



7 APRILE 2021

Questioni interpretative sui poteri  
normativi delle Autorità amministrative  
indipendenti

di Federica Laura Maggio

Specializzata presso la Scuola di Specializzazione in Diritto civile  
Università di Camerino



# Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti\*

di **Federica Laura Maggio**

Specializzata presso la Scuola di Specializzazione in Diritto civile  
Università di Camerino

**Abstract [It]:** Il presente saggio si propone di esaminare il tema dei poteri regolatori delle Autorità amministrative indipendenti. L'argomento è particolarmente suggestivo perché è in grado di mettere in crisi alcuni dei fondamenti costituzionali e dei valori principali del sistema ordinamentale italiano, tra cui il principio di legalità. Per rispondere ad alcuni dei quesiti sorti al riguardo, dottrina e giurisprudenza hanno proposto di adottare la teoria dei poteri impliciti, senza, tuttavia, aver ancora raggiunto dei traguardi definitivi certi.

**Abstract [En]:** The paper aims to examine the topic of Independent Authorities' regulatory powers. The topic is particularly interesting because it is able to undermine some of the foundations and fundamental values of the Italian legal system, including the rule of law. To answer some questions about, case-law and legal writings sometimes use the "implied powers doctrine", without, however, have yet reached certain defining goals.

**Parole chiave:** Autorità amministrative indipendenti, principio di legalità, poteri impliciti, regolazione, sistema costituzionale

**Keywords:** Independent Authorities, rule of law, implied powers doctrine, regulation, constitutional system

**Sommario:** 1. Brevi cenni sulla nozione di Autorità amministrative indipendenti. 2. Indipendenza 3. Questioni sulla natura giuridica e sulla copertura costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti. 4. Proposte di costituzionalizzazione delle Authorities. 5. Analisi di alcune norme che conferiscono poteri normativi. 6. L'intervento regolativo mediante tecniche di "moral suasion" e fonti di "soft law". 7. Natura giuridica degli atti di regolazione e gerarchia delle fonti. 8. Poteri normativi e principio di legalità. 8.1. Potere regolamentare e norma attributiva di potere. 8.2. La teoria dei poteri impliciti. I punti fermi della sentenza Consiglio di Stato n. 7972/2020. 8.3. Recupero della legalità per via procedimentale. 8.4. Riserva di legge. 9. Conclusioni.

*«Perché non si possa abusare del potere bisogna che [...] il potere arresti il potere.»  
(Montesquieu, L'esprit des lois, 1748, Libro XI, Cap. IV)*

## 1. Brevi cenni sulla nozione di Autorità amministrative indipendenti

Il tema delle Autorità amministrative indipendenti e dei loro poteri è oggi centrale negli studi di diritto pubblico. Trattasi di organismi mutuati da tradizioni giuridiche e realtà ordinamentali diverse da quella italiana, che, pur istituiti da tempo, a seguito della liberalizzazione dell'economia dall'intervento statale, specialmente nel settore dei servizi pubblici, sono odiernamente presenti in larga parte in alcuni dei più importanti settori economici del Paese. Tuttavia, nonostante l'incisività del fenomeno, manca ancora una normativa generale di disciplina delle Autorità e manca una loro costituzionalizzazione, circostanze che

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

fanno sì che dottrina e giurisprudenza si interrogino incessantemente su alcuni aspetti che le coinvolgono, in particolare quelli che riguardano la loro natura giuridica e il fondamento costituzionale, la posizione, nel sistema delle fonti, degli atti da esse emanati e quale sia l'origine e la legittimazione degli ampi poteri attribuiti, specialmente quelli regolatori.

Tutto ciò in quanto è evidente la distonia di alcune delle questioni che ruotano attorno alle Autorità indipendenti, rispetto al tradizionale operare del principio di legalità: ad esempio il rilevato deficit di legittimazione democratica e di responsabilità politica degli organi che le compongono; il mandato ad emanare atti di regolazione dai contorni non definiti, il potere normativo e i poteri di eteroconformazione degli atti di autonomia privata.

Se è vero che l'istituzione delle Autorità è stata determinata, in larga parte, dall'abdicazione dello Stato rispetto all'intervento diretto nell'economia, nonché da vincoli di origine comunitaria, possono essere individuate almeno altre due ragioni, tra loro collegate, per spiegare la fecondità con la quale poi il fenomeno è maturato.

In primo luogo può essere richiamata la tendenza che da molta parte della dottrina è identificata con la locuzione "crisi della legge"<sup>1</sup>, con la quale si intende la generale incapacità, da parte di fonti legislative, di predisporre un organico substrato normativo, che sia completo, puntuale, efficace ed allo stesso tempo dotato di elevato grado di certezza.

La crisi della legge è particolarmente sentita in quei settori di attività soggetti a una rapidissima e costante evoluzione pratica, si pensi ad esempio alle materie che hanno a che fare con l'evoluzione tecnologica, a quelle caratterizzate da progressi e novità scientifiche, o, ancora, dai settori di economia su larga scala o globale, sottoposti a continue rivoluzioni. In questi casi è indubbiamente necessario che il soggetto regolamentatore possa fornire norme in grado di seguire la velocità nel mutamento e la legge formale non è apparsa uno strumento idoneo, sia per la sostanziale lentezza dei processi normativi parlamentari, che esporrebbero la normativa al rischio di rapida obsolescenza, sia per il deficit di specifica e approfondita qualificazione tecnica che caratterizza l'apparato legislativo.

Si ritiene, al contrario, che l'elevato tasso di tecnicismo dei settori regolamentati, richieda che il soggetto normante sia dotato di competenze altamente specializzate.

A ciò si accompagna il bisogno di affidare la gestione di ambiti così sensibili, a soggetti indipendenti rispetto ai regolati (imprese) e al regolatore (Stato), dotati non tanto (o non solo) di imparzialità amministrativa, quanto piuttosto di vera e propria neutralità, indifferenza cioè rispetto agli interessi in gioco e rispetto alle logiche del condizionamento governativo.

---

<sup>1</sup> R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, Nel diritto editore, 2018, p. 328

Di qui il conferimento alle Autorità amministrative dell'indipendenza e l'affrancamento delle stesse da forme di controllo politico, con l'attribuzione, con delega, di poteri dai contorni incerti, afferenti a funzioni di regolazione, vigilanza e sanzionatorie, di cui meglio si dirà in seguito.

Ciò detto, è più agevole ora tentare di circoscrivere il significato di "Autorità amministrative indipendenti", sul cui stesso nome sono sorte nel tempo questioni interpretative di non scarsa rilevanza. Sono state definite come *"enti od organi pubblici dotati di sostanziale indipendenza dal governo, caratterizzati da autonomia organizzativa, finanziaria e contabile e dalla mancanza di controlli e di soggezione al potere di direttiva dell'esecutivo, forniti di garanzia di autonomia nella nomina, nei requisiti soggettivi e nella durata delle cariche dei vertici ed aventi funzione tutoria di interessi costituzionali in campi socialmente rilevanti."*<sup>2</sup>

Presentano senz'altro carattere di forte eccentricità rispetto alla tradizionale foggia delle amministrazioni pubbliche, essendo caratterizzate, in via di prima approssimazione, da: alto tasso di competenza tecnica, ciascuna nelle materie istituzionalmente assegnatele, neutralità rispetto agli interessi regolamentati, indipendenza dal potere politico governativo.

Eppure è d'uopo rimarcare che, pur nella somiglianza dei caratteri generali, il fenomeno delle autorità non si presenta con identici termini per ciascuno dei soggetti, essendo diverse sia natura e modalità pratiche di esercizio delle funzioni attribuite, sia il tasso di indipendenza garantito. Ecco perché la dottrina concorda nel rifiutare decisamente approcci volti alla semplificazione unificante e nega che le singole autorità possano essere ricondotte ad un unicum concettuale e giuridico, giacché una simile operazione significherebbe obliterarne le evidenti poliedricità.

