287/1990. Come ammette M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 100, questa decisione presuppone un apprezzamento discrezionale di interessi individuati direttamente dal legislatore»

⁷¹ G. VOLPE, *Indagine sulle funzioni dell'autorità antitrust*, p. 1550, il quale aggiunge come il conferimento all'AGCM anche del potere di segnalazione delle situazioni distorsive della

Un terzo esempio, infine, riguarda il potere di autorizzare, sospendere o vietare le concentrazioni tra imprese che comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza.⁷² Non è un caso che, nell'esercizio di questa funzione, l'Autorità abbia obblighi informativi nei confronti del Presidente del Consiglio e del Ministro dello sviluppo economico e, se intende autorizzare in via eccezionale un'operazione, debba seguire i criteri eventualmente emessi in via preventiva dal Governo.⁷³

L'immagine rappresentata in questa sede ha tratto ulteriore argomento dalla riforma che ha trasformato l'AGCM in «una sorta di “pubblico ministero della concorrenza”»,⁷⁴ legittimandola a impugnare gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza.⁷⁵

Una legittimazione a ricorrere straordinaria, che ricorda quella delle associazioni ambientaliste,⁷⁶ e che contribuisce a

concorrenza affinché il legislatore le elimini impedisca di configurarla come organo che incaricato di un compito di «neutrale applicazione della legge di tipo giurisdizionale».

⁷² Artt. 16 e ss., l. 287/1990.

⁷³ Art. 25, l. 287/1990.

⁷⁴ M. CLARICH, *I nuovi poteri*, p. 117. Lo stesso A., *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza*, p. 148, l'aveva definita «magistratura della concorrenza».

⁷⁵ Art. 21-bis, l. 287/1990, come modificato dall'art. 35, d.l. 201/2011. Il ricorso, presentato tramite l'Avvocatura di Stato, è preceduto dall'emissione di un parere motivato, nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate, al fine di consentire all'amministrazione interessata di eliminarle spontaneamente.

⁷⁶ Art. 13, l. 349/1986 e art. 309, d.lgs. 152/2006, legittimate per esempio a impugnare l'autorizzazione paesaggistica ex art. 146, d.lgs. 42/2004.

delineare un'Autorità tesa al perseguimento dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza.

La circostanza, secondo alcuni, renderebbe «scomoda» la posizione del giudice amministrativo, assegnandogli il ruolo di «arbitro tra interessi pubblici contrapposti», perché il giudizio di legittimità, attraverso il sindacato sull'eccesso di potere «si spinge talora fin sulla soglia del merito».⁷⁷

Il timore, tuttavia, appare eccessivo, perché si tratta sempre di un sindacato di legittimità su un provvedimento (e non della composizione tra interessi) che, se immune da vizi, non potrà che essere confermato.

Inoltre, la disposizione limita l'AGCM a far valere un vizio specifico, la «violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato», con la conseguenza che la denuncia di vizi diversi (tra cui l'eccesso di potere) dovrebbe esserle preclusa, considerata anche la necessità d'interpretare in maniera restrittiva una norma dal chiaro tenore eccezionale.⁷⁸

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a verificare la conformità del sindacato sulle sanzioni *antitrust* ai parametri convenzionali, nella sentenza *Menarini Diagnostics s.r.l. contro Italia* ha escluso che l'AGCM fosse «un juge» e che il procedimento seguito da questa fosse «une procédure judiciaire contradictoire» (proprio per questo, come si vedrà *infra*, V.4, è

⁷⁷ M. CLARICH, *I nuovi poteri*, p. 118.

⁷⁸ Art. 14, disp. prel. c.c..

indispensabile che i suoi provvedimenti sanzionatori siano sottoposti a un sindacato giurisdizionale «forte».⁷⁹

Con argomenti simili, il Consiglio di Stato aveva ritenuto manifestamente infondata la censura d'incostituzionalità proposta contro la legge n. 287 del 1990 per violazione degli artt. 3, 24 e 97 Cost., che sarebbe derivata dalla concentrazione in capo a un unico organo di compiti sia istruttori, sia di decisione: trattandosi di un organo amministrativo, i cui provvedimenti sono sottoposti a sindacato giurisdizionale, non sussiste l'obbligo di separare l'esercizio di quelle funzioni.⁸⁰

La differenza tra l'AGCM e il giudice nell'applicazione delle regole della concorrenza è chiaramente delineata anche nel diritto dell'Unione europea.

È stato notato che, secondo le norme europee (comunitarie), le Autorità nazionali della concorrenza dei vari Stati membri possono essere o giudici o amministrazioni ma, in quest'ultima ipotesi, «devono assomigliare quanto più possibile a un giudice».⁸¹

⁷⁹ ECtHR, sent. 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*. Sulla possibilità, per gli Stati, di non applicare le garanzie convenzionali ad autorità amministrative che svolgono funzioni di «aggiudicazione», purché le loro decisioni siano pienamente sindacabili innanzi a un giudice, si v. M. PACINI, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano 2012, pp. 99 e ss..

⁸⁰ Cons. St., sent. n. 1397 del 2006, pt. 3.1. Con riferimento al Garante dei dati personali, Cass., sent. n. 8889 del 2001 ha dichiarato manifestamente infondate due questioni di costituzionalità volte a censurare il mancato rispetto degli artt. 101 e ss. Cost., da parte della disciplina sul procedimento innanzi al Garante, sostenendo appunto che questo eserciti una tutela amministrativa.

⁸¹ M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in ID., A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, pp. 15 e ss.. L'A. fa riferimento all'art. 35 del reg. 2003/01/CE che, nel assegnare agli Stati il compito di designare l'Autorità o le Autorità garanti della concorrenza, precisa che tra queste «possono figurare le giurisdizioni nazionali». Si v. anche l'art. 11 della dir. 2005/29/CE in materia di pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette. S. CASSESE, *L'Autorità garante della concorrenza*, p. 2, ricorda che, secondo le prime proposte delle commissioni ministeriali, la funzione

La scelta, però, non è indifferente: se i compiti di tutela contro la pubblicità ingannevole e le pratiche commerciali scorrette sono affidati a un'autorità amministrativa, la legge nazionale deve prevedere la possibilità d'impugnare i suoi provvedimenti in sede giurisdizionale.⁸²

Inoltre, come riconosciuto dalla Corte di Lussemburgo, a questo giudizio d'impugnazione l'autorità ha diritto di partecipare, al fine di «difendere la decisione da essa adottata nell'interesse generale» all'applicazione delle regole comunitarie sulla concorrenza».⁸³

Se così non fosse, infatti, il giudice adito rischierebbe di essere «prigioniero» dei motivi e degli argomenti svolti dall'impresa o dalle imprese ricorrenti, una circostanza che, in un settore come quello dell'accertamento delle condotte anticompetitive, in cui sono implicate valutazioni giuridiche ed economiche complesse, potrebbe compromettere un'efficace applicazione degli artt. 101 e 102, TFUE.

Un'ulteriore differenza consiste nel fatto che solo le Autorità *antitrust* nazionali sono sottoposte al potere di

di tutela della concorrenza doveva essere affidata ai giudici e solo in seguito si scelse invece di ricorrere «ad una autorità quasi-giurisdizionale», a causa degli affanni del sistema giudiziario.

⁸² Art. 11, ult. co., dir. 2005/29/CE.

⁸³ Corte giust., sent. 7 dicembre 2010, C-439/08, *VEBIC*, con quale è stato riscontrato il contrasto tra il reg. 2003/01/CE e la normativa belga che non prevedeva la possibilità per l'autorità di concorrenza nazionale di partecipare al procedimento nel quale erano impugnati i suoi provvedimenti. È interessante notare come il diritto di difendere i provvedimenti dell'Autorità innanzi a un giudice fosse lo stesso riconosciuto al Garante dei dati personali da Cass., sent. n. 7341 del 2002, sulla base della negazione, a questo, di una natura giurisdizionale o «paragiurisdizionale».

avocazione del procedimento da parte della Commissione⁸⁴ e, quando si pronunciano su questioni già esaminate da questa, non possono prendere provvedimenti contrastanti (circostanza che ha portato alcuni ad affermare che l'AGCM opera ormai come suo braccio operativo)⁸⁵

I giudici, invece, se sono chiamati a decidere un caso sul quale la Commissione ha aperto un procedimento, hanno la facoltà (non l'obbligo) di sospendere il processo e, anche se non è consentito loro prendere decisioni contrarie a quelle adottate dalla Commissione, possono rinviare il caso alla Corte di giustizia affinché questa ne sconfessi l'interpretazione.

Possibilità che, invece, è stata negata dalla Corte di giustizia alle Autorità *antitrust*, perché «ogni volta che la Commissione priverà della sua competenza un'autorità nazionale garante della concorrenza [...] il procedimento avviato dinanzi a quest'ultima autorità non si risolverà in una pronuncia di carattere giurisdizionale», mentre la Corte di Lussemburgo può essere adita solo «nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale».⁸⁶

⁸⁴ Art. 11, co. 6, reg. 2003/01/CE.

⁸⁵ M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 37. Anche S. CASSESE, *L'Autorità garante della concorrenza*, rileva che l'indipendenza delle autorità indipendenti «si riduce rispetto alla sede europea».

⁸⁶ Corte giust., sent. 31 maggio 2005, C-53/03, *Syfait*. Su questa pronuncia si v. E. GAMBARO, N. LANDI, *Nuovi sviluppi sulla nozione di giurisdizione nazionale ex art. 234 Trattato CE*, in "Diritto industriale", n. 5/2005, pp. 485 e ss.; S. MENTO, *Le Autorità amministrative indipendenti e il rinvio pregiudiziale*, in "Giorn. dir. amm.", n. 12/2005, pp. 1277 e ss.; A. COLAVECCHIO, *L'accesso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia: porte chiuse per le Autorità amministrative indipendenti?*, in "Quad. cost.", 2006, pp. 137 e ss.. G. BRUZZONE, A. SALJA, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato*, pp. 291 e ss., rilevano che il reg. 2001/1/CE ha impostato il sistema di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE (oggi artt. 101 e 102 TFUE) su due

In conclusione, le possibilità di attivarsi d'ufficio per accertare le infrazioni alle regole della concorrenza, di rendere obbligatori gli impegni dell'impresa, di autorizzare intese anticompetitive, di partecipare al giudizio d'impugnazione sulle sue decisioni, d'impugnare a sua volta i provvedimenti delle altre amministrazioni che violino le norme a tutela della concorrenza e, soprattutto, la subordinazione rispetto alla Commissione dimostrano che, pur essendo imparziale rispetto ai soggetti coinvolti, non è indifferente ai diversi interessi in gioco, ma persegue l'interesse pubblico – ora costituzionalizzato – alla tutela della concorrenza nei mercati.⁸⁷

diversi canali: «il *private enforcement* da parte dei giudici nazionali nelle controversie tra privati, a tutela dei diritti individuali garantiti dal Trattato, e il *public enforcement* da parte della Commissione europea e delle Autorità di concorrenza, dotate anche di poteri sanzionatori, a tutela dell'interesse pubblico a un regime di concorrenza non distorto». In precedenza, Corte giust., sent. 16 luglio 1992, C-67/91, *Asociación Española de Banca Privada*, la Corte di Lussemburgo aveva ritenuto ricevibile il rinvio effettuato dal *Tribunal de Defensa de la Competencia*, senza soffermarsi sui diversi elementi che avrebbero potuto far dubitare della sua natura giurisdizionale (come la sottoposizione al Ministero dell'economia, che esercitava «*el control de eficacia sobre su actividad*», art. 20, Ley n. 16/1989). A quell'epoca, però, non era stata ancora introdotta la possibilità per la Commissione di privare un'Autorità nazionale della competenza a decidere una questione.

⁸⁷ M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, p. 244, nota che l'AGCM gestisce il contraddittorio non al fine di risolvere un conflitto tra due parti in posizione di terzietà, ma di valutare il comportamento di un soggetto alla luce dell'interesse pubblico affidatole. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, p. 146 e ss., sottolinea come l'AGCM «non applica regole ispirate unilateralmente ad un unico valore», ma si trova a «valutare discrezionalmente» diversi interessi pubblici: quelli dei privati concorrenti, quello dei consumatori, quello della produzione. *Contra* A. PREDIERI, *L'erompere*, p. 77.

CAPITOLO V

IL SINDACATO GIURISDIZIONALE SUI PROVVEDIMENTI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

1. La giurisdizione sui provvedimenti delle Autorità.

Se alle funzioni «paragiurisdizionali» delle Autorità deve essere riconosciuta natura amministrativa, questo comporta l'esigenza che contro le loro decisioni sia ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi.

Dibattuta, però, è la questione di quale giudice dovrebbe sindacarne i provvedimenti.

Il codice del processo amministrativo ricomprende nella giurisdizione esclusiva di TAR e Consiglio di Stato tutte le controversie aventi a oggetto i provvedimenti (con l'eccezione di quelli inerenti ai rapporti di pubblico impiego privatizzati) di Banca d'Italia, AGCM, AGCOM, AEEG, Autorità di regolazione dei trasporti, AVCP, COVIP, CIVIT e IVASS (suceduta all'ISVAP).¹

La cognizione è estesa al merito nelle controversie aventi a oggetto sanzioni pecuniarie applicate dalle Autorità.²

Tali controversie sono devolute alla competenza funzionalmente inderogabile del TAR della Lombardia (sede di

¹ Art. 133, c.p.a.. Sul tema si v. M. FRATINI, *L'opposizione alle sanzioni dinanzi al giudice amministrativo*, in ID., *Le sanzioni*, pp. 1313 e ss.; R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino 2012.

² Art. 134, c.p.a..

Milano) quando riguardano l'AEEG,³ al TAR del Lazio (sede di Roma) negli altri casi.⁴

Il codice originariamente ricomprendeva nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche i provvedimenti emessi dalla CONSOB, innovando così rispetto al previgente sistema che prevedeva l'impugnabilità delle sanzioni innanzi alla Corte d'appello competente per territorio.⁵

La previsione, però, è stata considerata incostituzionale per violazione dell'art. 76 Cost., e della legge delega come parametro interposto, la quale vincolava il legislatore delegato ad assicurare la concentrazione delle tutele «al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori».⁶

Secondo il giudice delle leggi, l'attribuzione della cognizione sulle sanzioni della CONSOB alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non teneva conto della giurisprudenza delle sezioni unite civili della Corte di cassazione.⁷

Il giudice della giurisdizione, infatti, ha costantemente ritenuto che la cognizione delle opposizioni avverso le sanzioni inflitte dalla CONSOB ai promotori finanziari spettasse al giudice

³ Art. 14, c.p.a..

⁴ Art. 135, c.p.a..

⁵ Art. 187-septies, co. 4, d.lgs. 58/1998, abrogato dall'art. 4, co. 1, dell'All. 4 al c.p.a.. Secondo la giurisprudenza, sarebbero rientrate nella competenza della Corte d'appello tutte le sanzioni irrogate dalla CONSOB, nonostante l'art. 196, d.lgs. 58/1998, rinviasse alla legge n. 689 del 1981, il cui art. 22-bis prevede la competenza del Tribunale. Sul punto si v. M. FRATINI, G. GASPARRI, A. GIALONGO, *Le sanzioni della Commissione nazionale per le società e la borsa*, in M. FRATINI, *Le sanzioni*, pp. 417 e ss..

⁶ Art. 44, l. 69/2009.

⁷ Corte cost., sent. n. 162 del 2012.

ordinario, perché queste devono essere applicate «sulla base della gravità della violazione e dell'eventuale recidiva», senza che quindi vi sia esercizio di discrezionalità amministrativa.⁸

Il parametro utilizzato dalla Corte costituzionale è stato l'art. 76 Cost. e le altre censure sono state considerate assorbite.

Questo fa sorgere il quesito se la medesima norma possa essere reintrodotta nell'ordinamento con legge in senso formale – o sulla base di una delega più ampia – oppure se la natura delle situazioni soggettive in esame imponga la giurisdizione del giudice ordinario.

Quest'ultimo orientamento è condiviso dalla giurisprudenza e da parte della scienza giuridica, che invoca soprattutto considerazioni inerenti all'effettività della tutela, in quanto solo il processo innanzi al giudice ordinario assicurerebbe adeguate garanzie procedurali e istruttorie e una cognizione piena.⁹

Anche il legislatore, dopo la sentenza della Corte costituzionale, ha espunto dal codice del processo amministrativo

⁸ Tra le tante, Cass. SU, sent. n. 13703 del 2004; Cass. SU, sent. n. 1992 del 2003; Cass. SU., sent. n. 9838 del 2001. Sembra aderire a questa tesi R. CARANTA *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, p. 173, il quale sostiene che la discrezionalità delle Autorità sia limitata dal legislatore italiano e da quello comunitario, con la conseguenza che a fronte dei loro atti vi sarebbero frequentemente diritti soggettivi, il che suggerirebbe il trasferimento della giurisdizione in capo al giudice ordinario.

⁹ G. GHIDINI, *Ripensare il sistema a partire dalla «indipendenza»*, in F. GRASSINI, *L'indipendenza delle autorità*, pp.105 e ss.; ID., V. FALCE, *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in "Mercato concorrenza regole", 1999, pp. 317 e ss.). *Contra* G. DE MINICO, *Spunti per una riflessione in merito al sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Antitrust e della Consob*, in "Pol. dir.", 1998, pp. 248 e ss., secondo cui a fronte dei poteri della CONSOB (oltre che dell'AGCM) vi sarebbero solo posizioni d'interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri stessi.

il riferimento alla CONSOB, riportando nella giurisdizione del giudice ordinario le opposizioni alle sue sanzioni.¹⁰

A una diversa conclusione, però, dovrebbe condurre l'intreccio d'interessi legittimi e diritti soggettivi sussistente negli ambiti in cui opera la CONSOB e, soprattutto, il fatto che questa agisca «come autorità» per il perseguimento degli interessi pubblici affidati alla sua cura dal legislatore.¹¹

Inoltre, com'è stato osservato, la sanzione costituisce il risultato di una complessa attività di vigilanza, che non è vincolata ma anzi presenta margini di discrezionalità, con la conseguenza che il controllo sulla sanzione si traduce in un sindacato sulla vigilanza stessa.¹²

Del resto, anche quando i provvedimenti di un'Autorità sono affidati alla cognizione del giudice ordinario – come avviene per quelli del Garante dei dati personali¹³ e della Commissione di garanzia della legge sullo sciopero,¹⁴ non menzionati nel codice del processo amministrativo – si può ritenere che ciò non sia dovuto tanto alla natura delle situazioni soggettive coinvolte, quanto alla

¹⁰ Art. 1, co. 1, lett. t), n. 2), d.lgs. 160/2012.

