

**LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE
INDIPENDENTI
TRA GARANZIA E REGOLAZIONE**

a cura di

Alfredo Contieri Maria Immordino
Francesco Zammartino

Atti del Convegno

“Le Autorità amministrative indipendenti tra garanzia e regolazione”

Università degli Studi di Napoli “L’Orientale”

3 dicembre 2019

Editoriale Scientifica
Napoli

FRANCESCO ZAMMARTINO

RELAZIONE INTRODUTTIVA

I recenti provvedimenti come la sentenza della Corte Costituzionale n. 13 del 2019, con la quale si è sostenuto che le questioni di legittimità costituzionale sollevate dall’Autorità della concorrenza e del Mercato sono inammissibili per difetto di legittimazione del rimettente, e il decreto c.d. “Sblocca cantieri”, il quale, abrogando le linee guida n. 3 e 4 di Anac, dovrebbe far venir meno (e non a caso utilizzo il condizionale), come un effetto domino, il carattere vincolante di tutte le linee guida dell’Autorità nazionale anticorruzione, offrono indubbiamente nuovi spunti di riflessione riguardo all’acceso dibattito che ormai da anni coinvolge le Autorità amministrative indipendenti.

D’altra parte, sebbene siano oggetto di una vasta letteratura e di una consolidata giurisprudenza, amministrativa, costituzionale, siffatti organismi continuano a sollevare ancora molte incertezze riguardanti soprattutto ai connotati giuridici della categoria e derivanti, in primo luogo, dalla distonia evidente rispetto al tradizionale circuito della legittimazione democratica e dalla sua stessa sistemazione rispetto all’altrettanto tradizionale apparato dei poteri statuali.

È fin troppo noto che le Autorità indipendenti sono state mutate in Italia da altre realtà ordinamentali: si pensi, fra tutte, all’esperienza statunitense, che con le *Independent commissions* si affermò la prima forma di intervento pubblico su di un mercato completamente libero.

Al contrario, in Italia, la proliferazione di tali soggetti ha coinciso, come del resto nella maggior parte dei paesi europei, con la liberalizzazione dell’economia dall’intervento del pubblico. E non è certo una coincidenza che il legislatore italiano – specie in materia di servizi di pubblica utilità – a cavallo degli anni 80 e 90, avesse per lo più condizionato l’inizio della privatizzazione proprio alla creazione di Autorità di settore.

Contemporaneamente alla decisa riduzione dell’intervento dello Stato nell’economia, si azionò un processo di trasformazione delle strutture amministrative prima in aziende autonome, poi in enti pubblici ed enti pubblici economici, e infine, per evidenziare ancora più deciso il graduale sganciamento dall’amministrazione ministeriale, nella creazio-

ne delle Autorità amministrative indipendenti cui si è conferito, anche su decisivo impulso dell'ordinamento europeo, la funzione di "presidiare" taluni settori o mercati sensibili, affinché valori, quali la libertà di iniziativa economica privata, la tutela del risparmio, il pluralismo dell'informazione, la privacy, ecc. ..., fossero pienamente ed effettivamente tutelati.

Le Autorità amministrative indipendenti quantunque siano strutture organizzative, non sembra assolutamente facile attribuire ad esse una definizione omogenea. Invero, esse sono collegate dal fatto che svolgono varie funzioni, che vanno da quelle di impulso, anche indiretto, sull'attività degli organi di indirizzo politico, a quelle regolamentari e, naturalmente, a quelle provvedimentali, le quali si distinguono, a loro volta, in una pluralità di fattispecie.

Alla base di questa scelta si è rinvenuta, non senza suscitare critiche, la considerazione per cui, a materie particolarmente sensibili dotate di elevato grado di tecnicismo, la disciplina non poteva che essere attribuita appunto ad Autorità di settore. Di qui una certa "esaltazione" dell'indipendenza, il riconoscimento mediante delega di poteri indefiniti e la riluttanza nei confronti di stringenti forme di controllo che hanno indubbiamente ritardato l'assorbimento di siffatto modello nel tessuto ordinamentale.

Tali perplessità continuano poi a essere evidenziate proprio dalla continua attenzione che sia la dottrina che la giurisprudenza manifestano al tema, pur senza essere ancora riuscite a raggiungere un'unità d'intenti nemmeno nell'elencazione e classificazione di siffatte Autorità.

Si pensi, per esempio, all'Agcom che viene generalmente descritta quale un'Autorità amministrativa indipendente, in quanto opererebbe con autonomia e indipendenza in ossequio al principio di trasparenza, mentre non pochi confutano che la stessa accezione possa attribuirsi all'Anac, poiché si evidenzia che il suo apparato organizzativo di vertice è nominato in base a una scelta discrezionale del Governo e sembrerebbe, dunque, improbabile che esso possa realmente mantenersi indipendenti dal potere politico.