L'eterogeneità citata rende *"impossibile indicare in modo puntuale caratteristiche comuni in senso assoluto a tutte le autorità indipendenti"*<sup>3</sup> eppure è stato avvertito il bisogno di evidenziare alcuni connotati che consentano di attribuire tale qualificazione alle Autorità pubbliche di volta in volta interessate. A soddisfare tale esigenza ha contribuito il Consiglio di Stato<sup>4</sup> che, nel chiarificare la natura della CIVIT, ha affermato che gli "indici rivelatori" dell'ascrivibilità di un organismo al modello organizzativo e funzionale delle autorità indipendenti sono costituiti: *"a) in primo luogo, dalla espressa qualificazione normativa, che precede nella definizione giuridica la stessa attività ermeneutica e di ricostruzione di sistema; b) dalla natura delle funzioni e dalla loro riferibilità alla tutela di valori, aventi in qualche misura rilevanza costituzionale, che la legge intende sottrarre alla responsabilità politica di governo e quindi di maggioranza; c) dalla mancanza di poteri di direttiva o di indirizzo in capo al Governo e conseguente assenza di un centro di imputazione politica dell'attività dell'organismo e quindi a quella che, in dottrina, è*

---

<sup>2</sup> G. AMATO, *Le autorità indipendenti nella costituzione economica*, in G. AMATO et al., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 16

<sup>3</sup> F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2012, p. 781

<sup>4</sup> Cons. Stato, parere n. 1081/2010 del 22/03/2010, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

stata definita la “frattura tra l’attività delle autorità e la responsabilità dell’indirizzo politico”; d) dall’autonomia organizzativa e di bilancio; e) dai requisiti richiesti ai componenti nonché dal sistema di nomina dei componenti e dalla disciplina delle incompatibilità; f) dal sistema dei rapporti interistituzionali e dalla posizione che l’organismo conserva nell’ambito del predetto sistema.”

## 2. Indipendenza

Una prima importante specialità delle autorità indipendenti rispetto a tutte le altre pubbliche amministrazioni, riguarda il profilo soggettivo. Differenze poi intercorrono anche tra le singole autorità che, come testè accennato, sfuggono a una classificazione unitaria.

Si è fatto accenno al fatto che l’indipendenza<sup>5</sup> sia una delle caratteristiche che maggiormente differenzia la categoria in parola da altri soggetti amministrativi. Trattasi di indipendenza funzionale, con caratteristiche e graduazione<sup>6</sup> diverse tra le singole Autorità, le quali per espressa disposizione legislativa, devono svolgere le funzioni affidate loro “in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione”<sup>7</sup>.

Esse godono inoltre di indipendenza dal punto di vista strutturale, assicurata da norme che prevedono le modalità di nomina dei componenti e la durata del loro mandato (che di regola non coincide con la durata della legislatura), i regimi di incompatibilità e che gli riconoscono autonomia dal punto di vista organizzativo, finanziario e contabile.

Già il nome “Autorità amministrativa indipendente” dovrebbe indurre l’interprete a considerare la scelta fatta a monte dal legislatore, nel collocare le Autorità all’interno di una concezione di amministrazione non “cavouriana” - nel senso di struttura facente capo al governo e dunque servente dell’istituzione governativa, ex art. 95 Cost. - bensì di un’*“amministrazione come apparato a sè, separato dal governo ed in genere dal potere politico: una sorta di pouvoir administratif non subordinato al potere politico, ma regolato direttamente dalla legge”*<sup>8</sup>. Tali sono infatti i soggetti di cui si discute, indipendenti, cioè dotati di *“separazione dal Governo”*<sup>9</sup>, nel senso che nei loro riguardi, essenzialmente l’esecutivo non dispone di poteri di indirizzo e controllo.

<sup>5</sup> M. DE BENEDETTO, *Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti*, in M. D’ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 173-194.

<sup>6</sup> S. STAMMATI, *Tre questioni in tema di «autorità amministrative indipendenti»*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, Cedam, 1999, p. 86.

<sup>7</sup> Così le leggi istitutive: dell’AGCM (art. 10, l. 287/1990); di AEEG, AGCOM e dell’Autorità di regolazione dei trasporti (art. 2, l. 481/1995); del Garante dei dati personali (art. 153, d.lgs. 196/2003). Similmente si dice che: 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 operano “con piena autonomia e indipendenza e non sono sottoposti alle direttive di altri soggetti pubblici o privati”.

<sup>8</sup> M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. tram. dir. e proc. civ.*, 1985, p. 162

<sup>9</sup> F. DURANTE, *La legittimazione dell’autorità indipendenti ad essere parte nei conflitti di attribuzione*, in [www.ambienteditto.it](http://www.ambienteditto.it)

L'opzione a favore del modello di amministrazione sganciato dai criteri di gerarchia e centralizzazione ed ispirato al principio di separazione dal potere politico, trova il suo referente normativo specialmente negli art. 97 e 98 della Carta Costituzionale.

La Pubblica amministrazione è però, proprio ivi, descritta come imparziale, ossia immune da influenze di parte e da ingerenze di interessi estranei alle sue funzioni e operante senza recare discriminazioni di sorta e non come “indipendente”<sup>10</sup>, in quanto non è del tutto escluso che, in ossequio alle regole del sistema democratico, la stessa possa essere conformata agli indirizzi generali lei attribuiti dagli organi a ciò competenti<sup>11</sup>.

L'indipendenza è, infatti, un aggettivo che la Costituzione attribuisce alla Magistratura (art. 104 e 108), al Consiglio di Stato, alla Corte dei conti (art. 100) e alla Corte costituzionale (art. 137), in quanto, facendo riferimento ad una situazione di assoluta indifferenza rispetto agli interessi coinvolti, di equidistanza rispetto alle parti, di impossibilità di condizionamento o interferenza dell'autorità di governo o di qualsiasi altro soggetto, lo riserva al Giudice che, nell'esercizio delle proprie funzioni, è soggetto soltanto alla legge. Ecco dunque che le Authorities, rispetto alle pubbliche amministrazioni in senso classico, risultano soggetti ibridi, di confine, che, pur mutuando alcune caratteristiche dal sistema tradizionale, ne possiedono altresì di divergenti, quale appunto è quella della indipendenza. Proprio tale attributo le rende responsabili della regolamentazione di interi settori di mercato e della composizione di contrasti tra confliggenti interessi, compiti svolti con neutralità e in base a criteri tecnici, oggettivi, grazie all'alta competenza posseduta.

### **3. Questioni sulla natura giuridica e sulla copertura costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti**

Innanzitutto ad essere messa in dubbio è stata la stessa natura giuridica delle Authorities, in larga parte determinata dall'osservazione delle attività svolte e delle funzioni esercitate<sup>12</sup>. Assodata la loro veste pubblicistica, l'interrogativo riguardo lo specifico plesso costituzionale cui ricondurle ha suscitato fervente dibattito, anche in considerazione del fatto che il fenomeno non trova alcun riferimento nel testo della carta fondamentale.

---

<sup>10</sup> Al riguardo, V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), ritiene che attribuire la qualità di “indipendente” alle Autorità, sia dal punto di vista costituzionale, impreciso ed atecnico.

<sup>11</sup> A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1993, p. 120.

<sup>12</sup> M. S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amministrazione civile*, 1957, n. 1, pp. 11-14, a p. 13 “Una delle regole fondamentali di scienza dell'amministrazione è che i singoli centri amministrativi di cui si compone un apparato abbiano ciascuno una funzione propria, ossia, dal punto di vista delle funzioni, che queste siano assegnate secondo unità di materia ciascuna ad un suo centro di imputazione.”

F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Agg. vol. VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 151 ss.; par. 16.

Date le innegabili diversità tra le singole Autorità e l'eterogeneità delle loro finalità e della loro disciplina, alcuni hanno ipotizzato che esse si risolvessero nell'introduzione di una sorta di regime derogatorio rispetto al tradizionale modello di amministrazione pubblica<sup>13</sup> e addirittura non è mancato chi le abbia classificate come “quarto potere”<sup>14</sup>. Ma, in particolare, ci si è domandati se le Authorities appartengano alla pubblica amministrazione o se piuttosto, specialmente in virtù delle pregnanti funzioni di soluzione delle controversie loro affidate, debbano essere ricondotte al potere giudiziario o ad un *tertium genus*, avente caratteri paragiurisdizionali.

Su tali interrogativi si sono pronunciati, con più sentenze negli anni, sancendo definitivamente la natura di pubblica amministrazione delle Autorità indipendenti, il Consiglio di Stato<sup>15</sup> e la Corte di Cassazione - che da ultimo, con sentenza n. 7341 del 20.05.2002<sup>16</sup>, ha affermato l'impossibilità di configurare una categoria ulteriore e mediana tra amministrazione e giurisdizione<sup>17</sup>, fondando la propria pronuncia sul divieto di istituire giudici speciali posto dall'art. 102 della Carta Costituzionale e sulla impossibilità per il provvedimento adottato dall'Autorità, al termine dell'istruttoria, di assumere forza di cosa giudicata. Recentemente poi la tematica è stata ripresa da un'importante sentenza della Corte Costituzionale<sup>18</sup> che, nel risolvere negativamente il quesito riguardante la legittimazione dell'AGCM a sollevare questioni di legittimità costituzionale, ne ha incidentalmente chiarito la natura. La Corte ha infatti affermato che “*Essa, ... al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale.*”

Da tale valutazione, dalla considerazione della tipologia di poteri attribuiti all'Autorità garante, pararegolatori e consultivi, nonché dall'ampio margine di discrezionalità amministrativa che connota istituti tipicamente utilizzati dall'AGCM, quali le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l'accettazione degli “impegni” e i cosiddetti programmi di clemenza, la Consulta ha fatto discendere l'impossibilità di riconoscere la qualità di giudice (e dunque la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale) all'Autorità rimettente, malgrado la nozione “elastica” di “giudice *a quo*” ormai accolta

<sup>13</sup> A. MASSERA, *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, 477.