¹¹ In questo senso, A. LALLI, *Indipendenza e controllo giurisdizionale*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, p. 106. Corte cost., sent. n. 204 del 2004, com'è noto, ha individuato nella circostanza «che la pubblica amministrazione agisce come autorità» il criterio su cui la Costituzione fonda la giurisdizione del giudice amministrativo. Condivide la scelta della giurisdizione esclusiva R. CHIEPPA, *La tutela giurisdizionale*, in G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità*, p. 114.

¹² M. FRATINI, G. GASPARRI, A. GIALONGO, *Le sanzioni della CONSOB*, pp. 463 e ss..

¹³ Art. 152, d.lgs. 196/2003.

¹⁴ Art. 20-bis, l. 146/1990.

volontà del legislatore di concentrare la tutela in capo a un unico giudice.¹⁵

2. La natura del sindacato da adottare per i provvedimenti delle Autorità.

Assodato che i provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti sono sottoposti al controllo giurisdizionale, il problema che si pone riguarda l'intensità che dovrebbe avere tale controllo all'esito di un difficile bilanciamento tra esigenze differenti.¹⁶

Se, come si è visto, le Autorità sono state appositamente istituite dalla legge per svolgere delle valutazioni in materie che richiedono una certa specializzazione tecnica, è opportuno evitare l'espansione eccessiva del potere giurisdizionale che si avrebbe

¹⁵ F. MODAFERRI, L. PECORA, *Le sanzioni del Garante per la protezione dei dati personali*, M. FRATINI, *Le sanzioni*, p. 1257, parlano di «una forma di giurisdizione esclusiva (quindi, eventualmente anche su interessi legittimi) a favore del giudice ordinario». Di giurisdizione esclusiva parlano anche alcune pronunce del Consiglio di Stato, che hanno giudicato inammissibile il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica avverso i provvedimenti del GPDP (Cons. St., parr. n. 4468 del 2007 e n. 3754 del 2008). Si v. anche Cons. St., sent. n. 5091 del 2007, che ha dichiarato la propria carenza di giurisdizione sui provvedimenti del GPDP.

¹⁶ Un altro tema riguarda la proposta di eliminare *de jure condendo* un grado di giudizio, concentrando la giurisdizione in capo al Consiglio di Stato o alla Corte d'appello, come già avviene nell'ordinamento francese e, in Italia, per le sanzioni della CONSOB (per questa proposta si v. R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, p. 182; S. CASSESE, *Le autorità indipendenti*, p. 222; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, p. 253; G. GUARINO, *Le Autorità garanti nel sistema giuridico*, p. 44). Tuttavia, se si condividono le considerazioni esposte in precedenza circa la differenza tra le funzioni di decisione delle Autorità e quelle puramente giurisdizionali, si converrà che una simile proposta comporta la sottrazione al singolo di un grado di giudizio e, quindi, una riduzione della sua tutela. Un'opzione legittima ma, sul piano politico, inopportuna.

qualora il giudice, indossati i panni dello specialista, si sostituisse loro.¹⁷

D'altro canto, è necessario garantire la tutela effettiva dei diritti e degli interessi dell'individuo, nel rispetto di quel diritto fondamentale al giudice riconosciuto dalla Costituzione italiana (artt. 24, 103, 111, 113),¹⁸ dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 47)¹⁹ e dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (art. 6).²⁰

I modelli di scrutinio sulle valutazioni tecniche che possono essere adottati sono diversi: in letteratura si distingue tra sindacato «estrinseco», effettuato applicando massime di esperienza appartenenti al comune sapere, e «intrinseco», svolto mediante le cognizioni proprie degli specialisti del settore, nonché tra controllo «forte», nel quale il giudice può sostituire la propria valutazione a quella dell'amministrazione, e «debole», che

¹⁷ M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 77. M. BELCREDI, *La sostanza e la forma: economia della giurisdizione*, in "Analisi giuridica dell'Economia", n. 2/2002, pp. 477 e ss. mette in luce l'esistenza di un «trade-off» tra efficacia degli atti e garanzie sulla loro correttezza.

¹⁸ Sul punto si v., con riferimento al Garante dei dati personali, F. MODAFERRI, L. PECORA, *Le sanzioni*, p. 1255.

¹⁹ Com'è noto, il Trattato di Lisbona è intervenuto sull'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, attribuendo alla c.d. Carta di Nizza «lo stesso valore giuridico dei trattati». L'apparente chiarezza dell'art. 51 della Carta, che ne limita l'applicazione agli organi comunitari e a quelli degli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», non ha impedito che divampasse il dibattito circa la reale portata delle sue norme. Rinviando per queste questioni a R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna 2001 e, per un'analisi più recente, a V. SCIARABBA, *Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova 2008, non si può non avanzare l'idea che la Carta possa e debba essere richiamata a parametro dei provvedimenti emanati dalle Autorità nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

²⁰ V. ONIDA, *La giurisdizione nelle materie a base tecnica*, in M. DE ANGELIS, *Le autorità indipendenti tra normazione e giurisdizione*, Ancona 2006, pp. 12 e ss.

consente solamente una verifica sulla correttezza del procedimento seguito e sulla logicità e coerenza del provvedimento e della sua motivazione.²¹

La questione è legata al tema generale della natura e delle funzioni delle Autorità.

Vi è chi sostiene che il giudice – soprattutto amministrativo – dovrebbe prestare una particolare «deferenza» nei confronti delle loro decisioni, giustificata dal rispetto dell'autonomia funzionale di cui il legislatore ha dotato questi organi.²² Inoltre, si osserva, il controllo del giudice, che non è altrettanto esperto della materia, rischierebbe di rivelarsi apparente o addirittura fuorviante.²³

Come modello viene quindi proposto il tipo di sindacato adottato dalle Corti statunitensi sugli atti delle *agencies*, che possono essere annullati solo quando siano illegittimi o irragionevoli, mentre il giudice deve mostrare «deferenza» quando

²¹ R. CARANTA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice*, pp. 245 e ss.; F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, pp. 983 e ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 48.

²² L. PANZANI, *Autorità amministrative indipendenti e giudici*, in "Analisi giuridica dell'Economia", n. 2/2002, p. 420. Si v. anche M. BELCREDI, *La sostanza e la forma*, p. 480. Per questa tesi si v. S. CASSESE, *Le autorità indipendenti*, pp. 219 e ss.; E. MIDENA, *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale*, in G. VESPERINI, G. NAPOLITANO (a cura di), *Le autorità indipendenti*, Viterbo 1998, pp. 113 e ss.; C. PIPERNO, *Il difensore civico e il Defensor del Pueblo: quale autorità indipendente per la tutela del cittadino utente?*, in ASSOCIAZIONE DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, pp. 215 e ss..

²³ N. RANGONE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in G. VESPERINI, G. NAPOLITANO (a cura di), *Le autorità indipendenti*, pp. 91 e ss..

il significato della norma invocata come parametro non è univoco.²⁴

Altri, invece, obiettano che, se anche le Autorità si limitassero ad applicare le norme giuridiche senza esercitare poteri discrezionali, sarebbe comunque opportuno che ci fosse un giudice a verificare la correttezza della loro interpretazione.²⁵

Inoltre, si aggiunge che nell'ordinamento italiano «ogni potere ha un giudice ed a tale regola, proprio per la sua generalità, non possono certo sfuggire le autorità indipendenti», con la conseguenza che la loro decisione non può costituire «uno schermo che limita la cognizione dei fatti».²⁶

3. Il controllo «debole» come criterio generale e quello «forte» per le sanzioni.

A ben vedere, il modello di sindacato non può essere unico, ma deve essere calibrato sul tipo di provvedimento impugnato.

Il codice del processo amministrativo, infatti, devolve alla giurisdizione di merito del giudice amministrativo – nell'ambito della quale questi «può sostituirsi all'amministrazione»²⁷ – le controversie aventi a oggetto le sanzioni pecuniarie delle Autorità

²⁴ US Supreme Court, *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 US 837 (1984). Peraltro, la decisione aveva a oggetto l'attività regolatoria dell'agenzia, non quella di «aggiudicazione». Per un'analisi più approfondita si v. F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti «regolatrici»*, in "Mercato concorrenza regole", a. II, n. 3/2000, pp. 471 e ss.; M. ARGENTATI, *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti nell'esperienza statunitense*, in F. FRANCIOSI (a cura di), *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti*, Milano 2003, pp. 185 e ss..

²⁵ F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna 2011, pp. 113 e ss..

²⁶ R. CARANTA *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, pp. 165 e ss..

²⁷ Art. 7, co. 6, c.p.a..

amministrative indipendenti la cui contestazione non è riservata al giudice ordinario.²⁸

La norma ha così recepito l'orientamento, prevalente nella giurisprudenza amministrativa, che già distingueva il sindacato sulle sanzioni da quello generale sugli altri provvedimenti delle Autorità.²⁹

In quest'ultima ipotesi, il controllo è «intrinseco», perché il giudice può accedere direttamente al fatto (eventualmente anche mediante CTU)³⁰ avvalendosi delle stesse conoscenze tecniche applicate dall'Autorità per valutare le prove raccolte da questa e quelle presentate dalle imprese a loro difesa.³¹

Si tratta, però, di un sindacato nel quale l'organo giurisdizionale deve limitarsi a verificare se il provvedimento appaia logico, congruo, ragionevole e correttamente motivato, senza giungere a operare direttamente la scelta tra le diverse soluzioni alternative, in quanto essa è affidata dal legislatore alla discrezionalità affidata all'Autorità.³²

²⁸ Art. 134, c.p.a..

²⁹ Si v., tra le altre, Cons. St., sent. n. 5156 del 2002; Cons. St., sent. n. 2199 del 2002; Cons. St., sent. n. 5733 del 2001; Cons. St., sent. n. 1348 del 2000.

³⁰ Const. St., sent. 4 ottobre 2005, n. 5287, però, precisa che non sarebbe ammissibile «far ripercorrere dal consulente tecnico d'ufficio le complesse valutazioni rimesse in prima battuta all'amministrazione».

³¹ Quest'impostazione è criticata da S. CASSESE, *L'Autorità garante della concorrenza*, perché trascurerebbe «la diversa natura delle autorità e il diverso modo di operare del principio di legalità». Si v. anche M. BELCREDI, *La sostanza e la forma*, pp. 477 e ss..

³² Cons. St., sent. n. 597 del 2008, che ha rimeditato l'aggettivo «debole» in precedenza riferito a questo tipo di controllo, osservando che con esso il giudice amministrativo «non ha inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo», quanto piuttosto sottolineare l'impossibilità di sostituirsi all'Autorità. Si v. anche Cons. St., sent. n. 597 del 2008, che preferisce definire il sindacato del giudice come «forte, pieno ed effettivo», anche se rimane «quale unica preclusione l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere

Per esempio, al giudice è consentito censurare l'individuazione del mercato rilevante effettuata dall'Autorità garante della concorrenza qualora appaia inattendibile, ma non sostituirvi una propria valutazione.³³

In questo caso, si tratta pur sempre di un giudizio «di ragionevolezza e proporzionalità» sul corretto esercizio di un potere,³⁴ anche se alcuni sottolineano come l'uso, da parte del giudice, delle stesse conoscenze applicate dall'Autorità conduca a ritenerlo «ormai lontano dal classico modello di controllo giudiziale di legittimità sull'attività amministrativa».³⁵

Una maggiore deferenza rispetto alla discrezionalità delle Autorità dev'essere invece riconosciuta nel sindacato sui loro atti normativi: in questi casi il giudice, benché possa spingersi sino a valutare «ad ampio respiro» la ragionevolezza del regolamento,³⁶ deve verificare che la ricostruzione dei fatti operata dall'Autorità sia immune da travisamenti e vizi logici e non contrasti con la normativa primaria, senza sostituirsi a questa nella definizione

rimesso dal legislatore all'Autorità». Sul limite del sindacato giurisdizionale dell'attività amministrativa si v. B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, p. 1995.

³³ G. DE MINICO, *Spunti*, pp. 253.

³⁴ F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, pp. 983 e ss.

³⁵ A. LALLI, *Indipendenza e controllo giurisdizionale*, p. 165. Si v. anche S. SCREPANTI, *Il sindacato del Giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche e sui poteri sanzionatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in "Rassegna dell'Avvocatura di Stato", n. 1/2008, pp. 393 e ss..

³⁶ F. CINTIOLI, *L'effettività*, pp. 2779 e ss., secondo cui questo tipo di sindacato sui regolamenti (di cui indica come esempio TAR Umbria, sent. n. 242 del 2002) si avvicina a quello di ragionevolezza compiuto dalla Corte costituzionale sulle leggi (su cui si v. G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000).

concreta dei concetti indeterminati – giuridici ed economici – cui fa riferimento la legge.³⁷

Nel caso delle sanzioni, il sindacato può spingersi anche oltre, giungendo alla sostituzione della misura inflitta, se questa appare fondata su presupposti di fatto errati, illogica, illegittima oppure semplicemente iniqua. In questo caso, si osserva, il controllo dovrebbe essere più intenso anche sull'accertamento della condotta illecita, perché solo in questo modo è possibile giustificare l'intervento sulla misura della sanzione.³⁸

La distinzione legislativa tra le sanzioni e gli altri provvedimenti delle Autorità, applicata con rigore dal TAR del Lazio e dal Consiglio di Stato, sfuma nella giurisprudenza della Corte di cassazione, che in passato ha talvolta negato il potere sostitutivo delle sanzioni, in quanto sarebbe stato incompatibile con la natura della giurisdizione amministrativa, la quale «resta giurisdizione di legittimità e non si estende al merito».³⁹

La tutela nei confronti delle sanzioni sarebbe stata assicurata solamente mediante il potere di annullamento per vizi di legittimità (incluso l'eccesso di potere) che il giudice poteva esercitare dopo una verifica dei fatti posti a fondamento del

³⁷ Cons. St., sentt. n. 5140, n. 5141 e n. 5142 del 2012, con riferimento ai poteri dell'AEEG. Si v. anche TAR Lazio (Roma), sent. n. 895 del 2009 e TAR Lombardia (Milano), sent. n. 4831 del 2005. In letteratura si v. E. GALANTI, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia", n. 64/2009.

³⁸ A. TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità amministrative indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in "Analisi giuridica dell'Economia", n. 2/2002, p. 430.

³⁹ Si v. Cass. S.U., sent. 17 marzo 2008, n. 7063; Cass. SU, sent. 29 aprile 2005, n. 8882. Su questa pronuncia si v. P. LAZZARA, *Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia antitrust*, in "Giorn. dir. amm.", n. 2/2006, pp. 179 e ss..

provvedimento, utilizzando le stesse conoscenze tecniche applicate dall'Autorità.

L'orientamento della giurisprudenza amministrativa, invece, pur rispettoso delle valutazioni «tecniche» dell'Autorità garante della concorrenza, nel caso delle sanzioni appariva comunque idoneo ad assicurare un accesso effettivo alla tutela giurisdizionale.

Quest'impostazione, inoltre, è conforme al diritto dell'Unione europea: il regolamento n. 2003/01/CE attribuisce al Tribunale di primo grado e alla Corte di giustizia la competenza giurisdizionale «anche di merito» sui ricorsi presentati contro le decisioni sanzionatorie della Commissione, accordando loro il potere di «estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda» (art. 31).

Su questa base, i giudici di Lussemburgo si sono mostrati pronti a esaminare nel dettaglio le analisi economiche proposte dalla Commissione e, quando le ritengono errate, ad annullarne i provvedimenti,⁴⁰ perché il riconoscimento di un margine di valutazione nel campo della concorrenza «non implica che il giudice comunitario debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica».⁴¹

⁴⁰ Corte giust., sent. 31 marzo 1993, C-89/85, *Ahlstroem*.

⁴¹ Corte giust., sent. 15 febbraio 2005, C-12/03, *Tetra Laval BV*. In letteratura si v. D. GERADIN, N. PETIT, *Diritto della concorrenza e ricorsi per annullamento nell'era della post-modernizzazione*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice*, pp. 245 e ss..

4. Il controllo «forte» sulle sanzioni quale obbligo derivante anche dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: la sentenza *Menarini Diagnostics s.r.l. contro Italia*.

Il sistema di controllo elaborato dalla giurisprudenza amministrativa sulle sanzioni delle Autorità indipendenti è stato esaminato anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza *Menarini Diagnostics s.r.l. contro Italia*.

Il ricorso era stato presentato da un'impresa farmaceutica punita dall'Autorità garante della concorrenza e, a suo giudizio, non tutelata adeguatamente dai giudici nazionali.⁴²

La Corte ha osservato, in primo luogo, che alle sanzioni pecuniarie irrogate dall'AGCM deve essere riconosciuta natura «penale», ai sensi dell'art. 6, par. 1, CEDU.