Alla luce di quanto accennato, appare chiaro che la necessità di ordinare in un quadro unitario modelli e politiche delle diverse *Authorities* sia oramai una circostanza di cui il legislatore non può più non considerare e ciò assume maggiore rilevanza soprattutto per l'attuazione di quelle istanze comunitarie che prevedono esplicitamente sempre più la soggezione di tali organismi a stringenti forme di controllo e di indirizzo.

Converrà, pertanto, provare a svolgere qualche breve riflessione su alcune di queste questioni che si sono presentate, o che si ripresentano, seppur con modalità e con intensità differenti, su cui maggiormente sembra concentrarsi l'odierno dibattito.

Prima fra tutte, il loro effettivo ruolo di *super partes*.

Si è in fondo unanime nel ritenere che la loro istituzione è stata indispensabile per dar vita a soggetti deputati a specifici comparti (economici, finanziari o relativi a servizi pubblici) relativamente ai quali attendere allo scopo di garantire il regolare svolgimento del “libero gioco economico”, impedendo l'instaurazione di situazioni di monopolio o di oligopolio o, comunque, consentendo di tutelare diritti costituzionalmente riconosciuti.

Essi, in pratica, sono stati naturalmente disposti al fine di accompagnare quel passaggio da un'economia “amministrata” (o diretta) a un'economia “regolata”, anche se, ad avviso dello scrivente, non sembra che abbiano ancora del tutto “preso coscienza” del fatto che la garanzia non può operare unicamente lungo un asse “verticale” (attinente, cioè, al rapporto Stato-imprenditori), ma vada, piuttosto, integrata – se non, forse, gradualmente sostituita – da una tutela avente una dimensione eminentemente “orizzontale” (rivolta, cioè, a disciplinare il rapporto delle imprese in concorrenza tra di loro e di queste con i consumatori).

Trattandosi di Autorità indipendenti esse, a dispetto del *nomen* talora loro attribuito di “Autorità di regolazione”, dovrebbero operare non già come soggetti deputati a dettare le regole, ma come organismi incaricati di vigilare imparzialmente sul rispetto delle regole da altri determinate, soprattutto in considerazione del fatto che il confine tra queste due funzioni, facile a tracciarsi in astratto, rischia di presentarsi assai più labile e sfumato nella prassi applicativa.

Va ribadito, infatti, che, laddove detto confine venisse valicato, oltre a verificarsi quell'incrinatura ai meccanismi di legittimazione democratica, si realizzerebbe – paradossalmente – per il tramite proprio di tali Autorità, un surrettizio ritorno a quel modello di economia amministrata, in alternativa al quale esse stesse paiono essere state istituite. Anche perché se il carattere *super partes* di queste figure istituzionali comincia a sfumare, ciò non depone a favore nemmeno del rafforzamento della loro condizione di “neutralità”, rispetto agli interessi in gioco.

A tal proposito, come anticipato, la stessa Corte costituzionale nella recente pronuncia n. 13 del 2019, con la quale ha rigettato l'istanza dell'Acgim che chiedeva di adire in via sostanzialmente diretta la Consulta, sembra lanciare un monito sul fatto che il termine “neutralità”

non debba poi tradursi solo in una mera formula ricognitiva dei principi di autonomia e di imparzialità.

Riflettendo è una sentenza che in fondo interessa tutte le altre amministrazioni perché la Suprema Corte dichiara che l'Agcm – al pari di tutte le altre amministrazioni indipendenti – non è e non può essere giudice, in quanto è portatrice di un interesse pubblico specifico – che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato – che non la pone in «posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale». Inoltre, la sua attività si sviluppa nell'ambito di un contraddittorio che non si differenzia – se non per la sua intensità – da quello procedimentale classico (che è partecipazione a vario titolo), e che resta di natura verticale, proprio perché il privato si confronta con un soggetto che, nell'irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità.

Neutralità “pura” che sembra ancora più diradata nell'Anac, ove il principio di imparzialità pare riacquistare la sua piena portata precettiva. Se si eccettua, infatti, la funzione “precontenziosa” dell'Autorità in materia di contratti pubblici e quella consultiva che si sostanzia nell'emissione di pareri non vincolanti, per il resto essa non sembra svolgere funzioni di natura propriamente arbitrale in posizione di terzietà rispetto agli interessi pubblici e privati in conflitto.