<sup>14</sup> F. CRISCUOLO, *I poteri ispettivi e sanzionatori delle Autorità indipendenti fra conflitti di attribuzione e garanzie procedurali*, in R. DI RAIMO, V. RICCIUTO, *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, p. 360.

<sup>15</sup> Tra le tante: Cons. St., Sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652 su [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cons. St. Sez. I, 16 marzo 2011, n. 4478 su [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cons. St., Sez. VI, 28 novembre 2012, n. 6014 su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cass. Civ., Sez. Un., 6 aprile 2006, n. 7985, su [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass. Civ., Sez. III, 23 marzo 2011, n. 6681 su [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it).

<sup>16</sup> Cass. Civ., Sez. 20 maggio 2002, n. 7341.

<sup>17</sup> A. LALLI – Le Autorità indipendenti: controllo giurisdizionale e indipendenza. In <http://www.astrid-online.it/>

<sup>18</sup> Corte Cost., sentenza del 31 gennaio 2019, n. 13

della giurisprudenza, giacché condizione imprescindibile resta sempre l'essenziale requisito della terzietà, di cui l'AGCM risulta totalmente priva<sup>19</sup>.

Mutatis mutandis, la soluzione all'interrogativo allora non può che essere che le Autorità amministrative indipendenti appartengono al potere esecutivo, o, per meglio dire, hanno natura amministrativa<sup>20</sup>, considerata anche la puntuale attribuzione a tali soggetti, da parte della legge, del compito di perseguire pubblici interessi, di rango costituzionale, rappresentati, ad esempio, dalla tutela della concorrenza, dalla protezione degli utenti/consumatori, dalla protezione dei dati personali, dalla trasparenza e correttezza dei settori bancario, finanziario, assicurativo<sup>21</sup> ecc.

Tuttavia, anche una simile affermazione risente di incertezze e fa scaturire numerose perplessità, circostanza che si evince anche dalle due indagini parlamentari indette sull'argomento<sup>22</sup>, la prima nel 1999 e la seconda nel 2010. Negli atti di quest'ultima, la parte centrale è dedicata proprio a "La posizione delle Autorità indipendenti rispetto all'organizzazione dei poteri dello Stato e ai diversi livelli istituzionali".

Il primo interrogativo che sorge, riguarda la compatibilità astratta del modello delle autorità indipendenti con il paradigma di amministrazione desumibile dall'art. 95 Cost., a mente del quale "*I ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei Ministri, e individualmente degli atti dei loro dicasteri.*" Già si è fatto accenno al fatto che, con l'istituzione di autorità amministrative indipendenti, sembrerebbe che la scelta sia stata nel senso di preferire un modello più ispirato agli artt. 97 e 98 della Costituzione, rispetto al disegno proposto dall'art. 95.

Ciononostante, non sono mancate voci che hanno espresso preoccupazione per aver il legislatore demandato l'amministrazione di settori economici e sociali assai rilevanti per lo Stato, a soggetti pubblici, che sono totalmente svincolati dal controllo e dall'indirizzo del governo e, dunque, potenzialmente privi di legittimazione democratica<sup>23</sup>.

Proprio sul medesimo tenore di argomentazioni si basano peraltro i dubbi che da molta parte della dottrina sono nutriti riguardo la compatibilità costituzionale dell'attribuzione di poteri normativi alle autorità indipendenti, sottratte al circuito della responsabilità politica e al controllo del potere esecutivo, nonché prive, per questi motivi, di legittimazione democratica.

---

<sup>19</sup> M. CHIARELLI, *L'Autorità garante della concorrenza non è giudice: nota a Corte costituzionale 31 gennaio 2019, n. 13*, in *federalismi.it*, 14/2019; R. MANFRELLOTTI, *Lo statuto costituzionale del garante della concorrenza nella prospettiva dell'accesso alla Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2019

<sup>20</sup> R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 319.

<sup>21</sup> M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 410 ss.

<sup>22</sup> La Prima Commissione Permanente della Camera dei Deputati, (Commissione Affari Costituzionali) ha inaugurato il 19 gennaio 1999 la prima indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti, che si è chiusa il 4 aprile 2000. Successivamente, la medesima Commissione ha deliberato una nuova indagine, apertasi il 2 febbraio 2010 e terminata il 16 febbraio 2012.

<sup>23</sup> R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, Nel diritto editore, 2018, p. 352

#### 4. Proposte di costituzionalizzazione delle Authorities

Negli anni, viste le criticità rilevate, la dottrina ha auspicato la costituzionalizzazione delle Autorità indipendenti, al fine di agganciarne la stessa esistenza e la concreta attività, alla Carta Costituzionale<sup>24</sup>. In tal senso, nel 1997, è stato elaborato un tentativo di revisione della seconda parte della Costituzione<sup>25</sup>, dalla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali, rimasto, tuttavia, inattuato. Il progetto prevedeva l’inserimento di una sezione intitolata “Autorità di garanzia e organi ausiliari” nel Titolo V, il cui art. 109 prevedeva genericamente che “*per lo svolgimento di attività di garanzia o di vigilanza su determinate materie la legge può istituire Autorità*” e che “*Il Senato della Repubblica elegge a maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti i titolari delle autorità di garanzia e di vigilanza. La legge ne stabilisce la durata del mandato, i requisiti di eleggibilità e le condizioni di indipendenza nello svolgimento delle funzioni*”. La proposta prevedeva infine che le Autorità avrebbero dovuto riferire alle Camere sui risultati della loro attività.

L’intervento, seppur ormai accantonato, è interessante dal punto di vista dell’elaborazione teorica che lascia trasparire: il testo sembrava sottintendere la difficoltà di riconduzione delle Autorità nell’ambito della Pubblica amministrazione (ed infatti trovavano collocazione sistematica in una Sezione differente rispetto alla Prima, dedicata alle Pubbliche amministrazioni), da cui discendeva la necessità di disegnare per le stesse uno statuto peculiare.

Dopo il primo tentativo, sono stati poi elaborati, sia ad iniziativa governativa che di singoli parlamentari, vari disegni di legge-quadro, i quali, tuttavia, non hanno mai superato la soglia dell’esame parlamentare. Un secondo progetto di costituzionalizzazione delle Autorità, approvato nel 2005, era stato poi proposto nell’ambito della riforma della seconda parte della Costituzione. La nuova idea, all’art. 98-bis, prevedeva che “*per lo svolgimento di attività di garanzia o di vigilanza in materia di diritti di libertà garantiti dalla costituzione e su materie di competenza dello Stato, ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, la legge approvata ai sensi dell’art. 70, comma tre, può istituire apposite autorità indipendenti, stabilendone la durata del mandato, i requisiti di eleggibilità e le condizioni di indipendenza. Le autorità riferiscono alle camere i risultati delle attività svolte*”. Rispetto al precedente progetto, il testo del 2005 specificava che l’istituzione delle autorità fosse possibile solo mediante legge e nelle materie affidate alla competenza esclusiva dello Stato. Veniva meno la previsione della designazione

---

<sup>24</sup> Sul tema: E. CHELI, *L’innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it), Convegno organizzato da Nexus Roma, 27 Febbraio 2006; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e costituzione*, in *Riv. dir. Cost.*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 13 ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Politica del diritto*, 4/1997, Bologna, Il Mulino; S. STAMMATI, *Tre questioni in tema di “autorità amministrative indipendenti”*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, Cedam, 1999, p. 73 ss.; A. G. VITALE, *Autorità amministrative indipendenti e tentativi di riforma*, in *Amministrativ@mente*, 4/2009, in [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com).

<sup>25</sup> M. MANETTI, *Le proposte di riforma costituzionale, in materia di autorità indipendenti*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Sorrento 30 maggio 1997, Padova, 1999, p. 177.



dei componenti da parte del Senato e una nuova disposizione attribuiva al Capo dello Stato la nomina dei presidenti delle Autorità, sentiti i Presidenti delle due Camere.

Ulteriore novità, non meramente formale: il citato art. 98-bis era inserito nella sezione dedicata alla pubblica amministrazione, anziché, come nel progetto precedente, in una differente sezione.

Il progetto del 2005 è stato definitivamente bocciato dal corpo elettorale in sede di referendum confermativo.