Infatti, secondo la giurisprudenza europea, il riconoscimento di tale carattere dipende da tre criteri, che possono operare separatamente o, se in questo modo non è possibile raggiungere una soluzione chiara, congiuntamente: la qualificazione data nel diritto interno alla norma violata, la natura di quest'ultima e le caratteristiche della sanzione comminata (tipo e afflittività).⁴³

⁴² ECtHR, sent. 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*. Sugli effetti delle sentenze della Corte europea per i diritti dell'uomo e, in generale, sull'efficacia della Convenzione europea nell'ordinamento italiano si v. B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, Milano 2012, pp. 105 e ss..

⁴³ ECtHR, sent. 8 giugno 1976, *Engel et al. v. The Netherlands*, nella quale è stata riconosciuta natura penale, ai sensi della CEDU, alle sanzioni inflitte ad alcuni soldati dai propri superiori per violazione della disciplina militare, in quanto comportavano la privazione – pur breve – della libertà personale. Secondo la Corte, in uno Stato di diritto appartengono alla materia penale – e devono rispettare i principi di legalità, proporzionalità e irretroattività – tutte le «deprivations

Sulla base di questi parametri sono state considerate come «pene», ai sensi della Convenzione, anche delle sanzioni amministrative pecuniarie,⁴⁴ perché la qualificazione data dal diritto interno – che nel caso di specie avrebbe condotto senza dubbio a escludere la natura «penale» delle sanzioni inflitte dall'AGCM – è il meno significativo dei tre indici.

Dirimenti sono spesso gli altri due criteri: in questo caso, secondo i giudici di Strasburgo, il carattere «penale» della sanzione derivava dalla natura della norma violata, volta a preservare uno degli interessi generali della società, la libera concorrenza sul mercato, e investita della stessa funzione che tradizionalmente viene affidata alle norme penali. Inoltre, la misura ha lo scopo d'impedire che le condotte lesive siano ripetute in futuro e ha quindi sia una finalità repressiva, sia uno scopo di prevenzione.

Anche l'elevato ammontare della somma che la società era stata costretta a pagare conferma che l'applicabilità dell'art. 6, par. 1, CEDU.

of liberty to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental».

⁴⁴ ECtHR, sent. 21 febbraio 1984, *Öztürk v. Germany*, nella quale è stata qualificata come «pena», ai sensi della CEDU, una sanzione pecuniaria inflitta per violazione del codice della strada tedesco. Secondo la Corte, appartengono alla materia penale tutte quelle norme la cui violazione comporta una sanzione volta a fungere da deterrente, sia che essa abbia natura pecuniaria, sia che limiti la libertà personale. Per l'applicazione di quest'orientamento alle sanzioni inflitte da Autorità amministrative indipendenti si v. ECmHR, rapp. 30 maggio 1991, *Stenuit c. France*, a proposito della *Commission de la concurrence* francese (istituita dalla legge n. 77-806 del 19 luglio 1977); ECtHR, dec. 3 dicembre 2002, *Lilly c. France*, a proposito del *Conseil de la concurrence* (istituito dall'*ordonnance* n. 86-1243 del 1 dicembre 1986, che è succeduto alla *Commission* e a seguito della legge n. 2008-776 del 4 agosto 2008 è stato a sua volta sostituito dall'*Autorité de la concurrence*).

La qualificazione come «pene», ai sensi della Convenzione, può estendersi anche alle sanzioni inflitte dalle altre Autorità amministrative indipendenti, perché anche in quei casi sono riscontrabili i due indici valorizzati dalla Corte (la protezione d'interessi generali – quelli, spesso di rango costituzionale, affidati alla cura dell'Autorità – e le finalità repressive e generalpreventive).

La qualificazione come «pena», ai sensi della Convenzione, di una sanzione pecuniaria non preclude a un'Autorità che non sia «un juge» d'infliggerla, ma richiede che sia comunque assicurata all'interessato la possibilità di ricorrere a un organo giurisdizionale che offra le garanzie strutturali e di procedura richieste dall'art. 6 CEDU e che effettui un controllo pieno, sui fatti e sulle ragioni di diritto, eventualmente riformando il provvedimento.⁴⁵

Per questi motivi la Corte europea ha escluso che vi fossero violazioni della CEDU: da un lato, la società aveva potuto impugnare la misura inflitta dall'AGCM innanzi agli organi italiani di giustizia amministrativa che, come già riconosciuto in passato,⁴⁶ soddisfano i requisiti che caratterizzano un «tribunale» ai sensi dell'art. 6 CEDU, perché indipendenti sia dal potere esecutivo, sia dalle parti.

Dall'altro, il sindacato esercitato dal Consiglio di Stato nel caso di specie «n'était pas limitée à un simple contrôle de légalité», ma si estendeva all'esame dei presupposti della decisione, della

⁴⁵ Si v. ECtHR, sent. 2 settembre 1998, *Kadubec c. Slovaquie*; ECtHR, sent. 13 febbraio 2003, *Chevol c. France*.

⁴⁶ ECtHR, dec. 8 giugno 1999, *Predil Anstalt SA c. Italia*.

sua proporzionalità e delle valutazioni tecniche che la sorreggevano, al fine di verificare se – «par rapport aux circonstances particulières de l'affaire» – l'AGCM avesse fatto buon uso dei propri poteri.⁴⁷

Inoltre, i giudici di Palazzo Spada avevano ribadito che il sindacato su queste misure «può giungere fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall'Autorità anche attraverso un giudizio di merito sulla congruità della sanzione».⁴⁸

Sulla base delle argomentazioni della Corte europea, comunque, si può ritenere che l'intensità del controllo applicato dal Consiglio di Stato in questo caso, in cui peraltro si sono applicati criteri ormai diffusi nella giurisprudenza amministrativa, rappresenterà quindi il parametro cui dovranno attenersi TAR e Consiglio di Stato nel giudizio sulle sanzioni

⁴⁷ ECtHR, sent. 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*. Sulla verifica effettuata da TAR e Consiglio di Stato, in verità, i membri della Corte hanno espresso posizioni sfaccettate. In una *concurring opinion*, il giudice Sajó ha affermato che la legislazione italiana avrebbe richiesto un sindacato di mera legalità – incompatibile con l'art. 6 CEDU – ma che comunque non sussisteva alcuna violazione della Convenzione, perché la magistratura amministrativa, in questo caso, aveva svolto un controllo sul merito. Diametralmente opposta la posizione del giudice Pinto de Albuquerque, che nella sua *dissenting opinion* ha ritenuto che TAR e Consiglio di Stato si siano limitati a ripercorrere la motivazione dell'Autorità, vagliando solo formalmente gli argomenti della ricorrente, senza operare quella valutazione «autonome, concrète et détaillée» della fattispecie concreta che l'art. 6 CEDU richiede.

⁴⁸ Cons. St., sent. 16 marzo 2006, n. 1397, pt. 4. Il giudice amministrativo non ha disposto alcuna consulenza tecnica d'ufficio (peraltro, non obbligatoria), ma ha esaminato sia i documenti allegati dall'AGCM, sia quelli prodotti dalle società a loro difesa, concludendo che la definizione del mercato rilevante fornita dall'AGCM fosse convincente e l'infrazione alle regole di concorrenza risultasse dimostrata dai frequenti contatti e, soprattutto, dagli scambi d'informazioni tra le imprese, in presenza dei quali il parallelismo di comportamenti, tenuto da queste, si colorava d'illiceità (richiamandosi, sul punto, a Corte giust., sent. 31 marzo 1993, C-89, *Pâtes de bois*).

irrogate dall'AGCM e dalle altre Autorità amministrative indipendenti.⁴⁹

Il problema che si pone ora riguarda il fatto che il codice del processo amministrativo prevede il sindacato sul merito solo sulle sanzioni pecuniarie, mentre è possibile che anche misure diverse da queste siano considerate delle «pene», ai sensi dell'art. 6 CEDU: si pensi alle decisioni che rendono obbligatori gli impegni presentati dalle imprese al fine di eliminare i profili anticoncorrenziali accertati dall'AGCM (maggiori dubbi, invece, sollevano i provvedimenti che vietano o sospendono una concentrazione perché, in questo caso, lo scopo perseguito non è deterrente ma piuttosto preventivo).

Per quanto riguarda le altre Autorità, si possono richiamare sanzioni interdittive come la decadenza dell'autorizzazione comminata dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici per le illegalità commesse dalle SOA⁵⁰ e la sospensione semestrale dell'attività d'impresa disposta dall'Autorità per l'energia,⁵¹ o misure ripristinatorie, come l'obbligo di mettere gratuitamente a disposizione degli spazi nelle trasmissioni televisive o radiofoniche a beneficio dei soggetti danneggiati, deliberate dall'AGCOM nei confronti delle emittenti che abbiano violato l'equilibrio comunicativo tra forze politiche.⁵²

⁴⁹ S. GOBBATO, *Art. 6 CEDU e sindacato giurisdizionale dei provvedimenti delle "Autorità amministrative indipendenti": un problema solo italiano?*, in www.diritticomparati.it, sottolinea che, al fine di evitare la violazione della Convenzione, la giurisdizione di TAR e Consiglio di Stato dovrà essere piena sia sulla sanzione, sia sulla decisione tecnica presupposta.

⁵⁰ Art. 40, co. 4, lett. g), d.lgs. 163/2006.

⁵¹ Art. 2, co. 18, lett. c), l. 481/1995.

⁵² Art. 10, l. 28/2000.

Anche in questi casi, il sindacato del giudice amministrativo, per evitare d'incorrere in una violazione dell'art. 6 CEDU, dovrebbe essere di tipo «forte».⁵³

La stessa intensità deve avere il sindacato del giudice ordinario sulle sanzioni attribuite alla sua giurisdizione. In questo caso, comunque, l'esplicito rinvio alla legge n. 689 del 1981 – operato, per esempio, con riferimento alle misure che la CONSOB può imporre ai promotori finanziari⁵⁴ o alle sanzioni del Garante dei dati personali⁵⁵ – comporta l'esercizio da parte del giudice ordinario di un potere sostitutivo.⁵⁶

Vi è chi teme che il riconoscimento al giudice di un potere sostitutivo comprometta l'efficacia dell'attività di vigilanza delle Autorità, soprattutto perché in sede d'impugnazione le sanzioni vengono ridotte e mai aumentate, a differenza di quanto avviene innanzi alle Corti dell'Unione europea.⁵⁷

La giurisprudenza italiana sul punto, però, appare corretta, in considerazione non tanto della lettera dell'art. 23 della legge n. 689 del 1981,⁵⁸ quanto piuttosto del principio della corrispondenza

⁵³ Si auspica che l'esigenza di «un approfondimento da parte del Parlamento» sulle norme che attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi a oggetto i provvedimenti delle Autorità, manifestata dal *Documento conclusivo* dell'indagine conoscitiva deliberata dalla Camera dei Deputati nella XVI legislatura, p. 47, ne tenga conto.

⁵⁴ Art. 196, d.lgs. 58/1998.

⁵⁵ Art. 166, d.lgs. 196/2003.

⁵⁶ Art. 23, l. 689/1981.

⁵⁷ E. FRENI, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M. FRATINI, *Le sanzioni*, 855, la quale richiama Trib. CE, sent. 12 dicembre 2007, T-101/05, *BASF*.

⁵⁸ Ora, art. 6, d.lgs. 150/2011. Come rilevato dalla giurisprudenza, infatti, questa norma consente al giudice di rideterminare l'ammontare della sanzione, nei limiti edittali, allo scopo di commisurarla alla gravità del fatto commesso (si v. Cass., sent. n. 23930 del 2006; Cass., sent. n. 1761 del 2006).

tra chiesto e pronunciato che impedisce al giudice di aumentare la sanzione se una delle parti (per esempio, il controinteressato) non l'abbia domandato.⁵⁹

A prescindere da questi interrogativi, da Strasburgo proviene un messaggio inequivocabile: nel difendere i loro provvedimenti sanzionatori, le Autorità amministrative indipendenti non possono spendere l'argomento della loro specializzazione tecnica per limitare il sindacato del giudice. In questi casi, il punto di bilanciamento tra le esigenze di efficienza dell'azione amministrativa e la garanzia del diritto a una tutela giurisdizionale piena deve tendere verso quest'ultimo obiettivo.

Un messaggio, a ben vedere, ricavabile già dalla Costituzione italiana.

⁵⁹ Art. 112, c.p.c., applicabile anche nel processo amministrativo in virtù del rinvio disposto dall'art. 39, c.p.a.. Su tale principio, nel giudizio di opposizione a sanzioni amministrative, si v. Cass., sent. n. 17625 del 2007. Nella sentenza citata da E. FRENI, *Le sanzioni*, p. 855, quale esempio della tendenza (criticata) a modificare le sanzioni solo in senso favorevole al ricorrente, per esempio, l'AGCM, costituitasi in giudizio, si era limitata a chiedere il rigetto del ricorso [TAR Lazio (Roma), sent. n. 12319 del 2009].

CAPITOLO VI

AUTORITÀ INDIPENDENTI E GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

1. Le Autorità e i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia. Una premessa.

Le Autorità indipendenti, sinora, non hanno mai svolto un ruolo rilevante nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale.

Solo l'Arbitro bancario finanziario ha provato a sollevare questione di costituzionalità e la Corte l'ha giudicata inammissibile.¹

Le altre Autorità non hanno esperito un simile tentativo e la ragione, probabilmente, è da rinvenire nell'incerta natura delle loro funzioni «paragiurisdizionali» e nel timore di vedersi dichiarare inammissibile la questione sollevata o, peggio, di essere considerate dei giudici speciali, incostituzionali per violazione del divieto di cui all'art. 102, co. 2, Cost..²

Per quanto riguarda il giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, in due pronunce la Corte ha esplicitamente

¹ Corte cost., ord. 218 del 2011.

² Come osservano V. ONIDA, M. D'AMICO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi*, Torino 1998, p. 26, di fronte a procedimenti simili a quello giurisdizionale, ma che si svolgono innanzi ad autorità da qualificarsi come amministrative oppure come giudici speciali «il problema della legittimazione del giudice viene ad intrecciarsi con quello della legittimità costituzionale delle norme che gli attribuiscono la funzione: ponendosi l'alternativa fra il considerare queste autorità come “non giudici” (negandone quindi la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità) e il considerarle giudici incostituzionalmente stabiliti e disciplinati (consentendo dunque che sollevino questioni, anche questioni “suicide”, cioè dirette a far riconoscere l'illegittimità della relativa disciplina)».

escluso che il Garante per la radiodiffusione e l'editoria prima, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni poi, potessero esserne parte, ritenendo che le loro competenze non assumessero «uno specifico rilievo costituzionale».³

In tre casi, infine, sono stati presentati ricorsi per conflitto di attribuzione fra Enti derivanti da atti delle Autorità indipendenti, ma solo in uno di essi la Corte si è pronunciata nel merito,⁴ mentre negli altri due la rinuncia al ricorso ha comportato l'estinzione del processo.⁵

Le Autorità non hanno avuto miglior fortuna nemmeno dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione.

Quest'ultima ha negato che l'Autorità greca della concorrenza potesse promuovere rinvio pregiudiziale, sulla base di un argomento – la sottoposizione al potere di avocazione dei casi da parte della Commissione (di cui si è parlato *supra*, IV.4 – che sembrerebbero precludere tale strada a tutte gli organi *antitrust* nazionali.⁶

La possibilità di promuovere rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, merita di essere analizzata in questo capitolo se si è convinti, come anche chi scrive lo è, che la giustizia costituzionale debba ormai concepirsi anche «in una dimensione sovranazionale».⁷

³ Corte cost., ordd. n. 226 del 1995 e n. 137 del 2000.

⁴ Corte cost., sent. n. 102 del 1995.

⁵ Corte cost., ordd. n. 378 e 504 del 2002.

⁶ Corte giust., sent. 31 maggio 2005, C-53/03, *Syfait*.

⁷ B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, p. 16.

Del resto, il rinvio pregiudiziale consente alla Corte di giustizia sia di giudicare sulla legittimità degli atti normativi dell'Unione europea, che come si è visto possono costituire il fondamento e il limite dei poteri delle Autorità (si veda *supra*, III.2, III.6 e III.7), sia, sostanzialmente, «di verificare la legittimità di una legge nazionale» rispetto alla normativa europea (comunitaria).⁸

La stessa Corte, da un altro punto di vista, ha affermato il dovere degli organi della pubblica amministrazione, cui sono state ricondotte anche le Autorità indipendenti, e in particolare dell'Autorità garante della concorrenza, di disapplicare le leggi interne contrastanti con il diritto dell'Unione.⁹

Le conclusioni raggiunte dalle due Corti, tuttavia, non sembrano precludere in assoluto che le Autorità svolgano un ruolo di maggior rilievo nei giudizi dinanzi a esse.

Il fatto che le pronunce dei due giudici siano state emesse con riferimento a questioni particolari, da un lato, e l'eterogeneità delle Autorità e delle loro funzioni, dall'altro, impedisce di estendere a tutte, indiscriminatamente, conclusioni che sono state raggiunte per alcune di esse.

È allora alla luce dei compiti assegnati loro e del fondamento dell'indipendenza di alcune di esse – da rinvenirsi, come argomentato *supra*, II.4, nell'art. 11 Cost. – che occorre domandarsi se, in alcuni casi, le Autorità possano sollevare

⁸ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, p. 313.

⁹ Tra le varie sentenze che affermano quest'obbligo, si v. Corte giust., sent. 12 giugno 1990, C-8/88), *Germania c. Commissione*. Con specifico riferimento all'Autorità italiana garante della concorrenza si v. Corte giust., sent. 9 settembre 2003, C-198/01, *C.I.F.*

questione di legittimità costituzionale in via incidentale ed essere parti nei giudizi per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

Un ruolo di maggior rilievo in questi giudizi, infatti, da un lato offrirebbe una più intensa tutela ai diritti e agli interessi che le Autorità garantiscono e perseguono, dall'altro consentirebbe anche alla Corte, se necessario, di controllare che le Autorità non esorbitino dai limiti posti al loro operare.