Si pensi alla nomina dei suoi organi di vertice, i quali, come è noto, sono scelti discrezionalmente dal Governo, e appare difficile che possano effettivamente mantenersi indipendenti dal potere politico.

Di ben più ampio impatto, è, invece, la questione relativa alla loro potestà normativa, progressivamente ed ingiustificatamente rafforzata e che riflette esattamente la eterogeneità che le caratterizza. Ci si interroga, di conseguenza, sulla necessità di attribuire loro un ampio ed eterogeneo potere normativo che, diramandosi in una vasta tipologia di atti, scuote alla radice non solo l'autorità della legge, ma anche di tutti gli atti fonte. Ciò si verifica soprattutto quando tali Autorità, regolando ambiti non disciplinati minimamente dalla legge, esercitano un potere regolamentare che, a questo punto, potremmo definire di tipo (quasi?) indipendente, dal momento che essi possono emanare norme subprimarie, dirette a completare una disciplina lasciata incompleta dalla legge.

Quanto detto porterebbe ad escludere che tra legge e atto normativo delle Autorità si instauri un rapporto di gerarchia o di sovraordinazione. Più appropriato sembra ragionare in termini di un rapporto di com-

petenza, nel senso se l'Autorità è competente e la legge la autorizza a farlo, sarà solo la prima a potere disciplinare compiutamente l'ambito specifico.

Ecco che quindi alle Autorità indipendenti non compete l'esercizio di poteri di esecuzione di atti normativi ordinari, bensì l'esercizio di poteri di disciplina autonomi, che vanno dall'auto-organizzazione, all'attuazione, all'esecuzione, alla integrazione di norme di grado primario, di disciplina di ambiti delegificati, di potestà regolamentare indipendente in quanto operante in ambiti non disciplinati da alcuna norma di grado legislativo.

Ma, anche se parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa sostengono da anni che il rispetto del principio di legalità relativamente al potere normativo delle Autorità possa essere garantito anche attraverso la limitazione della discrezionalità (non solo quindi mediante la *interpositio legislatoris*), attribuire una specifica collocazione nel sistema delle fonti ad atti normativi che nascono in maniera così diversa rispetto a quelli "tradizionali", non è affatto operazione semplice (si pensi a quegli atti di normazione secondaria adottati pur in assenza del disposto di legge per la regolamentazione della fattispecie, la cui legittimità per il Consiglio di Stato va ricercata nella cd. "teoria dei poteri impliciti").

Forte è il rischio, infatti, che i suindicati atti finiscano per conferire agli interessi in gioco una "concreta consistenza", di modo che la potestà normativa delle Autorità venga a profilarsi quale "polo normativo autosufficiente" in grado di portare a compimento un processo normativo indirizzato a concretizzare scelte politiche.

Tali considerazioni sono funzionali alla riaffermazione della critica di fondo che accompagna la vita delle Autorità amministrative indipendenti fin dalla loro apparizione e che parte dall'assunto che esse, in assenza di una legittimazione democratica ed in quanto estranee al circuito politico – rappresentativo, sono comunque chiamate ad assumere decisioni intrinsecamente politiche.

A tal riguardo, e in sostituzione della dialettica propria delle strutture rappresentative, per giustificare il ruolo ed i poteri di tali soggetti si è proposto il ricorso ad una tutela garantita in virtù del "procedimento partecipativo" quale strumento della partecipazione dei soggetti interessati. In sostanza, l'osservanza delle garanzie procedurali e del principio del contraddittorio è presupposta per tutte le categorie degli atti adottati dalle Autorità in esame, ma, con riguardo all'esercizio delle potestà normative, la partecipazione dei privati al relativo procedimento si

connota di significati quale, in particolare, l'assunzione di una "legittimazione democratica dal basso".

Tuttavia, se questi sono fenomeni di produzione normativa formale che sia la giurisprudenza amministrativa che costituzionale hanno ritenuto, in talune circostanze, in conformità con il sistema delle fonti complessivamente inteso, riconoscendo, in capo alle Autorità amministrative indipendenti, la titolarità di funzioni normative che «non possono più ritenersi di spettanza esclusivamente di soggetti dotati di rappresentatività», vuoi che si parli di regolamenti indipendenti o quasi indipendenti, vuoi che si parli di atti autorizzati o, infine, di regolamenti di delegificazione, di più difficile e complicato inquadramento sono, invece, gli atti di cd. *soft law* che le Autorità pongono in essere e che, nonostante la loro natura non vincolante, riescono a "scardinare" il sistema delle fonti come tradizionalmente inteso.