Abbandonati dunque i propositi di costituzionalizzazione, il clamore sollevatosi attorno all'attenta riflessione dottrina, sembrava non aver lasciato tracce rilevanti. Recentemente invece il dibattito sulla questione sembra essersi riaperto e oscillare tra una ipotesi "minimalista", che vorrebbe giungere alla semplice previsione costituzionale della figura, demandando però a legge ordinaria il riordino e la revisione organica delle Autorità, e un'ipotesi "massimalista" che invece propende per la analitica indicazione costituzionale delle singole Autorità e la descrizione delle funzioni attribuite.

## **5. Analisi di alcune norme che conferiscono poteri normativi**

Alle Autorità amministrative, è attribuito il potere di emanare atti di tipo normativo, ovvero atti generali e astratti, innovativi dell'ordinamento, nell'ambito dell'attività di regolazione dei settori di competenza - connotati da alto tecnicismo - che assumono, di volta in volta, diverse denominazioni: provvedimento, delibera, decisione, regolamento ed altre.

Il disegno dei poteri normativi delle Authorities è proteiforme ed imponente; consta infatti di fonti nazionali e comunitarie che talvolta attribuiscono in modo esplicito e chiaro siffatti poteri, talaltra invece risultano essere più oscure o molto ampie, tanto da essere state descritte da alcuni come deleghe "in bianco".

Di seguito se ne analizzeranno alcune di rango nazionale.

La Consob e la Banca d'Italia sono le Autorità che regolano i settori finanziario e mobiliare - la prima; bancario - la seconda. La potestà normativa loro conferita è rinvenibile nell'art. 1 della l. 7 giugno 1974, n. 216, istitutiva della Consob e nell'art. 4, c. 1, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (T.U.B.), secondo cui *"la Banca d'Italia [...] emana regolamenti nei casi previsti dalla legge"*<sup>26</sup>.

Più nel dettaglio, la Banca d'Italia, nel settore creditizio, ex art. 146, c. 1., T.U.B., *"esercita la sorveglianza sul sistema dei pagamenti avendo riguardo al suo regolare funzionamento, alla sua affidabilità ed efficienza nonché alla tutela degli utenti di servizi di pagamento"* e, a tal fine, può (c.2, lett. b) *"emanare disposizioni di carattere generale"*

---

<sup>26</sup> L'art. 3, c.3, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.) dispone che *"I regolamenti e i provvedimenti di carattere generale della Banca d'Italia e della Consob sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale"*.

aventi a oggetto: 1) il contenimento dei rischi che possono inficiare il regolare funzionamento, l'affidabilità e l'efficienza del sistema dei pagamenti; 2) l'accesso dei prestatori di servizi di pagamento ai sistemi di scambio, di compensazione e di regolamento nonché alle infrastrutture strumentali tecnologiche o di rete; 3) il funzionamento, le caratteristiche e le modalità di prestazione dei servizi offerti; 4) gli assetti organizzativi e di controllo relativi alle attività svolte nel sistema dei pagamenti.”

Quanto al settore delle assicurazioni private, l'IVASS, Autorità che ha assunto oggi le funzioni originariamente attribuite all'ISVAP, in materia di attività di assicurazione “per l'esercizio delle funzioni di vigilanza sulla gestione tecnica, finanziaria e patrimoniale delle imprese di assicurazione e di riassicurazione e sulla trasparenza e sulla correttezza dei comportamenti delle imprese e degli intermediari di assicurazione e di riassicurazione, con particolare riferimento alla tutela degli assicurati, può adottare regolamenti o altre disposizioni di carattere generale per l'attuazione delle norme contenute nel presente codice e delle disposizioni direttamente applicabili dell'Unione europea, nonché regolamenti per l'attuazione delle raccomandazioni, linee guida e altre disposizioni emanate dalle Autorità di vigilanza europee” (Art. 191, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209). Ai compiti così delineati si affianca anche una potestà regolamentare su particolari materie.

È proprio in riferimento all'ISVAP (ora IVASS) che il Consiglio di Stato, nel rendere parere sullo schema di decreto legislativo relativo al Codice delle assicurazioni, ha fatto affermazioni di carattere generale sui poteri delle autorità indipendenti<sup>27</sup>, ritenendo che in capo alle stesse “siano configurabili funzioni normative”. Il supremo organo amministrativo ritiene infatti superata “la tradizionale impostazione negativa, secondo la quale l'attribuzione di poteri normativi risulta configurabile solo a fronte di soggetti dotati di rappresentatività”, tenendo conto della “sempre più vasta distribuzione di funzioni pubbliche fra una pluralità di soggetti, anche al di fuori dell'apparato governativo e ministeriale”.

La legge 14 novembre 1995, n. 481 costituisce senza dubbio la primigenia fonte, nonché la cornice normativa, delle Autorità di regolazione nei servizi di pubblica utilità. Ha direttamente istituito l'Autorità dell'Energia (oggi, a seguito di numerose modifiche, ARERA), cui hanno fatto seguito l'Autorità garante delle Comunicazioni e, successivamente, l'Autorità garante dei Trasporti.

I tre soggetti da ultimo citati sono quelli che maggiormente e meglio esemplificano, nelle loro competenze e funzioni, la notevole portata della potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti.

Il settore dell'energia è attualmente affidato ai compiti di vigilanza e regolamentazione dell'ARERA<sup>28</sup>, Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente, (precedentemente AEEG, Autorità per l'energia

<sup>27</sup> Cons. St., Sez. consult. atti normativi, 14 febbraio 2005, n. 11603 §§ 6.1, 6.2., 6.3 e 6.5), colloc. indicata in nota n. 59.

<sup>28</sup> Sulla regolamentazione del settore dell'energia: G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 2189 ss.; F. SCLAFANI, L. ZANETTINI, *L'autorità per l'energia elettrica e il gas*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

elettrica e il gas) la quale ha ampliato le proprie competenze dapprima al settore del gas e poi anche a quelli dei rifiuti e dei servizi idrici, a seguito del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito nella l. 22 dicembre 2011, n. 214.

Al fine di favorire lo sviluppo di mercati concorrenziali e la tutela dei consumatori, nonché l'efficienza e la qualità dei servizi, l'art. 2, c. 12, lett. e), f), h) della l. n. 481/95, assegna all'Autorità le funzioni, rispettivamente: di stabilire e aggiornare le tariffe dei servizi erogati dalle imprese nei settori di competenza<sup>29</sup>; di emanare direttive per la separazione contabile e amministrativa e, soprattutto, quelle concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi. Inoltre, ai sensi del c. 23 dello stesso articolo, l'Autorità disciplina, con proprio regolamento, audizioni periodiche delle associazioni di consumatori e utenti, associazioni ambientaliste, sindacali, delle imprese e dei lavoratori.

L'Autorità, ai sensi dell'art. 3, co. 3, del d. lgs. 16 marzo 1999, n. 79 *“fissa le condizioni atte a garantire a tutti gli utenti della rete la libertà di accesso a parità di condizioni, l'imparzialità e la neutralità del servizio di trasmissione e dispacciamento”* e, secondo l'art. 5, c. 1, *“prevede [...] i compiti del gestore del mercato in ordine al bilanciamento della domanda e dell'offerta e gli obblighi di produttori e importatori di energia elettrica”*.

Poteri tutto sommato analoghi sono attribuiti all'Autorità di regolazione dei trasporti<sup>30</sup>, in particolare relativamente alle condizioni di accesso alle infrastrutture, da garantire nel rispetto del principio di non discriminazione (*essential facility*) e alla determinazione delle tariffe e della qualità dei servizi<sup>31</sup>.

A garanzia del settore delle comunicazioni e radiotelevisivo, è istituita l'AGCOM (Autorità garante delle comunicazioni), alla quale sono conferite incisive potestà normative da più fonti. Innanzitutto dalla già citata l. 481/95, il cui art. 2, co. 12, elenca le funzioni affidate alle autorità per i servizi di pubblica utilità e specifica che *“Tenuto conto del quadro complessivo del sistema delle comunicazioni, all'Autorità per le telecomunicazioni potranno essere attribuite competenze su altri aspetti di tale sistema.”* E infatti, la disciplina della materia è dettata da una molteplicità di testi normativi, circostanza che deve essere considerata anche tenendo conto della delicatezza dei contenuti considerati, posto che nel settore, alla necessità di regolazione dell'aspetto economico-concorrenziale si affianca la tutela della libertà di comunicazione e di manifestazione del pensiero.

---

<sup>29</sup> Sulla natura normativa di questi atti si consideri TAR Lombardia (Milano), Sezione IV, 5 giugno 2006 n. 1298, su [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>30</sup> Art. 37, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, in l. 22 dicembre 2011, n. 214.