2. Autorità e legittimazione a sollevare questione di costituzionalità.

Le Autorità indipendenti, pur non essendo organi giurisdizionali, svolgono funzioni che comportano l'applicazione della legge a seguito di un procedimento che garantisce la partecipazione degli interessati.

Sorge spontaneo il dubbio che, in quei casi, possa essere riconosciuta loro la legittimazione a sollevare questione di costituzionalità, un quesito sul quale ci si è interrogati, da ultimo, nel corso dell'indagine parlamentare deliberata dalla Camera dei Deputati nella XVI legislatura¹⁰

La tematica è rilevante sotto due diversi profili, attinenti il primo all'esigenza di evitare che le Autorità applichino leggi incostituzionali (eventualmente violando diritti costituzionali dei singoli),¹¹ il secondo a quella di consentire loro di perseguire i propri obiettivi – spesso derivanti dal diritto dell'Unione europea – anche in presenza di ostacoli posti da leggi nazionali.

¹⁰ Si v. il *Documento conclusivo*, p. 7.

¹¹ Si pensi, per esempio, alla questione decisa dalla Corte cost., sent. n. 206 del 2009: nel giudizio *a quo* era stato impugnato il provvedimento dell'AGCOM che vietava a un'emittente locale l'uso di un certo marchio, in applicazione di una legge poi dichiarata incostituzionale.

In letteratura la possibilità di sollevare questione di costituzionalità è stata riferita soprattutto all’Autorità garante della concorrenza, che ora è legittimata a impugnare i regolamenti e gli atti amministrativi che producono effetti anticompetitivi, ma non le leggi statali e regionali.¹²

La stessa AGCM ha sostenuto che, per affrontare adeguatamente gli impedimenti che alcune leggi regionali oppongono agli interventi nazionali di liberalizzazione, dovrebbe poter sollevare, «direttamente nell’ambito dei propri procedimenti di accertamento di illeciti o, più in generale, per il tramite del Consiglio dei Ministri», questione di legittimità costituzionale.¹³

Il legislatore ha preferito quest’ultima soluzione, affidando al Presidente del Consiglio il compito di monitorare la normativa regionale e locale per individuare – anche su segnalazione dell’AGCM – le disposizioni contrastanti con la tutela della concorrenza e rimuoverle mediante i poteri sostitutivi del Governo nel caso in cui non vi provveda l’Ente locale.¹⁴

Non è previsto alcun rimedio, infine, avverso le leggi statali, per le quali la contrarietà agli obiettivi perseguiti dalle Autorità può essere solo segnalata nelle varie relazioni annuali.

¹² M. CLARICH, *I nuovi poteri*, p. 118. In passato la lacuna era stata sottolineata, tra gli altri, da F. TIRIO, *Aspetti costituzionalistici del mercato (la libertà di concorrenza tra Corte costituzionale ed Autorità garante)*, in R. BIN, C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1996.

¹³ AGCM, *Relazione annuale sull’attività svolta nel 2009*, pp. 9 e ss.. L’Autorità porta gli esempi della distribuzione commerciale, farmaceutica, editoriale, di quella dei carburanti, della gestione del servizio idrico, di molti servizi professionali. Il problema dell’applicazione di leggi incostituzionali riguarda anche altre Autorità amministrative indipendenti.

¹⁴ Art. 4, d.l. 1/2012.

Anche per questo, rimane attuale il quesito circa la legittimazione delle Autorità a sollevare questione di costituzionalità.

Soltanto l'Arbitro bancario finanziario ha provato a sollevare tale questione e la Corte l'ha giudicata inammissibile, con l'ordinanza n. 218 del 2011, sulla base dei seguenti argomenti.¹⁵

In primo luogo, perché quest'organo era stato istituito dalla legge, ma trovava la sua disciplina in disposizioni di carattere amministrativo (in particolare, in una delibera del CICR).

In secondo luogo, perché il procedimento innanzi all'Arbitro Bancario Finanziario non può iniziare o proseguire se la controversia è sottoposta alla autorità giudiziaria (o a un collegio arbitrale).

Infine, perché il suo «risponso» non assume «alcun valore cogente per nessuna delle parti “in causa”».¹⁶

In questa pronuncia, la Corte ha anche precisato come la circostanza che l'Arbitro Bancario Finanziario applichi norme di legge

«non può ritenersi in sé argomento probante, giacché è tipico di qualsiasi funzione giustiziale procedere e adottare le proprie determinazioni *secundum ius*, al pari di qualsiasi organismo della pubblica amministrazione».¹⁷

¹⁵ Corte cost., ord. n. 218 del 2011.

¹⁶ *Ivi*.

¹⁷ *Ivi*.

Questa pronuncia dovrà essere tenuta presente nell'esaminare la legittimazione delle altre Autorità indipendenti, verificando se questi argomenti possano essere estesi anche a loro.

3. Le nozioni di «giudice» e di «giudizio» nella giurisprudenza costituzionale.

Per rispondere al quesito circa la legittimazione delle Autorità a sollevare questione di costituzionalità, occorre muovere dalla legge costituzionale n. 1 del 1948, secondo cui tale questione può essere sollevata da un «giudice» (l'art. 23 della legge n. 87 del 1953, più restrittivamente, parla di «autorità giurisdizionale») nel corso di un «giudizio».¹⁸

Questi termini devono essere interpretati alla luce della *ratio* del sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale che, secondo alcuni, consiste nell'evitare che l'accertamento, con efficacia di giudicato, di ciò che è diritto nel caso concreto si fondi su leggi contrarie alla Costituzione,¹⁹ e, secondo altri, si basa sulla «posizione di intermediarietà tra la sfera politica e quella dei diritti individuali» in cui si trova il giudice.²⁰

La Corte costituzionale, dal canto suo, ha fornito un'interpretazione caso per caso dei requisiti di «giudice» e di

¹⁸ Sulle nozioni di «giudice» e di «giudizio», si v. V. ONIDA, M. D'AMICO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi*, pp. 23 e ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, pp. 143 e ss.; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino 2007 pp. 82 e ss.; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, pp. 177 e ss.; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, pp. 269 e ss..

¹⁹ V. ONIDA, *Note critiche in tema di legittimazione del giudice "a quo" nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi (con particolare riferimento alla Corte dei conti in sede di controllo)*, in "Giur. it.", 1968, pp. 232 e ss..

²⁰ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, p. 269.

«giudizio» e di questa giurisprudenza è opportuno fornire una breve panoramica.

In una delle sue prime pronunce, nel giudicare su una questione proposta da un giudice civile nel procedimento di omologazione di una società per azioni, ha affermato che i termini «giudice» e «giudizio» sono adoperati da legislatore «in maniera generica e con vario significato» e che esigenze di certezza del diritto inducono a ritenere ammissibili tutte le questioni proposte da una «autorità giurisdizionale chiamata ad attuare le legge nel caso concreto».²¹

Tale orientamento, che ritiene sufficiente che concorra anche uno solo dei due requisiti di «giudice» e di «giudizio», si è consolidato in una pronuncia successiva, che ha ritenuto ammissibile una questione proposta dal pretore nella fase del procedimento esecutivo riguardante la vendita di beni pignorati.²²

In quell'occasione, la Corte ha affermato che potrebbero sollevare questione, oltre ai soggetti appartenenti all'autorità giudiziaria ordinaria, anche organi che

«pur estranei all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura, siano tuttavia investiti, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l'obiettivo applicazione della legge, ed all'uopo posti in posizione *super partes*».²³

Su queste basi, è stata attribuita la qualifica di giudice «ai limitati fini dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948» anche alla

²¹ Corte cost., sent. n. 129 del 1957.

²² Corte cost., sent. n. 83 del 1966.

²³ *Ivi*.

Corte dei conti in sede di controllo preventivo sugli atti del Governo, la quale svolge una funzione ritenuta

«sotto molteplici aspetti, analoga alla funzione giurisdizionale, piuttosto che assimilabile a quella amministrativa, risolvendosi nel valutare la conformità degli atti che ne formano oggetto alle norme del diritto oggettivo, ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico».²⁴

La qualifica di giudice *a quo* è stata attribuita anche ad altri organi non appartenenti alla giurisdizione, come la Corte dei Conti in sede di parificazione del rendiconto,²⁵ la sezione disciplinare del C.S.M.²⁶ e i collegi arbitrali.²⁷

In altri casi, tuttavia, la Corte ha assunto una posizione più restrittiva, negando la legittimazione a sollevare questione di costituzionalità a organi giudiziari che non agivano nel quadro di una procedura giurisdizionale, come il pretore in sede di vidimazione di ingiunzioni fiscali²⁸ o il Collegio centrale di garanzia elettorale presso la Corte di cassazione.²⁹

²⁴ Corte cost., sent. n. 226 del 1972.

²⁵ Corte cost., sent. n. 121 del 1966.

²⁶ Corte cost., sent. n. 12 del 1971.

²⁷ Corte cost., sent. n. 376 del 2001.

²⁸ Corte cost., sent. n. 132 del 1973.

²⁹ Corte cost., sent. 5 n. 387 del 1996. Ai nostri fini, è significativa la circostanza che la Corte abbia negato la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale a un organo «pur se costituito in modo da assicurare una certa indipendenza e chiamato ad applicare in modo obiettivo una regola giuridica». Per una ricostruzione di questa giurisprudenza si v. P. BIANCHI, E. MALFATTI, *L'accesso in via incidentale*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI, *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Trino 2000, p. 22 e ss..

In tutti questi casi, la pronuncia d'inammissibilità si fondava sul fatto che il provvedimento finale emesso dal rimettente era privo del carattere della definitività, «nel senso dell'idoneità a divenire irrimediabile attraverso l'assunzione di un'efficacia analoga a quella del giudicato».³⁰

L'orientamento più rigoroso, che richiede la compresenza tanto del requisito soggettivo («giudice»), quanto di quello oggettivo («giudizio»), appare attualmente prevalente,³¹ come dimostrano le pronunce d'inammissibilità delle questioni sollevate dal giudice del registro delle imprese,³² dalla Corte d'appello nel procedimento di verifica dei risultati del referendum³³ e dal Consiglio di Stato in sede di emissione del parere sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.³⁴

Tuttavia, come ha sottolineato la dottrina, l'orientamento che ammette la legittimazione «ai limitati fini del processo

³⁰ *Ivi.*

³¹ La stessa Corte cost., sent. n. 164 del 2008, negando la qualifica di «giudice» alla Corte d'appello nel procedimento di verifica dei risultati del referendum, ha esplicitamente rilevato che la sua giurisprudenza «è andata progressivamente attestandosi su una interpretazione più rigorosa» dei requisiti di «giudice» e di «giudizio», richiedendone la necessaria compresenza.

³² Corte cost., ord. n. 6 del 2008.

³³ Corte cost., sent. n. 164 del 2008.

³⁴ Corte cost., sent. n. 254 del 2004. Occorre chiedersi se la soluzione non debba essere diversa a seguito della riforma apportata dall'art. 69 della legge n. 69 del 2009, che ha espressamente riconosciuto la possibilità per il Consiglio di Stato di sollevare questione di costituzionalità, prevedendo anche che il parere emesso vincoli il Presidente della Repubblica nella decisione del ricorso. Sulla riforma si v. L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, e N. PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69 l. 69/2009)*, entrambi in www.giustizia-amministrativa.it, e L. PLATANIA, *Può il legislatore ordinario aprire le porte del cielo?*, in www.forumcostituzionale.it.

costituzionale»³⁵ non è stato mai disconosciuto dalla Corte e non pare debba considerarsi superato.³⁶

Tale orientamento consente di ritenere legittimate a sollevare questione, in alcuni casi, anche le Autorità indipendenti.³⁷

4. Il Garante dei dati personali e le Autorità che svolgono funzioni arbitrali come giudici «ai limitati fini del processo costituzionale».

Sembra innanzitutto che possa essere legittimato a sollevare questione di costituzionalità il Garante dei dati personali, nell'ambito della procedura «alternativa a quella giurisdizionale» disciplinata dagli artt. 145 e ss. del d.lgs. n. 196 del 2003.³⁸

³⁵ R. ROMBOLI, *Le vie di accesso al giudizio sulle leggi e qualche ipotesi per un loro ampliamento*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 18, Torino 2008, p. 114.

³⁶ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, p. 275.

³⁷ Come sottolineano A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2009, p. 180, la soluzione al problema della legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti a sollevare questione di costituzionalità «potrà essere diversa a seconda che si voglia far leva sulla posizione, in tesi “terza” ed imparziale, ovvero sull’attività (che, ad ogni modo, presenta caratteri peculiari, disponendosi in una zona grigia tra l’amministrazione e la giurisdizione, tradizionalmente intese)». Si v. anche S. VUOTO, *Le Autorità amministrative indipendenti ed il Consiglio superiore della magistratura*, in R. ROMBOLI, *L’accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, pp. 160 e ss., secondo cui «è proprio nel solco di un’accezione sostanziale dei concetti di giudice e di giudizio *a quo* che le Autorità amministrative indipendenti potrebbero essere inserite tra i soggetti abilitati a sollevare questioni di legittimità costituzionale». Nello stesso senso anche A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo». Profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli 2012, pp. 119 e ss..

³⁸ In questo senso anche A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale*, pp. 161 e ss..

In primo luogo, si tratta di un organo dotato di una piena indipendenza funzionale (si veda *supra*, I.2) e istituzionale (si veda *supra*, I.4.1), garantita dai Trattati europei e dalla Carta dei diritti fondamentali e diretta a consentirgli di svolgere in piena libertà la sua funzione di tutela di diritti, come la protezione dei dati personali e il rispetto della vita privata, che trovano riconoscimento nel diritto «costituzionale» dell'Unione europea (si veda *supra*, II.3.1).

In secondo luogo, si è visto *supra*, IV.2, come il legislatore italiano, nell'attuare la normativa europea e al fine di assicurare i diritti fondamentali della persona, abbia istituito una procedura in contraddittorio che ben si distingue dai procedimenti amministrativi, compreso quello di «tutela amministrativa» che si svolge innanzi al Garante ed è disciplinato dagli artt. 142 e ss. del d.lgs. n. 196 del 2003.

La tesi che sostiene la legittimazione del Garante trae argomenti anche dal confronto con l'Arbitro bancario finanziario (ABF), al quale la Corte ha negato la qualifica di giudice *a quo*.

Nel caso del Garante, a differenza che per l'ABF, la procedura è disciplinata dalla legge; la presentazione del ricorso rende improponibile una domanda in sede giurisdizionale; la decisione che definisce il procedimento è vincolante.

Nella speciale procedura «alternativa a quella giurisdizionale», in conclusione, il Garante assume una posizione di terzietà rispetto alle parti, che consente di ricomprenderlo tra

quegli organi «investiti, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge».³⁹

La legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale può essere riconosciuta anche alle Autorità indipendenti che svolgono una vera e propria funzione arbitrale.

La Corte, infatti, ha riconosciuto la qualifica di «giudice» anche ai collegi arbitrali, in quanto seguono il

«procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria».⁴⁰

Si possono richiamare le ipotesi della procedura che si svolge innanzi all'AEEG in materia di trasmissione dell'energia elettrica e di trasporto del gas naturale sulle infrastrutture ad alta pressione, ma anche i procedimenti amministrati dalle Camere di conciliazione e arbitrato della CONSOB e dell'AVCP.

5. La carenza di legittimazione delle altre Autorità con particolare riferimento all'Autorità garante della concorrenza.

Alla giurisprudenza che riconosce la qualifica di giudice «ai limitati fini del processo costituzionale» si richiamava l'Autorità

³⁹ Corte cost., sent. n. 83 del 1966.

⁴⁰ Corte cost., sent. n. 376 del 2001.

garante della concorrenza nel sostenere la propria legittimazione a sollevare questione di costituzionalità.⁴¹

Tuttavia, nonostante sia sostenuta da una parte consistente della dottrina, l'analogia tra l'AGCM (e le altre Autorità) e i giudici non pare condivisibile.⁴²

Nell'ordinanza sull'Arbitro bancario finanziario, infatti, la Corte costituzionale ha rammentato come il fatto che un organo prenda provvedimenti «secondo diritto» non è dirimente, perché si tratta di una caratteristica tanto della giurisdizione, quanto dell'amministrazione.⁴³

⁴¹ La *Relazione annuale sull'attività svolta nel 1995* dell'Autorità garante per la concorrenza argomentava che essa «non svolge funzioni di amministrazione attiva, perseguendo interessi pubblici particolari, ma è investita di funzioni di controllo per l'obiettivo applicazione della legge, che esercita in posizione di indipendenza e neutralità a tutela dell'ordinamento». G. AMATO, *Le autorità indipendenti*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia*, Annali, 14, *Legge, diritto, giustizia*, Torino 1998, pp. 396 e ss.; A. PREDIERI, *L'erompere*, p. 48; F. CRISCUOLO, *I poteri ispettivi e sanzionatori delle Autorità*, pp. 364 e ss.; S. VUOTO, *Le Autorità amministrative indipendenti*, pp. 156 e ss..

⁴² E. L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle Autorità amministrative indipendenti*, pp. 111 e ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, p. 78, colloca l'AGCM «a metà strada tra la funzione giurisdizionale e la funzione amministrativa». Lo stesso A., *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, p. 159, afferma che le competenze dell'AGCM in materia di pubblicità ingannevole sono «l'esempio più chiaro» di esercizio di funzioni arbitrali da parte di un'Autorità indipendente. Tuttavia, l'A. scriveva queste pagine prima che la riforma del 2007 prevedesse l'avvio del procedimento d'ufficio da parte dell'AGCM. Per la tesi della paragiurisdizionalità di queste funzioni si v. anche F. CRISCUOLO, *I poteri ispettivi e sanzionatori delle Autorità*, pp. 364 e ss.; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, pp. 126 e ss.; F. CARINGELLA, *Le Autorità indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità*, in "Cons. St.", 2000, pp. 541 e ss..