Si tratta di atti espressione di una regolazione cedevole e informale, insofferente a principi e regole che presiedono alla individuazione delle fonti, impropriamente definita di *soft law*. Essa, pur non essendo affatto contemplata nel novero delle fonti, può essere considerata "fonte di fatto", in quanto ha la capacità di imporsi nell'ordinamento non perché sia questo a prevederlo, ma perché promana da soggetti – quali, appunto, le Autorità amministrative indipendenti – che, per la sola loro autorevolezza, possono incidere, tramite essa, nel settore ad esse demandato.

In effetti, gli atti di *soft law* non si formano sulla base del procedimento disciplinato per le fonti ordinarie di tipo primario e secondario – di cosiddetta legalità sostanziale – garantito innanzitutto dall'elemento della democraticità che appartiene al soggetto istituzionale da cui promanano, ma seguono un procedimento proprio, che non sempre compensa l'assenza di legalità sostanziale attraverso strumenti di legalità procedurale, quali la partecipazione e la motivazione, necessari proprio per la natura e la nascita delle Autorità da cui promanano, ma che, nonostante ciò, sono riconosciuti e rispettati dai consociati a cui sono indirizzati.

Non esiste un'unica tipologia di atto di *soft law*; ogni Autorità si confronta con il settore di sua competenza attraverso lo strumento che sembra più efficiente a gestire le problematiche. Rientrano, comunque, in tale categoria i codici di autodisciplina, i codici di associazioni, le linee guida, gli standard operativi ed anche gli atti di segnalazione; tali atti sono tutti caratterizzati da un alto grado di informalità e di pervasività, di cui le Autorità indipendenti, sia per colmare una lacuna di un precedente atto vincolante, sia per scegliere un atto efficace al fine di

non ingessare le regole del mercato di riferimento, si avvalgono con sempre maggiore frequenza.

Inoltre, va evidenziato che tali atti non sono sottoposti né alla valutazione degli AIR, né all'obbligo di indicare preventivamente ai probabili destinatari le finalità e i possibili vantaggi che intendono raggiungere, né, tantomeno, sono previsti nei loro confronti criteri di valutazione successivamente alla decisione effettuata.

Si pensi alle comunicazioni interpretative, che sono atti a contenuto generale e talvolta astratti mediante cui alcune Autorità indipendenti, sulla base di quesiti posti ad esse, indicano l'interpretazione da dare alla legge regolatrice e l'esatta applicazione della stessa.

Siffatta categoria di atti nasce come conseguenza del fenomeno della "mercattizzazione" dello Stato e del diritto; d'altra parte, gli atti di *soft law*, apparentemente non vincolanti, intervengono nel mercato in maniera diretta ed immediata, in teoria solo per "indirizzare", in pratica, invece, per produrre vere e proprie regole di *hard law*, assolutamente vincolanti, perché difficilmente si sceglie di discostarsi da una comunicazione o da una linea guida, sapendo che essa proviene dalla massima Autorità che regola quel determinato e specifico settore.

La natura "particolare" di tali atti, che, proprio perché si formano "sul campo" e rappresentano la testimonianza più concreta dell'andamento del mercato, sono in grado perfino di indirizzare il Legislatore circa la opportunità/necessità di emanare nuove norme o di modificare quelle già esistenti, deve indurre a riflettere, ma, soprattutto, deve, a parere di chi scrive, mettere in uno stato di allerta, in quanto, per assolvere nella maniera migliore al loro ruolo di regolatori del mercato – le cui logiche sono prevalenti rispetto a qualsiasi altra – le Autorità sono soggetti che agiscono incontrastate nell'ambito del proprio settore di competenza.

Infatti, al di là della diversa natura che le caratterizza – essendo, alcune di esse, Autorità di regolazione ed altre, invece, Autorità di garanzia – ciò che le accomuna è che hanno tutte una funzione di "governo" relativamente al settore per il quale sono state istituite, e in ragione di ciò esercitano i poteri che sono ad esso più funzionali, e l'utilizzo degli atti di *moral suasion* – atti atipici aventi la capacità di modificare l'ordinamento normativo – consente loro non solo di intervenire nel mercato in maniera tempestiva ed immediata, ma, soprattutto di incidere su di esso in maniera non sempre esplicita, grazie all'opera di persuasione e all'autorevolezza di cui godono "primeggiando" nel proprio settore al fine di tutelare quegli interessi alla cui cura sono state preposte dal Legislatore.

C'è da dire, comunque, che il fatto che abbiano preso il sopravvento le logiche del mercato non vuol dire che la legge, e quindi la politica, abbiano perso il loro potere, necessitando lo stesso mercato di essere puntualmente disciplinato dalla legge; bensì indica, piuttosto, il profondo cambiamento intervenuto, che ha reso il mercato il luogo in cui nascono gli interessi prevalenti.