<sup>31</sup> C. CARUSO, *L'autorità di regolazione dei trasporti nell'ordinamento amministrativo e costituzionale*, in F. ROVERSI MONACO, G. CAIA (a cura di), *Il trasporto pubblico locale*, Vol. II., Napoli, Editoriale scientifica, 2018; L. TORCHIA, *L'Autorità dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti*, 2013, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); G. MELE, *Il perimetro regolatorio dell'autorità dei trasporti: prime considerazioni e verifiche*, in *Riv. it. antitrust*, 2/2014.

La legge 31 luglio 1997, n. 249, istitutiva dell'Agcom, prevede che essa: elabora i piani di assegnazione delle frequenze<sup>32</sup>, 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<sup>33</sup>; 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<sup>34</sup>; in materia di pubblicità emana i regolamenti attuativi delle disposizioni di legge e regola l'interazione organizzata tra il fornitore del prodotto o servizio o il gestore di rete e l'utente<sup>35</sup>; garantisce l'applicazione delle disposizioni vigenti sulla propaganda, sulla pubblicità e sull'informazione politica nonché l'osservanza delle norme in materia di equità di trattamento e di parità di accesso nelle pubblicazioni e nella trasmissione di informazioni e di propaganda elettorale ed emana le norme di attuazione<sup>36</sup>; garantisce l'applicazione delle norme legislative sull'accesso ai mezzi e alle infrastrutture di comunicazione, anche attraverso la predisposizione di specifici regolamenti<sup>37</sup>.

Con l'entrata in vigore del Codice delle comunicazioni elettroniche, d.lgs 1 agosto 2003, n. 259 e del Testo unico della radiotelevisione, d.lgs 31 luglio 2005, n. 177, all'Autorità sono stati attribuiti, altresì, i compiti di: individuazione dei mercati rilevanti e degli operatori in essi dominanti<sup>38</sup>; emanazione di atti sui livelli generali di qualità dei servizi<sup>39</sup>; fissazione degli obiettivi qualitativi per le imprese assoggettate a obblighi di servizio universale e imposizione alle stesse di obblighi di pubblicazione riguardanti informazioni comparabili sulla qualità dei servizi offerti<sup>40</sup>; emanazione di disposizioni regolamentari necessarie per il rispetto del diritto d'autore<sup>41</sup>.

Profili più problematici presenta l'analisi dei poteri normativi dell'ANAC<sup>42</sup>, sia per la peculiarità degli stessi, sia per le vicende legislative altalenanti che li hanno visti protagonisti.

---

<sup>32</sup> Art. 1, co. 6, lett. a), n. 2. Per il settore radiotelevisivo, medesime funzioni sono attribuite all'AGCOM dall'art. 42 del d.lgs. 177/2005.

<sup>33</sup> Art. 1, co. 6, lett. a), n. 7.

<sup>34</sup> Art. 1, co. 6, lett. a), n. 8.

<sup>35</sup> Art. 1, co. 6, lett. b), n. 5.

<sup>36</sup> Art. 1, co. 6, lett. b), n. 9.

<sup>37</sup> Art. 1, co. 6, lett. c), n. 2.

<sup>38</sup> D.lgs 259/2003, artt. 17-19.

<sup>39</sup> D.lgs 259/2003, art. 61.

<sup>40</sup> D.lgs 259/2003, art. 72.

<sup>41</sup> D.lgs 177/2005, art. 32-bis.

<sup>42</sup> R. GRECO, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, 2016 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); C. CONTESSA, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo codice dei contratti*, in *Il Libro dell'Anno del diritto*, Istituto della Enciclopedia italiana, 2017.

Con l'emanazione del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs 18 Aprile 2016, n. 50), nel rinunciare all'emanazione di un regolamento attuativo, il legislatore ne aveva previsto la sostituzione delle funzioni, con strumenti più agili e flessibili, le “linee guida”, la cui predisposizione è demandata proprio all'ANAC. Il codice degli appalti, nella sua versione originaria, affidava alla fonte *de qua* la normazione di aspetti di massima rilevanza, tra cui, la disciplina di maggiore dettaglio sui requisiti e i compiti specifici del RUP<sup>43</sup>; il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti<sup>44</sup>; i mezzi di prova adeguati alla dimostrazione della sussistenza di alcune cause soggettive di esclusione dalle gare<sup>45</sup>; la puntualizzazione delle modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure relative ai contratti sotto-soglia, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici.<sup>46</sup>

L'art. 213 riporta una disposizione di chiusura che, al secondo comma, nella previgente formulazione, elencava i poteri di regolazione attribuiti all'Autorità: *“L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. [...] L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice”*.

L'ampiezza di tale previsione aveva indotto i commentatori a interrogarsi circa il suo rapporto con le singole norme attributive di poteri normativi, ma la conclusione cui si era giunti era nel senso di escludere<sup>47</sup> che l'art. 213 avesse attribuito un potere regolamentare atipico e generico, ma piuttosto che esso trattasse della cosiddetta regolamentazione leggera o “*soft law*”.

Di non semplice soluzione è stato percepito, tuttavia, nel tempo, l'inquadramento delle “linee guida” ANAC nel sistema delle fonti. Il Consiglio di Stato<sup>48</sup> aveva ritenuto che le stesse potessero essere suddivise in tre tipologie: 1. decreti ministeriali contenenti le linee guida adottate su proposta dell'ANAC, aventi natura di veri e propri regolamenti, ex art. 17, l. n. 400 del 1988; 2. linee guida “vincolanti”, non

<sup>43</sup> D.lgs 50/2016, art. 31, c.5.

<sup>44</sup> D.lgs 50/2016, art. 38, c. 6 e 7.

<sup>45</sup> D.lgs 50/2016, art. 80, c. 13.

<sup>46</sup> D.lgs 50/2016, art. 36, c.7.

<sup>47</sup> M. BALLORIANI, *Il nuovo ruolo dell'Anac*, in *Il nuovo Codice degli appalti – Italia Oggi*, 2016, p. 45.

<sup>48</sup> Cons. Stato, Comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855 su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

regolamenti, bensì atti di regolazione, sottoposti ad alcune garanzie procedurali; 3. linee guida non vincolanti, con valore di indirizzo a fini di orientamento dei comportamenti di stazioni appaltanti e operatori economici.

Da ultimo però, il d.l. 18 aprile 2019, n. 32, detto “Sblocca-cantieri”, convertito in l. 14 giugno 2019, n. 55, ha modificato in parte l’assetto degli atti dell’ANAC e ha, in particolare, inciso sull’efficacia delle linee guida, prevedendo che le stesse rimarranno in vigore, solo fino all’emanazione di un Regolamento<sup>49</sup>, che avrà lo scopo di unificare tutte le disposizioni attualmente presenti. A decorrere dalla sua entrata in vigore, le linee guida di cui al citato art. 213, c. 2, vertenti sulle materie rientranti nel focus del nuovo regolamento, cesseranno di avere efficacia. Il sistema sembra dunque evolvere verso la fine delle linee guida vincolanti dell’ANAC (nessuna questione di normatività si pone per le linee guida non vincolanti, che peraltro non sono sfiorate dagli effetti del decreto “Sblocca-cantieri” e che, pertanto, rimarranno inalterate).

Nelle more dell’emanazione del Regolamento - la cui adozione tarda ad arrivare, nonostante la previsione del termine di 180 giorni dal decreto “Sblocca-cantieri” per la sua entrata in vigore - è stato predisposto un regime transitorio che prevede la validità delle linee guida già esistenti, senza però la possibilità per l’ANAC di apportarvi modifiche o di emanarne di nuove, salvo che le linee guida preesistenti non siano state oggetto di procedura d’infrazione da parte della Commissione europea.

Altre Autorità amministrative hanno potestà normative più limitate o semplicemente afferenti a settori più circoscritti, ma che concretamente possono rivelarsi di notevole influenza.

Per tutte, il Garante dei dati personali, pur muovendosi in un ambito assai specifico, quello della tutela della privacy, è dotato di poteri che, tagliando trasversalmente l’area di incidenza di svariate materie, infine ricadono su molti aspetti<sup>50</sup>. L’Autorità in parola è chiamata ad assicurare la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali degli individui, dando idonea attuazione al GDPR e al Codice privacy<sup>51</sup>. A tal fine, tra i suoi compiti, inizialmente individuati dal d.lgs 30 giugno 2003, n. 196 e poi ampliati dall’entrata in vigore del GDPR (regolamento europeo n. 2016/679- Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati), ricade quello adottare linee guida di indirizzo riguardanti le misure organizzative e tecniche di attuazione dei principi del Regolamento, anche per singoli settori<sup>52</sup>; approvare le regole deontologiche<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> D.lgs 50/2016, art. 216, c. 27-*octies*

<sup>50</sup> G. DI COSIMO, *Sul ricorso alle linee guida da parte del garante per la privacy*, Osservatoriosullefonti.it, 1/2016.

<sup>51</sup> Art. 154, c. 1, lett. f), d.lgs 196/2003.