⁴³ Corte cost., ord. n. 218 del 2011. La Corte, in questa pronuncia, ha valorizzato anche il fatto che la decisione dell'ABF «non assume, in realtà, alcun valore cogente per nessuna delle parti "in causa", svolgendo essa solo una funzione destinata ad incidere sulla immagine e sulla reputazione dell'intermediario». Inoltre, secondo il giudice delle leggi, i criteri e i requisiti di nomina dei componenti dell'ABF, il loro stato giuridico e il complesso delle regole deontologiche, non sarebbero paragonabili alle guarentigie assicurate agli organi giurisdizionali.

Nel caso dell’Autorità garante della concorrenza e delle altre Autorità, il procedimento non garantisce un contraddittorio tra gli interessati paragonabile a quello del processo giurisdizionale, come confermato dalla giurisprudenza e dalla stessa Corte europea dei diritti dell’uomo nella sentenza *Menarini Diagnostics s.r.l. contro Italia* (si veda *supra*, IV.3 e IV.4).

Inoltre, l’Autorità *antitrust* può attivarsi d’ufficio per accertare le violazioni, può decidere discrezionalmente di astenersi dall’irrogare la sanzione (rendendo obbligatori gli impegni dell’impresa o autorizzando intese anticompetitive) ed è sottoposta al potere di avocazione dei casi della Commissione.

La sua posizione rispetto agli interessati, in conclusione, sembra essere quella dell’amministrazione «imparziale», piuttosto che del giudice «terzo» (si veda *supra*, I.1).⁴⁴

6. La disapplicazione delle leggi contrastanti con il diritto dell’Unione europea.

Se, per le ragioni descritte, sono rare le ipotesi in cui le Autorità indipendenti possano sollevare questione di costituzionalità, esse possono tuttavia disapplicare le leggi contrastanti con il diritto dell’Unione europea.

Infatti, il dovere per tutti gli organi dello Stato di dare prevalenza al diritto europeo (comunitario), disapplicando le leggi

⁴⁴ Questa conclusione sembra condivisa anche da A. CERRI, *Corso*, p. 150; G. CERIDONO, *Le autorità amministrative indipendenti*, ne esclude la legittimazione perché «l’ampiezza dei poteri regolatori delle autorità, a cui corrispondono ampi livelli di discrezionalità, rende non plausibile una assimilazione con l’esercizio di una funzione giurisdizionale»; sul punto, si v. anche M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti*, p. 405. Di «incompleta» terzietà parla M. MANETTI, *Profili*, p. 38, la quale sottolinea anche come tale posizione sia stata negata da alcune delle stesse Autorità, che si sono ritenute legittimate a essere parti nel giudizio d’impugnazione dei loro atti.

interne contrastanti, è ormai consolidato, sia a livello europeo,⁴⁵ sia nell'ordinamento italiano.

La Corte costituzionale, in particolare, ha riconosciuto che «tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi [...] sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili» il diritto dell'Unione.⁴⁶

Anche la Corte di giustizia ha affermato, proprio con riferimento all'Autorità garante della concorrenza, che se vi sono norme interne che legittimano comportamenti anticoncorrenziali delle imprese o ne rafforzano gli effetti, questa ha l'obbligo di disapplicarle, perché, in caso contrario, «l'effetto utile delle norme comunitarie sarebbe affievolito».⁴⁷

Un obbligo che si fonda sia sul dovere di collaborazione che grava sugli Stati membri *ex art.* 10 TCE (ora art. 4 TUE), sia sul principio di *primauté* del diritto europeo (comunitario).⁴⁸

⁴⁵ Tra le varie sentenze che affermano quest'obbligo, si v. Corte giust., sent. 12 giugno 1990, C-8/88, *Germania c. Commissione*: «spetta a tutte le autorità degli Stati membri [...] garantire il rispetto delle norme di diritto comunitario nell'ambito delle loro competenze».

⁴⁶ Corte cost., sent. n. 389 del 1989. Si v. anche Corte cost., sent. n. 227 del 2010.

⁴⁷ Corte giust., sent. 9 settembre 2003, C-198/01, *C.I.F.*: il rinvio era stato effettuato dal TAR del Lazio nell'ambito di un giudizio di impugnazione di un provvedimento dell'AGCM che, disapplicando le norme che istituivano e disciplinavano il Consorzio Industrie Fiammiferi perché ritenute in contrasto con gli artt. 81 e 10 TCE (oggi artt. 101 TFUE e art. 4 TUE), ingiungeva loro di cessare la pratica di ripartizione delle quote di produzione. Su questa sentenza si v. S. CASSESE, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza*, G. NAPOLITANO, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolazione amministrativa* e M. LIBERTINI, *La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza*, in "Giorn. dir. amm.", n. 11/2003, pp. 1129 e ss..

⁴⁸ *Ivi*. La Corte di giustizia, peraltro, ha precisato che «a meno che non si intenda violare il principio generale di diritto comunitario della certezza del diritto», l'AGCM non ha il potere di sanzionare le imprese per un comportamento anticoncorrenziale imposto dalle leggi disapplicate. Tuttavia, dopo la prima disapplicazione, «le imprese non possono più asserire di essere costrette da

A partire da questa pronuncia, l'Autorità, nella delibera che avvia un'istruttoria, precisa solitamente che, qualora sussistesse un contrasto tra una legge interna e il diritto dell'Unione, la prima verrebbe disapplicata.⁴⁹

Sinora, comunque, non pare che l'AGCM abbia effettivamente provveduto a disapplicare una legge, anche perché, nei pochi casi in cui aveva ravvisato un contrasto con il diritto dell'Unione, era intervenuta l'abrogazione della disposizione.⁵⁰

Le stesse ragioni che fondano la possibilità dell'Autorità garante della concorrenza di disapplicare le leggi interne possono essere estese anche ad altre Autorità indipendenti.

Questa possibilità consente loro di superare gli eventuali ostacoli posti dalle leggi nazionali al perseguimento degli obiettivi dati dal diritto dell'Unione, mentre è meno efficace rispetto all'esigenza, richiamata in precedenza, di evitare l'applicazione di leggi contrastanti con i diritti fondamentali, nella parte in cui questi non dovessero trovare riconoscimento anche nella Carta dei diritti dell'Unione.

detta legge a violare le regole comunitarie della concorrenza. Il loro comportamento futuro e □ quindi passibile di sanzioni».

⁴⁹ Si v., per esempio, le istruttorie avviate con del. n. 21920 del 2010, *Arenaways* (conclusasi con del. n. 23770 del 2012, che ha accertato l'abuso di posizione dominante di Ferrovie dello Stato, senza però disapplicare l'art. 59 della l. 99/2009); n. 15451 del 2006, *Ordine dei medici veterinari di Torino* (conclusasi con la del. n. 16500 del 2007 di accettazione degli impegni proposti dalle imprese); del n. 23365 del 2012, *Applicazione dell'iva sui servizi postali*.

⁵⁰ È il caso, per esempio, della del. n. 14926 del 2005, *Tariffe dei periti assicurativi* (con riferimento all'art. 14, co. 2, della l. 166/1992, che favoriva le intese restrittive tra le imprese assicurative e le associazioni peritali, abrogato dall'art. 354 del d.lgs. 209/2005). Per l'ipotesi di disapplicazione di un atto sublegislativo, si v. la del. n. 15310 del 2006, *Posta elettronica ibrida* (in cui l'AGCM ha ravvisato il contrasto tra il d.m. 18 febbraio 1999 e diversi articoli del Trattato CE, precisando che «sarebbe stato disapplicabile, ove ancora in vigore»).

Certo, nell'impostazione accolta dalla giurisprudenza costituzionale, la disapplicazione delle leggi contrastanti col diritto dell'UE è una soluzione applicabile «solo se e fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinseca con una normazione compiuta e immediatamente applicabile dal giudice interno»,⁵¹ vale a dire quando la norma europea è dotata di effetto diretto, mentre in caso contrario il giudice deve sollevare la questione innanzi alla Corte costituzionale.⁵²

Se sia possibile riconoscere le qualità del primato e dell'effetto diretto anche ad alcune delle disposizioni della Carta è un tema dibattuto tra i giuristi del Vecchio Continente.⁵³

La stessa Corte costituzionale, in una pronuncia recente sembra ipotizzare che, in alcuni casi, anche tali norme possano spiegare effetto diretto.⁵⁴

Inoltre, un orientamento dei giudici di Lussemburgo pare individuare, accanto all'«effetto di sostituzione», in forza del quale le sole norme dotate di effetto diretto disciplinano la fattispecie al posto di quelle nazionali, anche un «effetto di esclusione», di cui sarebbero dotate tutte le norme dell'Unione europea, che

⁵¹ Corte cost., sent. n. 170 del 1984. Si v. anche V. ONIDA, *“Armonia tra diversi” e problemi aperti*, in *“Quad. cost.”*, 2002, pp. 549 e ss..

⁵² Corte cost., sent. n. 28 del 2010.

⁵³ Sul punto si v. anche M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna 2010, pp. 111 e ss.; M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impiegato nella tutela dei diritti fondamentali*, in *“Rivista AIC”*, n. 1/2011, pp. 21 e ss..

⁵⁴ Corte cost., sent. n. 111 del 2012 ha dichiarato inammissibile una censura formulata evocando l'art. 47 della Carta dei diritti «per carenza di ogni motivazione sulla non diretta applicabilità della norma europea».

precluderebbe in ogni caso l'applicazione delle norme interne contrastanti.⁵⁵

Di fronte all'evoluzione della giurisprudenza, la dottrina s'interroga sulle sorti riservate al sindacato accentrato di costituzionalità nell'ordinamento italiano,⁵⁶ ma il problema non incide sulla questione del potere-dovere delle Autorità amministrative indipendenti di disapplicare le norme interne contrastanti con quelle dell'Unione europea.

Infatti, proprio l'impossibilità per questi organi di sollevare questione di legittimità costituzionale induce a ritenere che l'unico modo in cui queste possano evitare che venga pregiudicato

⁵⁵ In Corte giust., sent. 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, la Corte di Lussemburgo ha ritenuto che la direttiva n. 2000/78/CE e il principio generale di non discriminazione, di cui essa costituiva specificazione, potessero essere invocati innanzi al giudice per paralizzare l'applicazione del diritto interno. Nel caso di specie, il termine di recepimento della direttiva non era ancora scaduto e questa non poteva produrre alcun effetto diretto (secondo una tesi consolidata a partire da Corte giust., sent. 5 aprile 1979, C-148/78, *Ratti*). In senso critico rispetto alla sentenza *Mangold*, si v. le conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-411/07, *Palacios de la Villa*. La Corte dell'Unione sembrava tornare su un'impostazione restrittiva con Corte giust., sent. 5 febbraio 2004, C-157/02, *Rieser* (disapplicazione di norme interne contrastanti solo dopo la scadenza del termine della direttiva) e Corte giust., sent. 11 luglio 2006, C-13/05, *Chacon Navas* (tassatività dei motivi in base ai quali la direttiva vietava le discriminazioni). In seguito, in Corte giust., sent. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Küçükdeveci*, la Corte di Lussemburgo ha ribadito che «in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, di cui gode anche il principio di non discriminazione in ragione dell'età, una normativa nazionale contraria, rientrando nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, deve essere disapplicata». Su quest'ultima pronuncia si v. V. SCARABBA, *La sentenza Küçükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, in www.astrid-online.it. Sulla distinzione tra «effetto di sostituzione» ed «effetto di esclusione» delle norme dell'Unione europea si v. R. MASTROIANNI, *Diritto comunitario e ordinamenti nazionali, Intervento al convegno "Il diritto del lavoro nella dimensione europea"*, Firenze 2008.

⁵⁶ Si v. M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale, passim*; F. PATERNITI, *La Corte di giustizia apre al sindacato diffuso di legittimità comunitaria?*, in www.forumcostituzionale.it; A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in F. DAL CANTO, E. ROSSI, *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino 2011.

«l'effetto utile delle norme comunitarie», che in questo caso consiste nella tutela di un diritto fondamentale, sia la disapplicazione della legge contrastante.⁵⁷

Naturalmente, la soluzione ipotizzata è praticabile soltanto nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, mentre negli altri casi le Autorità non possono che applicare la legge ed eventuali vizi d'incostituzionalità dovranno essere rilevati nel giudizio d'impugnazione.

7. La possibilità di effettuare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Quando le Autorità operano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, è necessario chiedersi anche se sia consentito loro promuovere rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che attribuisce tale facoltà a ogni «organo giurisdizionale di uno degli Stati membri».

La risposta può essere diversa a seconda delle funzioni esercitate in concreto dall'organo, potendo questo presentare o meno i requisiti necessari per effettuare il rinvio a seconda del

⁵⁷ In linea generale, A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale alla Corte costituzionale e tutela dei diritti: note minime anche a proposito delle Authorities*, Intervento al convegno su *Politica, Economia e Giustizia. La tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini come fattori di garanzia*, Roma 2006, disponibile in www.giustizia-amministrativa.it, nota che «nell'alternativa tra l'applicazione di una legge illegittima e la disapplicazione sotto la propria responsabilità di una legge, comunque ancora non dichiarata incostituzionale dalla Consulta, ad oggi, *tertium non datur*». Lo stesso A. ritiene che, in assenza di spazi per un'interpretazione conforme a Costituzione, non potendo rimettere la questione alla Corte costituzionale, l'Autorità dovrà dare attuazione anche a una legge palesemente incostituzionale.

«particolare contesto normativo in cui è indotto a rivolgersi alla Corte». ⁵⁸

In ogni caso, la circostanza che le Autorità, secondo il diritto interno, non siano giudici non è di per sé preclusiva, perché il concetto di «giurisdizione» è una nozione autonoma del diritto dell'Unione. ⁵⁹

Secondo la giurisprudenza i tratti distintivi di questa nozione sono l'istituzione con legge e il carattere permanente dell'organo; il fatto che risolva controversie applicando norme giuridiche, seguendo una procedura in contraddittorio, e in posizione di terzietà; l'obbligatorietà del ricorso innanzi a quell'organo. ⁶⁰

Requisiti che sono stati riscontrati anche in amministrazioni incaricate di decidere su ricorsi amministrativi ⁶¹ e che in gran parte sono presenti anche nelle Autorità amministrative indipendenti.

Possono esservi dubbi sulla sussistenza degli attributi della «obbligatorietà» e della terzietà.

La prima, secondo alcune pronunce, consiste nella circostanza che le parti «sono tenute» ad adire l'organo in questione per ottenere una decisione della loro controversia. ⁶²

⁵⁸ Corte giust., ord. 26 novembre 1999, C-440/98, *RAI*, in relazione alla Corte dei Conti.

⁵⁹ M. MANETTI, *Profili*, p. 40.

⁶⁰ Corte giust., sent. 30 giugno 1966, C-61/65, *Vaaseen-Goebbels*.

⁶¹ Corte giust., sent. 17 settembre 1997, C-54/96, *Dorsch Consult*; Corte giust., sent. 15 gennaio 1998, C-44/96, *Mannesmann*; Corte giust., sent. 18 novembre 1999, C-275/98, *Unitron Scandinavia*.

⁶² Corte giust., sent. 30 giugno 1966, C-61/65, *Vaaseen-Goebbels*.

Anche per questa ragione, è stato escluso che i collegi arbitrali potessero effettuare rinvio pregiudiziale, considerato che «i contraenti erano liberi di affidare la soluzione delle loro eventuali controversie al giudice ordinario o di scegliere la via dell'arbitrato».⁶³

Si tratta di un argomento che rischia di condurre a un paradosso: lo stesso ricorso al giudice ordinario, che le parti possono evitare compromettendo la lite, secondo questi criteri non sarebbe «obbligatorio».

In seguito, i giudici di Lussemburgo hanno precisato che la giurisdizione degli arbitri «non è obbligatoria nel senso che, in mancanza di una convenzione arbitrale stipulata tra le parti, un privato può rivolgersi ai giudici ordinari per risolvere la controversia».⁶⁴

Il carattere dell'obbligatorietà, secondo questo più preciso orientamento, non s'identifica con l'inderogabilità della «giurisdizione», con l'essere il singolo «tenuto» a esperire un dato mezzo di tutela, quanto piuttosto con il fatto che questo – previsto dall'ordinamento – non possa essergli precluso.

Si comprende così come sia stato possibile riconoscere la legittimazione a effettuare rinvio pregiudiziale al Consiglio di Stato italiano in sede di emissione del parere nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, rimedio che non è esclusivo, ma alternativo rispetto a quello giurisdizionale.⁶⁵

⁶³ Corte giust., ord. 22 aprile 1981, C-102/81, *Nordsee*.

⁶⁴ Corte giust., sent. 27 gennaio 2005, C-125/04, *Denuit e Cordenier*.

⁶⁵ Corte giust., sent. 16 ottobre 1997, cause riunite da C-69/96 a C-79/96, *Garofalo*.

Il requisito della «obbligatorietà» così definito, allora, è rinvenibile in tutti quei casi in cui la competenza delle Autorità a risolvere una controversia non si fonda sull'accordo delle parti.

Ne vengono esclusi i soli procedimenti arbitrali, come quello svolto dall'AEEG per le dispute in materia di trasmissione dell'energia elettrica e di trasporto del gas naturale sulle infrastrutture ad alta pressione o quelli amministrati dalla Camere arbitrali istituite presso l'AVCP e la CONSOB.

Mentre invece può essere considerata «obbligatoria», nel senso così individuato, la «giurisdizione» del Garante dei dati personali.

Quanto alla terzietà, anche se in una pronuncia è stata collegata all'applicazione ai commissari delle stesse garanzie previste per i magistrati,⁶⁶ la giurisprudenza maggioritaria sembra riferirla al rapporto tra l'organo in questione e le parti.