L'ultimo oggetto della nostra riflessione è la natura dell'interesse tutelato dalle *Authorities*, che si riflette sistematicamente non solo sui caratteri fondanti del fenomeno delle Autorità indipendenti in quanto tale, ma anche sui metodi del sindacato giurisdizionale esercitabili avverso i loro atti.

Poiché, infatti, in un assetto dei rapporti economici qual è quello che si è ormai delineato, pare difficile individuare sempre e con nettezza un interesse pubblico cui finalizzare l'attività degli organismi in parola, secondo i canoni che sono, invece, propri dei tradizionali meccanismi di garanzia, e poiché, altresì, l'attività delle Autorità amministrative indipendenti comporta l'attuazione di regole sia finalistiche che prudenziali, ma, soprattutto, di regole definite condizionali – tali, cioè, da contenere criteri di comportamento e di condotta rivolti ai soggetti privati – sembra non resti che accedere alla tesi di quanti, anni fa, concludono nel senso che «caratteristica peculiare di tali criteri è che essi non trovano fondamento nella garanzia o nella tutela di un interesse pubblico, ma piuttosto nella necessità ed opportunità di garantire e tutelare, reciprocamente, situazioni soggettive private: di qui ... la possibilità di configurare un interesse pubblico “riflesso” e mediato, affidato, appunto, alla cura delle Autorità indipendenti».

Da ciò si dovrebbe giungere a ritenere che le Autorità amministrative indipendenti, non amministrando nell'accezione tradizionale, ma svolgendo attività di controllo, di regolazione, nonché sanzionatoria, senza esercizio del potere discrezionale amministrativo e senza alcuna comparazione e selezione degli interessi in gioco, svolgerebbero una funzione non riconducibile a quella amministrativa tradizionalmente intesa, poiché non finalizzata alla concretizzazione di un interesse pubblico. Con la conseguenza, che l'attività svolta da queste assumerebbe una forma “ibrida”, che, rendendo arduo il compito di ascriverla a uno dei tradizionali ambiti di poteri, si rifletterebbe sul sindacato esercitabile sugli atti di regolazione e sanzionatori, sui connessi profili di giurisdizione e sull'ampiezza del sindacato in concreto esercitabile sugli atti delle *Authorities* che hanno finora presentato un assetto cangiante e non pare ancora aver raggiunto un assetto stabile.

Ora, se si accoglie del termine “garanzia” la concezione classica, secondo cui essa sta a indicare qualsiasi meccanismo disposto a presidio di specifici interessi contro l’eventualità di torti cui gli stessi siano esposti, è sin troppo facile rimarcare come qualunque incertezza in ordine all’esatta determinazione delle caratteristiche dell’interesse assunto in tutela non può non rifluire sulla stessa definizione delle garanzie.

Del resto, a parere dello scrivente, sembra che proprio il settore dei rapporti economici – molto più decisamente di tanti altri – abbia provato un evento di vero e proprio “collasso”, con il decisivo superamento dei due tradizionali trinomi: soggetto economico di diritto pubblico, regime giuridico pubblicistico, perseguimento dell’interesse pubblico, da un lato; operatore economico privato, regime giuridico civilistico, conseguimento di finalità private, dall’altro.

E ciascuno dei fattori poc’anzi enunciati, a dir il vero ormai da tempo, ha tralasciato la sua tradizionale classificazione per muoversi verso combinazioni, di volta in volta, differenti e destinate di lì prossimamente ad essere di nuovo superate; con un’accelerazione, di cui né la dottrina, né la giurisprudenza, né a maggior ragione il legislatore sembrano capaci di tenere il passo.

Se questo è vero, e se è vero altresì che una sedimentazione di detto processo – non direi definitiva, ma quanto meno ragionevolmente apprezzabile – non pare ipotizzabile nell’immediato, occorre probabilmente adattarsi all’idea di accompagnare il processo medesimo, sforzandosi di interpretarlo attraverso il metodo, per così dire, delle “aprossimazioni progressive”.

Anche qui, come si vede, un percorso prevedibilmente tutt’altro che agevole quanto alla sua realizzazione pratica. Per non dire che la tesi in parola porta con sé, pressoché naturalmente, la necessità di una generale riconsiderazione della nozione stessa di interesse pubblico; ciò costituisce un’impresa davvero titanica, ma temo, altresì, costituisca un dato di fatto con cui sia ben difficile evitare di confrontarsi.