<sup>52</sup> Art. 154-bis, c.1, lett. a)

<sup>53</sup> Art. 154-bis, c.1, lett. b)

Si ritiene, invece, che l’Autorità garante della concorrenza e del mercato non disponga di poteri normativi<sup>54</sup>.

Per concludere sulle illustrate disposizioni attributive di poteri normativi alle autorità indipendenti, occorre precisare che alcuni di essi discendono direttamente da veri e propri obblighi posti dal diritto dell’Unione europea che, non solo talvolta impone agli Stati membri l’istituzione di Autorità indipendenti in determinati settori, ma richiede altresì che le stesse siano dotate di potestà normative. Si fa riferimento, ad esempio, alla Direttiva 2009/72/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica, che all’art. 37, c. 6, lett. a), statuisce che “*Le autorità di regolamentazione hanno il compito di fissare o approvare, [...] le metodologie usate per calcolare o stabilire le condizioni per [...] la connessione e l’accesso alle reti nazionali, comprese le tariffe di trasmissione e distribuzione o le relative metodologie.*”; o, ancora, alla Direttiva 2002/22/CE (modificata dalla dir. 2009/140/CE), che all’art. 22, c. 1 e 2, prescrive: “*1. Gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione, [...] possano prescrivere alle imprese fornitrici di reti e/o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico di pubblicare, a uso degli utenti finali, informazioni comparabili, adeguate ed aggiornate sulla qualità dei servizi offerti e sulle misure adottate per assicurare un accesso equivalente per gli utenti finali disabili. [...] 2. Le autorità nazionali di regolamentazione possono precisare, tra l’altro, i parametri di qualità del servizio da misurare [...]*”.

Da quanto fin qui esposto, si evince con chiarezza che, pur essendo quasi tutte le Autorità dotate, in virtù di disposizioni nazionali o sovranazionali, di poteri normativi assai incisivi, per ciascuna di esse muta la disciplina concreta e anche la nomenclatura non è omogenea.

In alcuni casi infatti è la stessa disposizione attributiva a prevedere esplicitamente la natura regolamentare degli atti vincolanti, in altri invece le locuzioni sono più ampie o vaghe, facendosi riferimento a “atti”, “disposizioni”, “linee guida”. Ma anche nel caso in cui la norma attributiva di potere citi espressamente i regolamenti, talvolta (invero raramente), la legge è particolarmente precisa nel definire oggetto, modalità, limiti e criteri che l’atto dovrà rispettare, si pensi ad esempio a quanto previsto dall’art. 15, c. 5, del TUF<sup>55</sup>; più spesso, invece, le attribuzioni sono assai generiche e si limitano a tratteggiare la sfera di influenza degli atti delle Autorità aventi efficacia vincolante *erga omnes*, indicandone per sommi capi gli obbiettivi o gli

---

<sup>54</sup> M. CLARICH, G. CORSO, V. ZENO ZENCOVICH, *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, Nexus, 2006, p. 17, in [www.luiss.it](http://www.luiss.it)

<sup>55</sup> D.lgs 24 febbraio 1998 n. 58, art. 15, c. 5:

“*La Banca d’Italia, determina con regolamento:*

*a) i criteri di calcolo dei diritti di voto rilevanti ai fini dell’applicazione delle soglie previste al comma 1, ivi inclusi i casi in cui i diritti di voto non sono computati ai fini dell’applicazione del medesimo comma, nonché i criteri per l’individuazione dei casi di influenza notevole;*

*b) i soggetti tenuti ad effettuare le comunicazioni quando i diritti derivanti dalle partecipazioni spettano o sono attribuiti a un soggetto diverso dal titolare delle partecipazioni stesse, nonché quando esistono accordi concernenti l’esercizio del diritto di voto;*

*c) le procedure ed i termini per l’effettuazione delle comunicazioni, nonché per condurre la valutazione prevista al comma 2.”*

interessi da tutelare, si pensi a disposizioni come quella del Codice delle assicurazioni<sup>56</sup>, secondo cui “L’IVASS adotta ogni regolamento necessario per la sana e prudente gestione delle imprese o per la trasparenza e la correttezza dei comportamenti dei soggetti vigilati”.

La genericità che in taluni casi caratterizza le norme attributive di poteri normativi alle Autorità amministrative ha suscitato dubbi di costituzionalità e di compatibilità di tali previsioni con il sistema ordinamentale nel suo complesso, e ha incentivato il desiderio di ordinare i detti poteri in categorie unificanti e di individuarne i principi giustificatori.

## 6. L’intervento regolativo mediante tecniche di “*moral suasion*” e fonti di “*soft law*”

Per dovere di completezza, bisogna considerare che l’intervento normativo delle Autorità indipendenti non si spiega soltanto mediante moduli autoritativi e cogenti anzi, spesso si esprime attraverso una regolamentazione “morbida” e forme di persuasione e pressione sui privati (nella specie, imprese) fondate più sull’autorevolezza del soggetto che dalla forza impositiva dell’atto in sé, ma idonee a realizzare in ogni caso effetti conformativi di non scarso rilievo.

Le vesti che gli atti di cui si discorre possono assumere sono molteplici<sup>57</sup>: può trattarsi di atti resi dalle Autorità indipendenti nell’esercizio di funzioni tipicamente amministrative o in occasione di attività di *adjudication* o di *advocacy* (interventi di segnalazione e consultivi) insomma, tutti atti dal valore esortativo, che, pur rappresentando indicazioni informali, assumono il ruolo di veri e propri moniti per i destinatari. La dottrina ha coniato in proposito la locuzione “*soft law*”<sup>58</sup>, per la quale non esiste allo stato una definizione precisa e stabilmente condivisa, ma che indica un insieme disomogeneo di atti e fatti normativi (raccomandazioni, dichiarazioni, pareri, comunicazioni, orientamenti, codici di condotta, lettere al mercato, circolari, linee guida ecc.), “*caratterizzati dalla flessibilità delle procedure e dalla vaghezza dell’orizzonte giustificativo*”<sup>59</sup>. Si tratta più nel dettaglio di fonti atipiche del diritto, in quanto atti non vincolanti, perché sforniti di effetti formali e mancanti di sanzionabilità, eppure sostanzialmente vincolanti, perché considerati tali dai consociati che vi si adeguano<sup>60</sup>.

Gli atti di “*moral suasion*” spiegano la loro influenza su più fronti: possiedono la capacità di imporsi agli operatori del settore, cioè alle imprese o a singoli professionisti, per correggere eventuali squilibri nella

<sup>56</sup> D.lgs 209/2005, art. 5, c. 2.

<sup>57</sup> Per una compiuta disamina degli atti di “*moral suasion*”: A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, in *federalismi.it*, 2017,

<sup>58</sup> E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008; R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 31 e ss.

<sup>59</sup> A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *costituzionalismo.it*, 3/2016.

<sup>60</sup> M. E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Giappichelli, Torino, 2018, p. XVII.

contrattazione e nel mercato, ma soprattutto esprimono una capacità correttiva dell'ordinamento, mediante indicazione al potere politico di alcune "leggi di mercato" e possono orientare le scelte legislative, soprattutto in presenza di vere e proprie lacune normative e quindi, in definitiva, possono influenzare l'indirizzo giuridico-politico in maniera più o meno diretta<sup>61</sup>.

Ha chiarito il Consiglio di Stato<sup>62</sup> che *"l'origine della soft law è nella comunità degli affari - cosmopolita e in perenne movimento, bisognosa di regole transnazionali che siano dotate al tempo stesso di flessibilità ed effettività, sovente originate dalle stesse pratiche commerciali che intendono regolare - e le fonti da cui promana (gli usi normativi, i codici di condotta, l'interpretazione e clausole generali, i principi, la lex mercatoria, la regolamentazione delle associazioni di categoria, etc.) sono accomunate dal carattere essenzialmente non vincolante delle regole che con essi vengono poste, trovando fondamento nell'effetto pratico che le relative disposizioni producono sui destinatari."*

Insomma, *soft law* significa diritto non (letteralmente) vincolante, ma non privo di conseguenze, perlomeno sul piano fattuale. Si tenga conto che, proprio per la caratteristica di non vincolatività (e dunque non giustiziabilità), la dottrina ha manifestato un sentimento di viva preoccupazione<sup>63</sup> nel constatare che il ricorso alle tecniche di *soft law* potrebbe determinare un abbassamento delle garanzie attivabili, specialmente del sindacato giurisdizionale rispetto a tali atti, con un sostanziale *vulnus* ai principi dello Stato di diritto<sup>64</sup>.

## 7. Natura giuridica degli atti di regolazione e gerarchia delle fonti

Fuori dai casi di *"moral suasion"* appena citati, una delle questioni centrali nel dibattito scientifico, e non a fini meramente speculativi ma per ricavarne delle ricadute pratico-applicative, è quella che concerne l'esatta natura giuridica degli atti in questione, oggi pacificamente considerati regolamenti, che interseca quella più generale relativa all'ammissibilità di poteri normativi secondari atipici.