La Corte di giustizia, per esempio, ha escluso la legittimazione del direttore delle imposte lussemburghese che presentava «un legame organico evidente» con l'amministrazione di cui poteva sindacare i provvedimenti,⁶⁷ affermandola invece per i *Tribunales Económico-Administrativos* spagnoli, funzionalmente separati dagli uffici che adottavano le decisioni impugnate.⁶⁸

Dunque, non vi è equivalenza tra la terzietà del giudice legittimato a sollevare questione di costituzionalità – «intesa come

⁶⁶ Corte giust., sent. 17 settembre 1997, C-54/96, *Dorsch Consult*, con riferimento alla Commissione federale di sorveglianza sugli appalti pubblici, istituita nell'ambito dell'Autorità tedesca di concorrenza.

⁶⁷ Corte giust., sent. 30 marzo 1993, C-24/92, *Corbiau*.

⁶⁸ Corte giust., sent. 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-146/98, *Galbafri*.

assoluta estraneità rispetto alla *res judicanda*»⁶⁹ – e quella dell'«organo giurisdizionale» cui si riferisce l'art. 267 TFUE – che consiste nella distinzione rispetto alle parti in giudizio.

Una differenza che, peraltro, rispecchia anche la diversa *ratio* dei due strumenti: il primo volto, come si è visto, a evitare che l'accertamento, con efficacia di giudicato, del diritto nel caso concreto si basi su leggi incostituzionali, il secondo, invece, finalizzato a garantire un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri.⁷⁰

Per questo, sembra che l'indipendenza dei membri delle Autorità rispetto ai soggetti regolati sia sufficiente a ritenerle «terze», ai sensi del diritto dell'Unione, quando queste agiscono su istanza di parte, come avviene per la risoluzione delle dispute tra utenti e operatori da parte di AEEG e AGCOM oppure di quelle tra interessati e responsabili del trattamento di dati personali da parte del Garante.⁷¹

Al contrario, nei casi in cui le Autorità agiscono d'ufficio, per esempio nell'esercizio dei poteri sanzionatori, il rinvio pregiudiziale dovrebbe essere escluso, per mancanza di una vera e propria controversia.⁷²

⁶⁹ Corte cost., sent. n. 123 del 1970. Di «incompleta» terzietà parla M. MANETTI, *Profili*, p. 38, la quale sottolinea anche come tale posizione sia stata negata da alcune delle stesse Autorità, che si sono ritenute legittimate a essere parti nel giudizio d'impugnazione dei loro atti.

⁷⁰ Corte giust., sent. 16 gennaio 1974, C-166/73, *Rheinmühlen*.

⁷¹ *Contra* M. MANETTI, *Profili*, che ritiene invece come il cumulo di funzioni di regolazione e contenziose escludano la neutralità delle Autorità rispetto alla lite.

⁷² Si v. per esempio Corte giust., ord. 18 giugno 1980, C-138/80, *Borker*, che ha escluso la legittimazione del *Conseil de l'ordre des avocats* parigino, chiamato nel giudizio *a quo* a esprimere un parere, e soprattutto Corte giust., sent. 19 ottobre 1995, C-111/94, *Job Centre*, che ha respinto la domanda pregiudiziale formulata dal Tribunale in sede di giurisdizione volontaria.

8. L'ammissibilità di conflitti di attribuzione tra Enti per gli atti delle Autorità.

La Corte costituzionale considera le Autorità amministrative indipendenti organi dello Stato-apparato,⁷³ istituiti con legge statale e rientranti nell'ambito della materia della «organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali».⁷⁴

La giurisprudenza appare convincente, anche perché la diversa tesi che vede nelle Autorità delle istituzioni «della Repubblica»⁷⁵ o dello Stato-comunità⁷⁶ non sembra tener adeguatamente conto della loro istituzione con legge e dei legami con gli organi statali, soprattutto Parlamento e Governo.

Proprio la collocazione delle Autorità nell'apparato amministrativo dello Stato costituisce il presupposto perché le Regioni sollevino conflitto di attribuzione contro quest'ultimo per gli atti delle prime.

Sinora, risulta siano stati sollevati tre conflitti: il primo, dalla Regione Siciliana, a seguito di una nota della Banca d'Italia; il secondo, dalla Provincia di Trento, in riferimento a tre delibere dell'AGCOM concernenti l'approvazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze televisive; il terzo, dalla Regione

⁷³ Corte cost., sent. n. 102 del 1995 (Banca d'Italia, qualificazione che solleva le perplessità di A. CERRI, *Corso*, p. 347), Corte cost., sentt. n. 482 del 1995 (AVCP), n. 256 del 2007 (AVCP) e n. 88 del 2009 (AEEG).

⁷⁴ Corte cost., sent. n. 88 del 2009, con riferimento all'AEEG.

⁷⁵ G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, *passim*.

⁷⁶ G. CORASANITI, *Garante per l'editoria*, in A. LOIODICE, A. BRIGHINA, G. CORASANITI (a cura di), *Editoria e stampa*, pp. 255 e ss..

Trentino-Alto Adige/Südtirol, ancora con riguardo a note emesse dai direttori di alcune filiali della Banca d'Italia.

Nel primo caso il ricorso fu rigettato: la Corte avallò la scelta del legislatore, operata per recepire una direttiva, di riservare alla Banca d'Italia la competenza ad autorizzare l'apertura di succursali degli istituti di credito, prima esercitata dalla Regione Siciliana.⁷⁷

Negli altri due casi, invece, la rinuncia al ricorso, accettata dalla difesa erariale, ha comportato l'estinzione del processo, precludendo un esame delle questioni proposte.⁷⁸

L'Avvocatura dello Stato aveva sostenuto che il ricorso, proposto nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri, sarebbe stato inammissibile, sia perché l'AGCOM, non essendo annoverabile tra gli organi costituzionali, sarebbe stata priva di legittimazione passiva, sia perché i suoi atti non potevano essere imputati al Governo.

Una tesi che, alla luce della giurisprudenza costituzionale, difficilmente avrebbe meritato accoglimento.

Il primo argomento, infatti, era inappropriato, perché il ricorso non era stato proposto nei confronti dell'Autorità.

Il secondo trascurava che nei conflitti di attribuzione tra Enti, «per lo Stato è sempre e solo legittimato a intervenire il Presidente del Consiglio dei Ministri», anche quando siano in

⁷⁷ Corte cost., sent. n. 102 del 1995.

⁷⁸ Corte cost., ord. n. 378 del 2002, su cui si v. M. MANETTI, *Regioni e autorità indipendenti in conflitto*, in "Giur. cost.", 2002, pp. 2823 e ss.; Corte cost., ord. n. 504 del 2002.

discussione atti provenienti da organi dello Stato autonomi rispetto al Governo.⁷⁹

In conclusione, i conflitti di attribuzione tra Enti derivanti da atti delle Autorità amministrative indipendenti appaiono pienamente ammissibili.

Non è un caso che la stessa Corte costituzionale, nel modificare le proprie norme integrative, nel 2004 ha previsto che il ricorso promosso dalla Regione deve essere notificato anche all'organo che ha emanato l'atto «quando si tratti di autorità diverse da quelle di Governo e da quelle dipendenti dal Governo», consentendo anche a queste d'intervenire nel giudizio.⁸⁰

La formula – volta a risolvere le situazioni in cui il conflitto fra Enti cela un conflitto tra poteri (solitamente, tra esecutivo e giudiziario)⁸¹ – appare sufficientemente ampia da rispondere all'esigenza di autonoma rappresentanza non solo dei giudici, ma anche delle Autorità amministrative indipendenti.

Si può ritenere, quindi, che anche a questi organi, così come per quelli giurisdizionali,⁸² debba essere notificato l'atto introduttivo del giudizio, in modo da consentire loro di parteciparvi.

⁷⁹ Corte cost., sent. n. 309 del 2000, con riferimento ai conflitti sollevati nei confronti di atti degli organi giurisdizionali. L'argomento, che si fonda sull'art. 39, l. 87/1953 e sull'art. 25 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, sembra valere a maggior ragione per le Autorità amministrative indipendenti, dotate di una posizione d'indipendenza e autonomia rispetto al Governo inferiore a quella di cui godono gli organi giurisdizionali.

⁸⁰ Art. 25, co. 2, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte.

⁸¹ A. CERRI, *Corso*, p. 366.

⁸² Si v. Corte cost., sent. n. 2 del 2007 e Corte cost., ord. n. 353 del 2006.

9. Autorità indipendenti e conflitti fra poteri dello Stato: la posizione apparentemente restrittiva della Corte costituzionale.

La possibilità che le Autorità indipendenti, in alcuni casi, siano legittimate a proporre ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato e resistervi costituisce il punto di arrivo del presente lavoro.⁸³

È evidente che la partecipazione a questo giudizio, definito il «sigillo di chiusura» del sistema interno dei poteri,⁸⁴ riflette la posizione che questi organi assumono nel sistema stesso.

È l'incertezza su tale posizione che, probabilmente, spiega ha trattenuto sinora le Autorità dal presentare ricorso per conflitto di attribuzioni.

Al contrario, in quattro occasioni la Corte costituzionale è stata chiamata a giudicare su un ricorso promosso avverso alcune Autorità indipendenti.

In due di esse, il giudice dei conflitti non si è espresso sulla loro legittimazione, dichiarando l'inammissibilità per altre ragioni.

Nel primo caso, per la «palese inidoneità» dell'atto contestato a ledere la sfera di attribuzioni del comitato promotore di *referendum*, che aveva proposto ricorso nei confronti del

⁸³ Il letteratura si vi., tra gli altri, S. STAMMATI, *Tre questioni in tema di «Autorità amministrative indipendenti»*, pp. 84 e ss., per la tesi positiva, M.A. CABIDDU, *Autorità indipendenti e conflitti davanti alla Corte*, p. 437, per quella negativa.

⁸⁴ E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, p. 242.

Garante per la radiodiffusione e l'editoria⁸⁵ (il cui provvedimento si riferiva a una tornata elettorale precedente).⁸⁶

Nel secondo, il ricorso proposto avverso il Garante dei dati personali era stato dichiarato inammissibile per carenza di legittimazione attiva del giudice di pace ricorrente, che agiva in qualità di coordinatore dell'ufficio.⁸⁷

In altre due occasioni, invece, i giudici di Palazzo della Consulta hanno negato esplicitamente la legittimazione dell'Autorità resistente a partecipare al giudizio per conflitto.

Secondo la Corte, le attribuzioni del Garante per la radiodiffusione e l'editoria

«disciplinate dalla legge ordinaria [...] non assumono uno specifico rilievo costituzionale né sono tali da giustificare - nonostante la particolare posizione di indipendenza riservata all'organo nell'ordinamento - il riferimento all'organo stesso della competenza a dichiarare in via definitiva la volontà di uno dei poteri dello Stato».⁸⁸

Le stesse argomentazioni sono state adottate per escludere la legittimazione dell'AGCOM.⁸⁹

⁸⁵ Il Garante fu istituito dalla legge n. 223 del 1990 e, in seguito, è stato sostituito dall'AGCOM.

⁸⁶ Corte cost., ord. n. 118 del 1995. Il fatto che il giudice dei conflitti non si pronunciasse sulla legittimazione dell'Autorità, secondo una tesi che si è poi rivelata eccessivamente ottimista, ne avrebbe postulato implicitamente la legittimazione passiva [F. CRISCUOLO, *I poteri ispettivi e sanzionatori delle Autorità*, p. 360].

⁸⁷ Corte cost., ord. n. 244 del 1999, in cui la Corte ha ribadito la propria giurisprudenza consolidata secondo cui gli organi giurisdizionali sono legittimati a conflitto ma solo «limitatamente all'esercizio dell'attività giurisdizionale (ordinanza n. 87 del 1978)».

⁸⁸ Corte cost., ord. n. 226 del 1995.

⁸⁹ Corte cost., ord. n. 137 del 2000.

In questo lavoro, ci si propone di verificare se la soluzione adottata dalla Corte debba essere estesa a tutte le Autorità (e a ognuna delle loro funzioni) oppure se non si possa giungere, in alcuni casi, a una conclusione diversa.

10. L'ambito soggettivo del conflitto: le Autorità come organi «competenti a dichiarare definitivamente» la volontà del potere esecutivo.

Com'è noto, i presupposti affinché un organo sia legittimato a partecipare al giudizio per conflitto di attribuzioni sono la competenza a «dichiarare definitivamente la volontà» del potere cui appartiene (c.d. «requisito soggettivo») e il fatto che la controversia verta sulla «delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali» (c.d. «requisito oggettivo»)⁹⁰.

La norma distingue con chiarezza il soggetto sostanziale del giudizio, il potere, da quello processuale, l'organo competente a dichiararne definitivamente la volontà.

Si è ribadito diverse volte come si ritenga condivisibile la posizione della giurisprudenza che riconduce le Autorità indipendenti nell'alveo della pubblica amministrazione, perché queste esercitano un insieme eterogeneo di poteri per il perseguimento d'interessi pubblici.⁹¹

⁹⁰ Art. 37, l. 87/1953. Su questi requisiti si v., tra gli altri, A. CERRI, *Corso*, pp. 395 e ss.; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, pp. 424 e ss.; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, pp. 226 e ss..

⁹¹ M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti*, p. 413, osserva che «dire che le autorità tutelano interessi dei consumatori, dei risparmiatori, degli utenti dei servizi, e così via, non significa

Tale qualificazione sembra accolta anche dalla Corte costituzionale, che ha ricondotto l'Autorità per l'energia nell'ambito dell'«organizzazione amministrativa dello Stato»,⁹² e pare confermata dal diritto dell'Unione europea che, per esempio, distingue tra autorità «amministrative» e giudici, subordinando solo le prime al potere di avocazione dei procedimenti di accertamento delle condotte anticoncorrenziali da parte della Commissione (si veda *supra*, IV.4).⁹³

Anche la Corte di giustizia, nell'affermare l'indipendenza dei Garanti nazionali come «custodi» dei diritti fondamentali alla tutela dei dati personali e alla vita privata, ha ricollegato la compatibilità tra questi organi e il principio democratico alla loro soggezione «al rispetto della legge sotto il controllo dei giudici competenti», sui sono sottoposte tutte le autorità amministrative.⁹⁴

La collocazione delle Autorità indipendenti nell'ambito della pubblica amministrazione e, quindi, del potere esecutivo, non preclude la loro legittimazione a partecipare al giudizio per conflitto di attribuzioni tra poteri.

La giurisprudenza costituzionale ha sempre affermato che l'esecutivo si presenta come un potere «costituzionalmente accentrato ed unitario»⁹⁵ (a differenza di quelli giudiziario e

sostanzialmente nulla di diverso dal dire che esse tutelano interessi pubblici». Per questa tesi si v. anche V. ANGIOLINI, *Le «autorità» alla ricerca dell'«indipendenza»*, p. 8.

⁹² Corte cost., sent. n. 88 del 2009.

⁹³ Art. 11, co. 6, reg. 2003/01/CE.

⁹⁴ Corte giust., sent. 9 marzo 2010, C-518/07, *Commissione c. Germania*.

⁹⁵ Corte cost., sent. n. 150 del 1981.

legislativo)⁹⁶ e si risolve «nell'intero Governo, in nome dell'unità di indirizzo politico ed amministrativo proclamata dall'art. 95, primo comma, Cost.»⁹⁷

È per questa ragione che le specifiche funzioni amministrative dei singoli Ministri «non assumono rilievo costituzionale»⁹⁸ (con l'eccezione delle attribuzioni conferite al Ministro della giustizia dagli artt. 107 e 110 Cost.)⁹⁹ e che, per esempio, non sono legittimati i Prefetti.¹⁰⁰

Il carattere accentrato del potere esecutivo ha portato alcuni autori a ritenere preclusa una legittimazione autonoma delle Autorità indipendenti nei giudizi per conflitto, in cui le loro attribuzioni sarebbero affidate alla difesa del Presidente del Consiglio.¹⁰¹

⁹⁶ Si v., tra le altre, Corte cost., ord. n. 228 del 1975 e n. 221 del 2004, sentt. n. 231 del 1975, n. 49 del 1998, n. 69 del 2009.

⁹⁷ Corte cost., ord. n. 123 del 1979.

⁹⁸ Corte cost., ord. n. 123 del 1979. Si v. anche Corte cost., sentt. n. 302 del 1995, e n. 7 del 1996, che ricollega alla «logica del governo parlamentare» la circostanza che «l'individualità dei singoli ministri resti di norma assorbita nella collegialità dell'organo di cui essi fanno parte», con la conseguenza che «il contrasto che eventualmente insorga fra un potere dello Stato ed il singolo ministro si profila come conflitto che interessa e coinvolge l'intero Governo».

⁹⁹ Corte cost., ordd. n. 184 e n. 379 del 1992 (in questo caso, fu dichiarato inammissibile l'intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri «dal momento che le attribuzioni in contestazione sono esclusivamente affidate dalla Costituzione al Ministro della giustizia (art. 110 della Costituzione) sulla base di una ripartizione delle competenze che non può considerarsi alterata dal potere di sospensione degli atti ministeriali e di sottoposizione delle relative questioni al Consiglio dei Ministri»).

¹⁰⁰ Corte cost., ord. n. 38 del 1986.

¹⁰¹ A. CERRI, *Corso*, p. 405, il quale argomenta sia che le Autorità rientrano «nella sua sfera» e sono decentrate per decisione del legislatore ordinario, sia che «il potere non è a queste attribuito per Costituzione». Anche la Commissione per la modernizzazione delle istituzioni (c.d. Commissione Piga) nella Relazione presentata il 18 giugno 1985 sostenne che il Governo avesse quantomeno una responsabilità *in eligendo* per i componenti delle Autorità e una facoltà di rimozione in situazioni estreme. La tesi, tuttavia, non trova riscontro nel diritto positivo, che da un

Eppure, le Autorità indipendenti sono sottratte ai poteri d'impulso, indirizzo e coordinamento affidati al Presidente per mantenere l'unità d'indirizzo politico e amministrativo.