Si tratta infatti di atti ai quali, se fosse recepita la qualificazione normativa, potrebbe essere applicato il relativo regime in termini di: vigenza dei principi *"jura novit curia"*<sup>65</sup> e *"ignorantia legis non excusat"*; operatività dei principi sull'interpretazione ex art. 12 disp. prel. cod. civ. e possibilità di ricorso in Cassazione (art. 360, c.p.c.) in caso di erronea applicazione degli stessi da parte del giudice. Tali atti potrebbero essere

---

<sup>61</sup> Ad esempio, nel 2019, il Garante per la protezione dei dati personali ha inviato a Parlamento e al Governo una "segnalazione multipla" (le sei lettere che la compongono sono disponibili all'indirizzo [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it)) affinché venisse posta l'opportuna attenzione sui rischi per la privacy dei cittadini derivanti da alcune norme contenute nel cd. "Decreto del Fare" e nel Disegno di legge sulle semplificazioni.

<sup>62</sup> Cons. St., Comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1920, *cit.*

<sup>63</sup> M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 2015*, Napoli, 2016, p. 246.

<sup>64</sup> P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. Amm.*, 2/2018, p. 337 e ss.

<sup>65</sup> Art. 10 disp. prel. cod. civ.

disapplicati in sede giurisdizionale, qualora il giudice accertasse il contrasto del loro contenuto con norme di legge; la loro violazione, poi, da parte di successivi atti amministrativi, sarebbe causa di illegittimità di questi ultimi, per «violazione di legge» (art. 21-octies, l. n. 241/90).

Sul punto si sono scontrate diverse teorie e periodicamente riaffiora il dubbio sulla possibilità di qualificare con sicurezza gli atti delle autorità indipendenti<sup>66</sup>.

Secondo alcuni, si sarebbe in presenza di atti amministrativi generali, secondo altri si tratterebbe di veri e propri atti normativi, regolamenti<sup>67</sup> (secondo alcuni, pacificamente, regolamenti indipendenti<sup>68</sup>), fondati sulle leggi istitutive delle Autorità, ma atipici, ovvero non emanati dallo Stato o dagli enti del governo territoriale.

La seconda tesi è quella che ha raccolto maggiori consensi ed è fondata, attesa la mancanza di una riserva di regolamento in Costituzione, sull'assunto che ritiene che, a differenza di quanto accade per le fonti di livello primario, che costituiscono un sistema chiuso, quelle secondarie siano modellabili dalla legislazione ordinaria<sup>69</sup>. Insomma, “*nell’ambito della normazione secondaria vige nel nostro sistema il principio della atipicità degli atti normativi, categoria aperta ad una serie di specie e di modelli stabiliti dalla legge*”<sup>70</sup> tra i quali sarebbero ricompresi anche gli atti normativi delle Autorità indipendenti.

A tale prospettazione sembra avere aderito anche il Consiglio di Stato che ha ritenuto ammissibile la configurabilità di atti normativi atipici, con ciò intendendo la diversità dal modello ex art. 17 della l. 400 del 1988, beninteso, però, che ciò non significa “*che esso possa prescindere da una copertura legislativa che ne definisce procedura di formazione e contenuti.*”<sup>71</sup>

Non è del tutto chiaro se l'inquadramento come “atti normativi atipici” significhi ritenerli atti normativi secondari diversi dai regolamenti (sempre che si ritenga ammissibile una simile categoria) oppure atti seppur regolamentari, diversi da quelli prefigurati dalla l. n. 400 del 1988<sup>72</sup>.

---

<sup>66</sup> A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle autorità garanti?* in AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, Giuffrè, 1997; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, p. 111 ss. e p. 177 ss.; 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, Jovene, 2009, p. 191-222.

<sup>67</sup> Si veda: CARLASSARE L. VERONESI P., voce *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, V agg.to, Milano, Giuffrè, 2001, p. 951-984.

<sup>68</sup> F. DE LEONARDIS, *op. cit.*, p. 719; F. MERUSI, M. PASSARO, *op. cit.*

<sup>69</sup> R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 392 ss.

<sup>70</sup> V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI E A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 75 ss

<sup>71</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 2016, n. 5036 su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>72</sup> V. LOPILATO, *op. cit.*, p. 86-87

Certo è che la stessa nozione di regolamento<sup>73</sup> ha subito modifiche nel tempo e si è adattata per ricomprendere anche atti particolari, perché parzialmente difformi rispetto ai caratteri tipici dell'istituto, originariamente individuati e disciplinati con la legge da ultimo citata<sup>74</sup>.

Ciò che non è mutato è che nel sistema delle fonti i regolamenti sono collocati nel piano delle norme secondarie, come si desume dagli articoli 117 e 118 Cost. nonché dell'art. 4 delle disposizioni sulla legge in generale. È dunque la fonte primaria a conferire la funzione regolamentare e a predeterminare condizioni e presupposti idonei a guidarne l'esercizio, posta la loro natura di fonti secondarie e subordinate.

Il regolamento viene classicamente definito, in maniera ampia, come atto formalmente amministrativo e sostanzialmente normativo, ma il termine non indica odiernamente una categoria omogenea, bensì una pluralità di atti, differenti dalla legge, adottati da pubbliche amministrazioni ma contenenti norme giuridiche generali e astratte.

Considerata l'eterogeneità che caratterizza la potestà regolamentare, dottrina e giurisprudenza<sup>75</sup> hanno elaborato dei criteri di identificazione, di tipo formale e sostanziale, per "individuare" l'atto regolamentare. Tuttavia, tra i tanti, il criterio maggiormente utilizzato è quello della generalità, relativo cioè alla capacità dell'atto di imporre precetti validi *erga omnes*, ovvero che non permetta l'individuazione di soggetti "terzi". L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha infatti affermato che "l'atto amministrativo

---

<sup>73</sup> Su cui: L. CARLASSARE, voce *Regolamento (dir. cost.)*, in Enc. dir., p. 630

<sup>74</sup> R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale, legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 1/2017, p. 10.

<sup>75</sup> In maniera molto analitica, Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 2016, n. 5036, ha chiarito che: "Il criterio formale consiste nella qualificazione espressa dell'atto come avente natura normativa. La qualificazione può avvenire secondo una duplice e diversa modalità, potendo essa provenire dallo stesso ente che pone in essere il singolo atto ovvero dal legislatore nella fase di disciplina del contenuto dell'atto stesso. La prima modalità è imposta, per i regolamenti statali, con disposizione generale, dall'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400 del 1998 (*Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*), il quale prescrive che il regolamento statale deve recare l'espressa denominazione di «regolamento». [...] Queste prescrizioni formali e procedurali, essendo poste con una legge ordinaria, possono essere modificate da una legge successiva che potrebbe, pertanto, prevedere anche atti normativi "atipici" (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9, che sembra richiedere che la legge debba indicare espressamente la deroga eventuale al modello procedimentale disciplinato dall'art. 17 legge n. 400 del 1988). L'"atipicità", è bene puntualizzare, va intesa nel senso che può prevedersi un modello differente da quello prefigurato dall'art. 17 e non che esso possa prescindere da una copertura legislativa che ne definisca procedura di formazione e contenuti.

La seconda modalità di qualificazione è demandata alla scelta che di volta in volta effettua il legislatore, che potrebbe procedere ad una espressa indicazione della natura giuridica dell'atto disciplinato ed, eventualmente, delle modalità non solo sostanziali ma anche procedurali di formazione.

Il criterio sostanziale valorizza la natura intrinseca dell'atto che, per essere normativo, deve avere i seguenti caratteri: i) generalità, intesa quale indeterminabilità a priori e a posteriori dei soggetti ai quali l'atto si indirizza; ii) astrattezza, intesa quale indefinita ripetibilità ed applicabilità a fattispecie concrete; iii) innovatività, intesa quale capacità di concorrere a costituire o ad innovare l'ordinamento.

Nella definizione della relazione tra i due criteri esposti, deve rilevarsi come quello sostanziale rivesta una posizione di preminenza, [...] Nondimeno, il criterio formale assume rilevanza ai fini di interpretazione dei provvedimenti da qualificare e, in particolare, di quelli che presentano un contenuto di non semplice decifrabilità, contribuendo, così, ad individuare la stessa natura sostanziale dell'atto."

generale, rispetto a quello normativo, si caratterizza per la circostanza che i suoi destinatari sono indeterminabili a priori ma certamente determinabili a posteriori<sup>76</sup>.

Seguendo i criteri di individuazione di tipo sostanziale, è pertanto possibile che un atto, seppur non qualificato espressamente come regolamento, ne abbia invece la natura.