Esse sono configurate, quindi, come organi «competenti a dichiarare definitivamente» la volontà di quel potere esecutivo cui sono state ricondotte.

Vi sono diversi indizi che avvalorano questa ipotesi.

Nella giurisprudenza costituzionale, per esempio, si afferma che il potere esecutivo si presenta *di regola* come «costituzionalmente accentrato», senza che venga escluso in assoluto che, al suo interno, possano presentarsi elementi di diffusione.¹⁰²

Inoltre, la modifica delle norme integrative per i giudizi innanzi alla Corte, operata nel 2004, ha dato la possibilità d'intervenire nel giudizio per conflitto di attribuzione tra Enti alle autorità «diverse da quelle di Governo e da quelle dipendenti dal Governo».

Una formula che, come si è detto *supra*, VI.7, appare sufficientemente ampia da comprendere anche le Autorità indipendenti.

Soprattutto, Autorità come il Garante dei dati personali, la Banca d'Italia, l'Autorità garante della concorrenza, l'Autorità per l'energia e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sono

lato prevede alcune Autorità nominate senza l'intervento del Governo, dall'altro non prevede alcuna facoltà di rimozione (con le eccezioni di Banca d'Italia e CONSOB).

¹⁰² Corte cost., sent. n. 150 del 1981.

legittimate dal diritto dell'Unione, che trova «sicuro fondamento» nell'art. 11 Cost.,¹⁰³ come si è visto *supra*, II.3.

Sono i vincoli comunitari che hanno condotto ad approvare «normative statali derogatrici del quadro della normale distribuzione costituzionale delle competenze interne»¹⁰⁴ portando all'istituzione di Autorità sottratte ai poteri di direzione del Presidente del Consiglio.

A queste Autorità, quindi, occorre riconoscere, nell'ambito del potere esecutivo, una posizione distinta da quella del Governo che non può non manifestarsi anche nei giudizi per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

11. L'ambito oggettivo: le attribuzioni derivanti dal diritto dell'Unione e fondate sull'articolo 11 della Costituzione.

L'argomento che ha sorretto le pronunce d'inammissibilità della Corte consisteva nel fatto che le competenze del Garante per la radiodiffusione e dell'AGCOM erano «disciplinate dalla legge ordinaria» e non assumevano «uno specifico rilievo costituzionale», né erano «tali da giustificare» il riferimento a questi organi della competenza a dichiarare in via definitiva la volontà di uno dei poteri dello Stato.¹⁰⁵

¹⁰³ Corte cost., sent. n. 227 del 2010.

¹⁰⁴ Corte cost., sent. n. 126 del 1996. La questione concerneva l'istituzione, ritenuta lesiva da alcune Regioni ma legittimata dal diritto comunitario, di «un'unica autorità centrale» incaricata di svolgere determinate funzioni.

¹⁰⁵ Corte cost., ordd. n. 226 del 1995 e n. 137 del 2000. S. NICCOLAI, *Quando nasce un potere*, in "Giur. cost.", 1995, p. 1675, osserva come la formula scelta dalla Corte può essere intesa sia nel senso che le attribuzioni del Garante non hanno rilievo costituzionale *in quanto* sono fondate su legge ordinaria, sia in quello che esse derivano dalla legge ordinaria e mancano *anche* di rilievo costituzionale.

Tuttavia, il fatto che determinate competenze siano disciplinate dalla legge ordinaria non esclude di per sé il «tono costituzionale» del conflitto,¹⁰⁶ come ha messo in luce la dottrina, purché le attribuzioni in contestazione trovino un fondamento nella Costituzione.¹⁰⁷

Possono dunque essere invocate nel giudizio per conflitto anche norme che, pur non comprese nel testo costituzionale, svolgano una funzione attuativa o integrativa di norme costituzionali.¹⁰⁸

Su queste basi, alcuni hanno sostenuto che le Autorità possano essere legittimate a difendere in questo giudizio i poteri attribuiti loro dalla legge qualora questa «si saldi con un'esigenza

¹⁰⁶ La nozione di «tono costituzionale», elaborata da C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di potere e di conflitto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in "Giur. cost.", 1979, pp. 110 e ss., è utilizzata talvolta anche dalla giurisprudenza costituzionale (si v., per esempio, Corte cost., sent. n. 426 del 1999).

¹⁰⁷ F. SORRENTINO, *I conflitti*, p. 758; A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milano 1992, pp. 317 e ss., il quale distingue tra attribuzione, in quanto titolarità della funzione, che deve avere grado costituzionale, e competenza, che consiste nella disciplina dell'esercizio concreto dell'attribuzione, la quale potrebbe avere rango subcostituzionale. Si v. anche A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri*, in *Strumenti e tecniche dei giudizi della Corte costituzionale*, Milano 1988, pp. 162 e ss.; Addirittura, secondo R. BIN, *L'ultima fortezza: teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano 1996, pp. 29 e ss., sarebbe ammissibile anche la difesa di una competenza conferita dalla legge e non «agganciabile» alla Costituzione, se contesa da due soggetti che hanno sicuramente un ruolo garantito nella Costituzione stessa. Nello stesso senso S. VUOTO, *Le Autorità amministrative indipendenti*, che porta gli esempi del comitato promotore di referendum e dell'Ufficio centrale presso la Corte di cassazione, che non sono previsti dalla Costituzione ed esercitano funzioni disciplinate dalla legge ordinaria.

¹⁰⁸ V. CRISAFULLI, *Lezioni*, p. 413; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, p. 433.

o con un principio costituzionale, di cui costituisce la prima attuazione». ¹⁰⁹

La tesi, tuttavia, non sembra applicabile ai casi in cui le competenze di un'Autorità sono «liberamente modificabili e organizzabili sulla base di semplici scelte legislative», perché questa circostanza rappresenta un ostacolo insuperabile alla loro legittimazione. ¹¹⁰

L'obiezione trova riscontro nella giurisprudenza costituzionale, la quale, per esempio, ritiene che i rapporti fra giurisdizioni non costituiscano oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione, perché la determinazione dell'ampiezza di ciascuna giurisdizione appartiene alla discrezionalità del legislatore. ¹¹¹

Pertanto, occorre verificare se vi siano casi nei quali le leggi sui poteri delle Autorità non siano liberamente modificabili, ma risultino costituzionalmente vincolate.

In letteratura, si è sostenuto che il legislatore, chiamato al rispetto del principio di ragionevolezza, non sarebbe libero di abolire le Autorità indipendenti che siano state istituite per meglio garantire i diritti costituzionali, «a meno che non esistano motivi fondati e rilevanti». ¹¹²

¹⁰⁹ M. PASSARO, *Il Garante*, p. 1685.

¹¹⁰ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, p. 434. Ritiene, per esempio, che l'istituzione delle Autorità sia generalmente una libera scelta del legislatore ordinario V. ANGIOLINI, *Le «autorità» alla ricerca dell'«indipendenza»?», p. 8.*

¹¹¹ Corte cost., sent. n. 385 del 1996, che ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto da un giudice istruttore nei confronti della Corte dei conti in quanto appartiene alla discrezionalità del legislatore la definizione concreta della materia di contabilità pubblica, da attribuire alla giurisdizione di tale organo.

¹¹² M. MANETTI, *Il garante della par condicio*, p. 122, la quale cita l'esempio francese costituito dalle decc. n. 86-210 e n. 86-217 del *Conseil constitutionnel*, che hanno affermato che la

Le leggi sulle Autorità sarebbero dunque accostabili a quelle «costituzionalmente necessarie» che, in quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale, una volta venute ad esistenza non possono essere «puramente e semplicemente» abrogate.¹¹³

Tuttavia, il solo limite della ragionevolezza non impedisce di per sé al legislatore di trasferire le funzioni esercitate da un'Autorità ad altri organi e questo dovrebbe precluderle il giudizio per conflitto.

A una conclusione diversa, però, si può giungere per quanto riguarda le funzioni attribuite alle varie Autorità sulla base dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo (comunitario).

Le norme del diritto dell'Unione, infatti, trovano «sicuro fondamento» nell'art. 11 Cost. e dalla collocazione di questa disposizione tra i principi fondamentali derivano diverse «conseguenze» (sulle quali si veda anche *supra*, II.4).¹¹⁴

Una prima conseguenza è che le norme europee (comunitarie) integrano questo parametro, insieme a quello di cui all'art. 117, primo comma, Cost.,¹¹⁵ nei giudizi di costituzionalità delle leggi, tanto in via incidentale (quando sono prive di effetto diretto),¹¹⁶ quanto in via principale.¹¹⁷

libertà del legislatore di modificare o abrogare le leggi non può spingersi sino a privare delle garanzie legali le esigenze di carattere costituzionale esistenti nei settori interessati.

¹¹³ Sulle «leggi costituzionalmente necessarie» si v. Corte cost., sentt. n. 45 del 2005, nn. 42 e 49 del 2000 e n. 35 del 1997.

¹¹⁴ Corte cost., sent. n. 227 del 2010.

¹¹⁵ Corte cost., sent. n. 102 del 2008.

¹¹⁶ Corte cost., sent. n. 28 del 2010.

¹¹⁷ Corte cost., sentt. n. 94 del 1995, n. 129 del 2006.

Una seconda conseguenza è che le leggi attuative del diritto dell'Unione, come affermato dalla giurisprudenza in materia di ammissibilità dei *referendum* abrogativi, hanno un contenuto costituzionalmente vincolato.¹¹⁸

Una terza conseguenza è che tali norme sono invocabili (e applicate dalla Corte) nel giudizio per conflitto di attribuzione fra Enti, come avvenuto in quello promosso dalla Regione Siciliana e rigettato perché la scelta del legislatore statale di riservare determinati poteri di autorizzazione alla Banca d'Italia risultava giustificata dal recepimento di una direttiva (si veda *supra*, VI.7).¹¹⁹

Una quarta conseguenza è che un regolamento dell'Unione, che è «una fonte primaria direttamente applicabile nell'ordinamento interno», può fondare direttamente le competenze di un organo statale (si veda *supra*, III.2).¹²⁰

Una quinta conseguenza è che le norme europee (comunitarie) possono legittimare norme di attuazione derogatrici della «distribuzione costituzionale delle competenze interne», come ha affermato il giudice delle leggi nella sentenza sulla competenza conferita all'Autorità per l'energia di emanare direttive in materia d'impianti alimentati da fonti rinnovabili (si veda *supra*, III.2).¹²¹

¹¹⁸ Si v., tra le altre, Corte cost., sentt. n. 31, n. 41 e n. 45 del 2000.

¹¹⁹ Corte cost., sent. n. 102 del 1995. Si v. anche Corte cost., sentt. n. 426 del 1999, n. 425 del 1999 e n. 399 del 1987.

¹²⁰ Corte cost., sent. n. 461 del 1995, con riferimento ai poteri del CIPE, ma con argomenti estendibili anche ad altre amministrazioni.

¹²¹ Corte cost., sent. n. 88 del 2009.

Da questo quadro si evince che le leggi che, attribuendo competenze alle Autorità, danno attuazione al diritto dell'Unione sono tutt'altro che liberamente modificabili e, al contrario, assumono quello «specifico rilievo costituzionale» necessario per ammettere la legittimazione al giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato del Garante dei dati personali, della Banca d'Italia, dell'Autorità garante della concorrenza e delle Autorità di regolazione.

Spunti a sostegno della tesi in esame possono essere tratti da una recente ordinanza della Corte costituzionale.

I giudici di Palazzo della Consulta hanno dichiarato inammissibile il ricorso per conflitto di attribuzioni tra poteri sollevato da un giudice a seguito della decisione del Parlamento europeo, con la quale si raccomandava la difesa dell'immunità di un suo componente.¹²²

La motivazione non si è appuntata sull'argomento più «scontato», vale a dire la carenza di legittimazione soggettiva del Parlamento europeo, che non è un organo dello Stato,¹²³ ma ha seguito un diverso percorso.

Ha considerato, in primo luogo, che il Parlamento europeo rappresenta una «istituzione dell'Unione» e, in quanto tale, «agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite».

¹²² Corte cost., ord. n. 174 del 2010.

¹²³ Si v., tra le tante, Corte cost., ord. n. 1 del 2009, che ha escluso la legittimazione del rappresentante del comitato referendario ex art. 132, co. 2, Cost., perché estraneo all'Ente-Stato e perché privo di funzioni concorrenti con quelle proprie dei poteri dello Stato-apparato.

Ha poi constatato che la decisione di difesa delle immunità, la cui portata deve essere determinata «sulla scorta del diritto comunitario», è un atto privo di effetti vincolati.¹²⁴

Per queste ragioni, ha dichiarato inammissibile il ricorso nei confronti del Parlamento europeo.

La scelta della Corte di evitare l'argomento «facile» e preferire una motivazione così articolata induce a domandarsi se la conclusione sarebbe stata diversa qualora l'atto adottato dall'istituzione dell'Unione fosse stato vincolante.

La pronuncia, di per sé, non fornisce risposte, ma consente di trarre argomenti a sostegno della tesi qui sostenuta.

In ogni caso, se le norme europee (comunitarie), in forza dell'art. 11 Cost., su cui si fondano i rapporti tra queste e l'ordinamento interno, legittima l'attribuzione di funzioni alle Autorità indipendenti in deroga al «quadro della normale distribuzione costituzionale delle competenze interne», si deve logicamente ammettere che tali funzioni possano costituire materia del giudizio di attribuzioni tra poteri.

Il conflitto potrebbe anche essere ammesso contro atti legislativi volti a privare le Autorità dei poteri che il diritto dell'Unione richiede siano conferiti loro.

Com'è noto, il conflitto avverso gli atti legislativi, pur inammissibile in linea di principio,¹²⁵ è configurabile in via eccezionale quando l'usurpazione o la lesione di un'attribuzione

¹²⁴ L'ordinanza, sul punto, cita Corte giust., sent. 21 ottobre 2008, C-200/07 e C-201/07, *Marra e a.*

¹²⁵ Corte cost., sent. n. 406 del 1989.

determinate dalla legge non possano essere denunciate dall'organo interessato in un giudizio incidentale.¹²⁶

Un simile giudizio non è configurabile quando la legge sottrae (o non conferisce) a un'Autorità indipendente i poteri che debbono esserle attribuiti sulla base del diritto dell'Unione, con la conseguenza che l'unica sede in cui possa essere fatta valere la violazione degli artt. 11 e 117 Cost. è il giudizio per conflitto.

Per portare un esempio concreto, è nel processo costituzionale che l'AGCOM potrebbe sottoporre la lamentata violazione del «grave *vulnus* al riparto naturale di competenze fra Autorità ed Esecutivo» che sarebbe derivato dall'attribuzione al secondo della competenza al rilascio e alla vigilanza sui titoli autorizzatori nel settore delle comunicazioni, al fine di verificare se sussista il denunciato contrasto con la direttiva n. 2002/21/CE (che, in effetti, parrebbe attribuire quella competenza all'autorità indipendente di regolazione).¹²⁷

Sono queste alcune delle «conseguenze» che derivano, a giudizio di chi scrive, dal «sicuro fondamento» che i rapporti tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano trovano nell'articolo 11 della Costituzione.

¹²⁶ Corte cost., sentt. n. 457 del 1999, n. 221 del 2002, n. 284 del 2005, ord. n. 343 del 2003.

¹²⁷ Il problema è stato messo in luce diverse volte dall'AGCOM, a partire dall'approvazione della legge n. 66 del 2001, e da ultimo nel corso dell'Indagine conoscitiva deliberata nella XVI legislatura (audizione del 10 marzo 2010).

CONCLUSIONI

Diritto dell'Unione europea e ordinamento italiano, li si definisca come distinti¹ o addirittura come integrati,² sono ormai caratterizzati da una fitta rete di rapporti e d'influenze reciproche.

Il tema delle Autorità indipendenti, organi estranei alla tradizione giuridica italiana, ne rappresenta un terreno di studio privilegiato, tanto per quanto riguarda i rapporti tra le fonti, quanto per ciò che concerne la configurazione dei poteri dello Stato.

Si è visto come il diritto dell'Unione possa fondare – anche direttamente, mediante i regolamenti – l'attribuzione di competenze agli organi interni.

Tali competenze possono essere anche di natura regolamentare e possono essere assegnate anche in deroga al riparto costituzionale di competenze tra Stato e Regioni, accentrando determinate funzioni.

Le norme europee (comunitarie), inoltre, possono combinarsi con quelle interne nel costituire quel contesto di scelte normative sostanziali predeterminate che consente di ritenere soddisfatte le riserve di legge previste dalla Costituzione.

Infine, le antinomie tra diritto europeo (comunitario) e leggi nazionali vengono risolte mediante la non applicazione di queste ultime, o la dichiarazione della loro incostituzionalità.

¹ Corte cost., sentt. n. 125 del 2009, n. 168 del 1991, n. 170 del 1984 e n. 183 del 1973.

² Corte cost., sent. n. 102 del 2008.

Il quadro, qui appena tratteggiato, mostra quanto siano ampie ed evidenti le ricadute del processo d'integrazione europea sull'ordinamento italiano.

Tale processo influisce ormai anche sul sistema interno dei poteri, legittimando l'istituzione e le funzioni di gran parte delle Autorità indipendenti.

Si è detto come queste rientrino nell'ambito della pubblica amministrazione e, quindi, del potere esecutivo.

Una collocazione dalla quale discendono due conseguenze principali.

La prima consiste nel fatto che i loro provvedimenti e gli atti normativi debbono rispettare il principio di legalità e le riserve di legge previste dalla Costituzione (le quali, però, possono essere soddisfatte anche dalla normativa comunitaria).

Ne deriva che non è consentito al legislatore delegare ampi settori alla disciplina di questi organi, senza predisporre quantomeno i principi e i criteri direttivi della loro azione.

Per questo, si ritengono di dubbia costituzionalità diverse disposizioni di legge che conferiscono una simile delega alle Autorità.

Da questo punto di vista, desta serie perplessità la sostituzione dell'ISVAP, organo sul quale il Governo esercitava un certo potere direttivo, con l'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni private, totalmente sottratto a ogni controllo da parte dell'esecutivo e del Parlamento.

La seconda conseguenza consiste nella necessità che i provvedimenti delle Autorità indipendenti siano sottoposti al sindacato giurisdizionale.

L'esigenza è avvertita dallo stesso diritto dell'Unione ed emerge sia dalla normativa, sia dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (si veda, per esempio, la sentenza sui Garanti dei dati personali dei *Länder* tedeschi).

Il sindacato, tuttavia, deve tenere conto della natura delle Autorità indipendenti: il giudice non può esercitare un potere sostitutivo sui loro atti, ma solo valutarne la legittimità, pur potendo applicare gli stessi concetti tecnici adottati da queste.

Un controllo più intenso deve essere esercitato nel caso dei provvedimenti sanzionatori, che il giudice può modificare, come risulta dalla giurisprudenza interna e, soprattutto, dalla sentenza *Menarini Diagnostics s.r.l. contro Italia* della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La collocazione delle Autorità indipendenti nell'ambito della pubblica amministrazione, tuttavia, pone il problema di giustificare la loro sottrazione al potere del Presidente del Consiglio di mantenere l'unità d'indirizzo politico e amministrativo.

La legittimazione dell'indipendenza può essere rinvenuta, in alcuni casi, nella funzione di garanzia di diritti costituzionali svolta da questi organi e sottolineata dalla giurisprudenza costituzionale.

L'esempio più evidente è rappresentato dalle funzioni dell'AGCOM di assicurare il pluralismo e un'equa distribuzione degli spazi tra le forze politiche sui mezzi d'informazione.

Nella maggior parte dei casi, però, le Autorità trovano legittimazione nell'art. 11 Cost., nel quale i rapporti con l'ordinamento dell'Unione europea trovano «sicuro fondamento».

È il diritto dell'Unione che, prevalendo anche sulle norme costituzionali (con il solo limite dei principi inviolabili, i c.d. controlimiti), consente di derogare alla regola dell'art. 95 Cost., che vuole la pubblica amministrazione, pur dotata di autonomia nella gestione dei compiti a essa affidati, sottoposta ai poteri d'indirizzo e controllo del Governo.

Da questa legittimazione derivano alcune conseguenze sul piano della giustizia costituzionale, delle quali la più rilevante è rappresentata dalla possibilità che almeno alcune Autorità partecipino ai giudizi per conflitto di attribuzione fra poteri.

Come si è visto, le leggi interne che danno attuazione al diritto dell'Unione hanno un contenuto vincolato e conferiscono alle Autorità funzioni a cui non può non essere riconosciuto rilievo costituzionale e che, per questo, possono costituire materia del giudizio sui conflitti.

Un giudizio che può essere utilizzato, si badi, tanto dalle Autorità per difendere le loro competenze, quanto dagli altri organi costituzionali, per evitare che essi superino i propri limiti.

In un contesto simile, il giudizio per conflitto può confermare la sua natura di «sigillo del sistema»³ e la Corte il ruolo di guardiano al «confine» dei vari ordinamenti.⁴

Ciò che sembra emergere dalla ricerca, in conclusione, è che il diritto europeo (comunitario), legittimando le Autorità

³ E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, p. 242.

⁴ V. Onida, *Una nuova frontiera per la Corte costituzionale: istituzione «di confine» fra diritto nazionale e sovranazionale*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli 2006, pp. 533 e ss..

indipendenti, ha influito sul sistema interno dei poteri, inserendo degli elementi di diffusione nell'ambito del potere esecutivo.

Ciascuno può scegliere come reagire al processo d'integrazione europea, se con preoccupazione per la sovranità perduta o con fiducia per le nuove sfide che questo comporta.

La portata dirompente del diritto dell'Unione può assumere il volto «tecnocratico» e «neutrale» (nel senso di sottratto alla politica, come si è visto *supra*, I.1) delle Banche centrali, ma anche quello mite del Garante dei dati personali, «custode» di diritti fondamentali che hanno trovato il loro primo riconoscimento nel diritto «costituzionale» dell'Unione.

Probabilmente, l'atteggiamento più corretto è quello di un'attenta curiosità, la stessa che chi scrive prova nell'intravedere, dal punto di osservazione delle Autorità indipendenti, il vasto terreno delle ricadute del diritto europeo sulla forma di governo italiana.

Indice degli Autori.

- ABBAMONTE, G.: 132
ALPA, G.: 86
AMATO, G.: 7, 13, 39, 60, 80, 85, 103, 119, 204
AMOROSINO, S.: 86, 110
ANGIOLINI, V.: 5, 221, 226
ANZON, A.: 199
ALLEGRETTI, U.: 11, 57
ARGENTATI, M.: 178
BACHELET, V.: 131
BALBONI, E.: 2
BALDASSARRE, A.: 39
BALDUZZI, R.: 112
BANI, E.: 110
BARBERA, A.: 7, 13, 39, 80, 119
BARILE, P.: 54, 100
BARTOLE, S.: 13, 109
BASSANINI, F.: 208
BASSI, F.: 3, 18, 57, 71, 104, 105
BASSI, N.: 95, 104, 105, 106
BATTINI, S.: 55, 58
BELCREDI, M.: 176, 177, 179
BELLAMY, R.: 120
BENVENUTI, F.: 159
BERNARDI, A.: 120
BERTI, G.: 58
BIANCA, C.M.: 151
BIANCHI, P.: 199
BIFULCO, R.: 109, 176
BIGNAMI, M.: 208, 209
BILANCIA, P.: 72, 87, 97, 111, 134, 139
BIN, R.: 4, 57, 100, 109, 195, 225
BIONDI, F.: 12, 13
BLANDO, F.: 36
BOCCALATTE, S.: 124
BOGNETTI, G.: 1, 53
BONACCHI, G.: 7, 120
BRANCA, G.: 80
BREYER, S.: 110
BRIGHINA, A.: 215
BRUNELLI, G.: 129
BRUTI LIBERATI, E.: 131
BRUZZONE, G.: 169
BUSNELLI, F.D.: 151
CABIDDU, M.A.: 111, 218
CAIANIELLO, V.: 3, 80
CALAMANDREI, P.: 162
CALDIROLA, D.: 111
CAMBINI, C.: 110

CAMILLI, E.L.: 144, 161, 204
 CAPOLINO, O.: 18
 CARANTA, R.: 173, 175, 177, 178
 CARBONE, L.: 200
 CARDI, E.: 71
 CARETTI, P.: 87, 111, 199
 CARINGELLA, F.: 11, 13, 15, 59, 143, 161, 204
 CARLASSARE, L.: 12, 14, 56, 100, 103, 112, 113
 CARTABIA, M.: 4, 75, 176, 208
 CARUSO, M.P.: 98
 CASSESE, S.: 2, 3, 6, 16, 20, 37, 57, 62, 68, 79, 85, 86, 87, 88, 96, 103, 109, 110, 134, 162, 167, 169, 173, 175, 177, 179, 180, 206
 CATRICALÀ, A.: 37, 41
 CAVATORTO, S.: 3
 CELOTTO, A.: 109, 176
 CERIDONIO, G.: 111, 205
 CERRI, A.: 11, 14, 56, 86, 100, 102, 104, 114, 135, 197, 205, 215, 217, 220, 222
 CERULLI IRELLI, V.: 13, 14, 57, 58, 59, 77, 86, 87, 94, 102, 106, 111
 CHELI, E.: 4, 24, 54, 77, 94, 100
 CHIEPPA, R.: 1, 21, 38, 53, 57, 60, 62, 174
 CHIOVENDA, G.: 162
 CHITI, M.P.: 4, 114, 115
 CIARALLI, E.: 69
 CICI, L.: 87, 145
 CINTIOLI, F.: 93, 94, 114, 123, 124, 131, 133, 134, 136, 177, 180
 CIRILLO, G.P.: 1, 21, 38, 53, 57, 60, 62, 174
 CLARICH, M.: 3, 14, 16, 18, 20, 24, 37, 38, 49, 53, 63, 68, 70, 91, 92, 97, 110, 131, 135, 138, 139, 140, 143, 144, 158, 161, 164, 165, 166, 169, 176, 177, 195, 204
 CLARIZIA, R.: 37, 41
 COLACINO CINNANTE, L.: 102
 COLAVECCHIO, A.: 169
 CORASANITI, G.: 36, 215
 CORNELLA, S.: 124, 126
 CORSO, G.: 49, 53
 COSSU, L.: 46
 COTULA, F.: 18

CRISAFULLI, V.: 100, 101, 103,
 225
 CRISCUOLO, F.: 4, 131, 161,
 162, 204, 219
 CRUM, B.: 120
 CUNIBERTI, M.: 5, 85, 92, 129,
 134, 205, 220
 D'ALBERTI, M.: 2, 3, 13, 46, 70,
 80, 87, 110, 130, 144, 162, 167,
 174
 D'AMICO, M.: 36, 77, 191, 197
 D'AURIA, G.: 139
 D'ORLANDO, E.: 121
 DAL CANTO, F.: 209
 DE ANGELIS, M.: 176
 DE BENEDETTO, M.: 3, 46
 DE CECCO, M.: 18
 DE GRAZIA, D.: 87
 DE MINICO, G.: 77, 93, 98, 111,
 130, 136, 173, 180
 DE SIERVO, U.: 7, 86
 DI RAIMO, R.: 4, 85
 DELLEDONNE, G.: 121
 DENOZZA, F.: 178
 DICKMANN, R.: 121
 DONATI, F.: 62, 69
 FABBRINI, F.: 65, 123
 FALCE, V.: 173
 FALCON, G.: 57
 FALVELLA, L.: 98
 FARAGUNA, P.: 121
 FERRARI, E.: 3, 105, 106, 177,
 182
 FOÀ, S.: 4, 86, 93, 98, 99, 102,
 106
 FOIS, S.: 103, 104, 113, 136
 FOLLESDAL, A.: 120
 FRANCARIO, F.: 151, 178
 FRANCHINI, C.: 3, 4, 16, 57, 60,
 85, 86, 143, 162, 173
 FRATINI, M.: 131, 171, 172,
 174, 175, 188, 189
 FREGO LUPPI, S.A.: 18, 106,
 164
 FRENI, E.: 188
 GALANTI, E.: 18, 181
 GALGANO, F.: 98, 110
 GAMBARO, E.: 169
 GASPARRI, G.: 172, 174
 GEMMA, G.: 59
 GENNUSA, M.: 4
 GERADIN, D.: 182
 GHIDINI, G.: 173
 GIALLONGO, A.: 172, 174
 GIANNINI, M.S.: 6, 20, 59, 100,
 104, 159

GIOVANNINI, M.: 157, 170
 GITTI, G.: 110
 GIUSTI, M.: 110
 GOBBATO, S.: 187
 GRASSI, S.: 54, 199
 GRASSINI, F.: 3, 62
 GRASSO, G.: 2, 16, 20, 85, 97, 101, 215
 GRECO, G.: 4, 114, 115, 116
 GUARINO, G.: 3, 5, 45, 175
 GUASTINI, R.: 112
 HAMILTON, A.: 106
 HIX, S.: 120, 122
 JENNY, F.: 2
 KREPPEL, A.: 122
 LA SPINA, A.: 3, 18, 109, 110
 LABRIOLA, S.: 87, 101, 106
 LALLI, A.: 174, 180
 LANDI, N.: 169
 LAZZARA, P.: 101, 181
 LENAERTS, K.: 116
 LIBERATI, F.: 121
 LIBERTINI, M.: 110, 206
 LIPARI, N.: 111
 LOIODICE, A.: 215
 LONGO, F.: 3
 LONGOBARDI, N.: 98
 LUCIANI, M.: 7, 38, 120, 134, 136
 LUIISO, F.P.: 151
 MAJONE, G.: 18, 109, 110, 120
 MALFATTI, E.: 197, 199, 218, 220, 236
 MALINCONICO, C.: 86
 MANACORDA, P.M.: 98
 MANETTI, M.: 1, 3, 6, 12, 14, 27, 36, 38, 39, 45, 58, 60, 61, 79, 80, 85, 93, 106, 129, 130, 135, 143, 151, 162, 170, 205, 211, 214, 216, 226
 MARCENÒ, V.: 103, 197, 201, 220, 225, 226
 MARQUAND, D.: 120
 MARTINES, T.: 39, 55, 77
 MARZONA, N.: 2, 80, 86, 102, 104, 106, 139
 MASSERA, A.: 58, 80
 MASTROIANNI, R.: 209
 MATTARELLA, B.G.: 6, 18, 86, 180
 MELONCELLI, A.: 162
 MENTO, S.: 169
 MERUSI, F.: 3, 16, 18, 26, 57, 60, 62, 71, 94, 107, 110, 111, 114, 117, 118, 134, 178

MEZZACAPO, V.: 18
 MEZZANOTTE, C.: 225
 MICOSSI, S.: 38
 MIDENA, E.: 177
 MODAFERRI, F.: 175, 176
 MODUGNO, F.: 6
 MONTANARI, L.: 121
 MORAVCSIK, A.: 120
 MORBIDELLI, G.: 4, 86, 93, 106,
 108, 132, 175
 MORISI, M.: 86
 MORTATI, C.: 58
 MOSCA, V.: 50
 NAVA, G.: 50
 NAPOLITANO, G.: 87, 110, 177,
 206
 NICCOLAI, S.: 224
 NIGRO, M.: 58, 60, 86, 159
 NIRO, R.: 109, 112
 NOURY, A.: 122
 OGUS, A.: 110
 OLIVETTI, M.: 109
 ONIDA, V.: 119, 176, 191, 197,
 208, 236
 PACE, A.: 18, 61, 104, 225
 PACINI, M.: 167
 PAJNO, A.: 13, 46, 57, 70, 144,
 167, 174
 PANIZZA, S.: 197, 218, 220, 236
 PANZANI, L.: 177
 PASSARO, M.: 3, 16, 18, 20, 26,
 58, 60, 80, 114, 117, 118, 129,
 134, 178, 226
 PATERNITI, F.: 209
 PATRONI GRIFFI, F.: 85, 201,
 209
 PECORA, L.: 175, 176
 PELLIZZONE, I.: 121
 PEREZ, R.: 60, 85, 204
 PERICU, G.: 61
 PETIT, N.: 182
 PIGNATELLI, N.: 115, 200
 PINELLI, C.: 26, 195
 PINELLI, G.C.: 23, 26, 38, 68,
 80, 143
 PIPERNO, C.: 177
 PISANESCHI, A.: 225
 PITRUZZELLA, G.: 4, 57, 100
 PIZZORUSSO, A.: 4, 99, 108,
 134
 PLATANIA, L.: 200
 POLITI, F.: 86, 87, 98, 99, 130,
 135
 PREDIERI, A.: 3, 4, 129, 131,
 170, 204
 PROSPERETTI, I.: 110

PROSSER, T.: 110
 PUCCINI, G.: 17
 PUGIOTTO, A.: 129
 RAMAJOLI, M.: 3, 88, 105, 106,
 107, 159, 177, 182
 RANCI, P.: 87
 RANDAZZO, B.: 8, 77, 183, 192
 RANELETTI, O.: 131
 RANGONE, N.: 110, 162, 177
 RESCIGNO, G.U.: 86, 94
 RICCIUTO, V.: 4, 16, 85
 RIVOSECCHI, G.: 37
 ROMANO, A.: 103, 104
 ROMBOLI, R.: 57, 197, 201, 218,
 220, 236
 ROSSI, E.: 57, 209
 RUGGERI, A.: 197, 201, 209
 SAIJA, A.: 169
 SANDULLI, A.M.: 12, 86, 125
 SANTIOLI, S.: 105
 SATTA, S.: 11
 SCACCIA, G.: 180
 SCHLESINGER, P.: 112
 SCHMITT, C.: 12
 SCHWARZE, J.: 125
 SCIARABBA, V.: 176
 SCLAFANI, F.: 70, 87
 SCREPANTI, S.: 127, 180
 SICA, M.: 3, 105, 106, 177, 182
 SILVESTRI, G.: 6
 SIMONATI, A.: 125
 SIRIANNI, G.: 98
 SOLINAS, C.: 87
 SORRENTINO, F.: 112, 225
 SPADARO, A.: 197, 201
 STAMMATI, S.: 20, 218
 TESAURO, G.: 3, 74, 87, 110,
 130, 193
 TESSITORE, F.: 55
 TIBERI, G.: 208
 TIRIO, F.: 195
 TONIOLO, G.: 18
 TORCHIA, L.: 162
 TRAVI, A.: 181
 TRIMARCHI BANFI, F.: 3, 110
 URANIA GALETTA, D.: 125
 VALASTRO, A.: 98
 VALLETTI, T.: 110
 VAN NUFFEL, P.: 116
 VERDE, G.: 144
 VERONESI, P.: 129
 VESPERINI, G.: 87, 177
 VILLATA, R.: 171
 VIOLANTE, L.: 130, 204
 VIOLINI, L.: 121
 VOLPE, G.: 139, 164

VUOTO, S.: 201, 204, 225

WEBER, M.: 24, 55

WEILER, J.H.H.: 120

ZAGREBELSKY, G., 103, 197,

201, 220, 225, 226

ZANETTINI, L.: 48, 70, 87

ZANON, N.: 12, 13

ZENO-ZENCOVICH, V.: 49

*Si ringraziano
la Prof.ssa Barbara Randazzo
e il Prof. Valerio Onida.*