L'identificazione del concreto limite che demarca, tra gli atti delle varie Autorità indipendenti, quelli regolamentari e quelli amministrativi generali (privi di contenuto normativo), continua però a non essere semplice. Sia perché le stesse Autorità emanano sia l'una che l'altra tipologia di atti, sia perché i *nomina iuris* che le norme attributive di poteri conferiscono agli stessi sono numerosi e non coordinati, ma soprattutto perché postulare che alcuni dei loro atti siano atti normativi, nella specie dei regolamenti, è un'affermazione che mette in crisi il concetto tradizionale di "regolamento".

Vero è che, quanto ai soggetti deputati ad emanarli, già il Sandulli sosteneva che *"in un sistema così congegnato, i cui elementi sono diventati tanto intensamente bisognosi di disciplina – in buona parte tecnica – e vogliosi di autonomia, i centri di normazione sono venuti naturalmente a moltiplicarsi, diffondendosi perciò su vasta scala la portata normativa delle più diverse autorità amministrative"*<sup>77</sup> e che con la riforma del Titolo V della Costituzione si è assistito a una *"invasione del policentrismo nell'area dei poteri regolamentari"*<sup>78</sup>, rimarcato anche dal Consiglio di Stato<sup>79</sup>. Sta di fatto però che i regolamenti delle Autorità indipendenti rimangono atti normativi emanati da soggetti incardinati nella pubblica amministrazione, che però esercitano veri e propri poteri normativi, fatto che le avvicina più al potere legislativo che a quello esecutivo<sup>80</sup>.

Quanto alle modalità di formazione degli atti, anche queste si pongono in antitesi con lo schema tradizionale lungo cui si sviluppa il potere regolamentare governativo, poiché prevedono forme di partecipazione nel processo deliberativo, così come i provvedimenti e sono sottoposti a obbligo di motivazione, diversamente da quanto accade generalmente per gli atti normativi (art. 13, l. 241/1990).

Ancora, tracciare i limiti di esercizio della potestà regolamentare delle Authorities, solleva problematiche legate alla stessa legittimazione delle funzioni normative delle stesse (di cui si dirà in seguito), in quanto, ex art. 76 Cost. *"L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti"*, mentre sembrerebbe che le autorità possano produrre norme senza l'osservanza delle stesse regole.

<sup>76</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9.

<sup>77</sup> A. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1970, p. 51.

<sup>78</sup> F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2003.

<sup>79</sup> Cons. Stato, sez. consult. atti normativi, 14 febbraio 2005, n. 11603, parla di *"sempre più vasta distribuzione di funzioni pubbliche fra una pluralità di soggetti, anche al di fuori dell'apparato governativo e ministeriale"*

<sup>80</sup> F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2018, p. 728.

Queste considerazioni suggeriscono le evidenti disomogeneità tra il modello regolamentare in concreto utilizzato dalle Autorità e lo schema “classico” dei regolamenti governativi. I primi sembrano potersi raffrontare ai secondi solo quanto a portata normativa; per il resto le divergenze sono incolmabili: “*il potere regolamentare delle autorità amministrative indipendenti si presenta infatti come un potere normativo qualitativamente differente da quello regolamentare del governo*”<sup>81</sup>.

## 8. Poteri normativi e principio di legalità

A fronte di attribuzioni sì ampie e allo stesso tempo variegate, la prima e, forse, più importante criticità cui dottrina e giurisprudenza hanno dovuto dare risposta è il conflitto tra il significativo “spazio regolatorio” demandato alle Autorità e il principio di legalità.

Il principio di legalità<sup>82</sup> rappresenta uno dei tratti essenziali dello Stato di diritto ed esprime la necessità che a fondamento di ogni atto dei pubblici poteri sia posta una “legge”, locuzione da intendersi in senso ampio, ossia non riferito soltanto alla legge formale del Parlamento, ma a tutti gli atti aventi forza di legge e a quelli sovraordinati, come le fonti costituzionali e quelle europee.

Il principio non trova un referente costituzionale puntuale, tuttavia dottrina e giurisprudenza hanno fatto spesso riferimento all’art. 23 Cost. (“*Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base a una legge*”) per giustificare la sua vigenza nell’ordinamento italiano. È stato sovente considerato fondamento del principio di legalità anche l’art. 97 Cost. (“*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*”), che si ritiene contenga una riserva di legge non ascritta unicamente al profilo organizzativo, come sembrerebbe evincersi dal tenore letterale, bensì più ampiamente riferita a tutta l’attività amministrativa. Infine, la valenza costituzionale del principio di cui trattasi, viene ricondotta anche agli artt. 24 e 113 Cost., che consentono la giustiziabilità degli atti dell’amministrazione, attraverso il loro raffronto con la norma attributiva di potere.

Il principio di legalità si declina nelle due sfaccettature di legalità formale, o in senso debole, e della legalità sostanziale, o in senso forte, intendendosi, nella prima accezione, che la base giuridica degli atti dei pubblici poteri è costituita da una legge o da atti aventi forza di legge (decreto legge e decreto legislativo), nella seconda, invece, che la disciplina legale, si idonea a circoscrivere la discrezionalità dell’azione della pubblica amministrazione.

<sup>81</sup> R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 1/2017, p. 33-34.

<sup>82</sup> M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. del dir. (Annali VI)*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 371-435.

Ciò premesso, è del tutto evidente che, a fronte di affermazioni di principio, il concreto dispiegarsi della potestà regolatoria delle Autorità debba essere vagliato alla stregua del principio di legalità, considerando quale peso dare ai concetti di “legge” e di “regolamento” delle Autorità amministrative indipendenti, e quale rapporto debba intercorrere tra le due fonti perché il sistema possa considerarsi, nel complesso, costituzionalmente legittimo.

### 8.1. Potere regolamentare e norma attributiva di potere

Considerando come non revocabile in dubbio il fatto che le Autorità amministrative indipendenti (ma in assoluto tutti i soggetti pubblici) non possano adottare atti in contrasto con disposizioni di legge<sup>83</sup> (accezione debolissima del principio di legalità<sup>84</sup>), occorre definire meglio i caratteri della disposizione attributiva di potere normativo, perché la stessa possa considerarsi legittima.

Innanzitutto, si rileva una prima divergenza di opinioni tra coloro che ritengono necessaria la presenza di una disposizione di legge per fondare il potere regolamentare<sup>85</sup>, e una tesi più “estrema”<sup>86</sup> e minoritaria, che, invece, reputa non indispensabile l’interposizione di una fonte di rango primario per giustificare la potestà normativa delle Autorità, giacché la loro legittimazione potrebbe discendere direttamente dalle norme costituzionali che tutelano interessi fondamentali.

Aderendo alla prima impostazione, assolutamente prevalente, ci si deve ulteriormente chiedere se sia possibile che le Autorità esercitino poteri non attribuiti specificamente o, in subordine, se si possano almeno muovere all’interno di cornici normative non dotate di tassatività e determinatezza quanto ai criteri di esercizio del potere, ma che si limitino a indicare i principi generali della materia da regolamentare.

Se è sicuramente imprescindibile che l’attività complessiva dell’amministrazione sia aderente, per lo meno, a una soglia base del principio di legalità, costituito dalla predeterminazione delle sue finalità, poiché l’amministrazione pubblica non è mai libera nei fini, ma è asservita al perseguimento dell’interesse pubblico in concreto affidatole da norme di rango primario<sup>87</sup>, a destare dubbi è la necessità di norme regolative del potere, atte a predeterminare anche le modalità di azione amministrativa.

Sul punto, in generale, si è pronunciata più volte la Corte Costituzionale, sottolineando “*in più occasioni, l’imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale,*

<sup>83</sup> Sostiene Riccardo Guastini che “è invalido ogni atto dei pubblici poteri che non sia conforme alla legge”, in R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX, Utet, Torino, 1994, p. 84-97

<sup>84</sup> R. GAROFOLI, G. FERRARI, *op. cit.*, p. 572.

<sup>85</sup> S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, p. 659-703.

<sup>86</sup> A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 123-124.

<sup>87</sup> Cfr. art. 1 della l. n. 241/1990, ove si prevede che “(l)’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge”.

*posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente «l'assoluta indeterminazione» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa.»<sup>88</sup>*

Le interpretazioni relative all'ampiezza della discrezionalità dei pubblici poteri rispetto all'emanazione di atti aventi funzione regolatoria non sono state e tuttora non sono univoche, anche nella giurisprudenza amministrativa, e spesso intersecano la teoria dei poteri impliciti.

## **8.2. La teoria dei poteri impliciti. I punti fermi della sentenza Consiglio di Stato n. 7972/2020**

*Per potere implicito della pubblica amministrazione deve intendersi quello “non esplicitamente attribuito all'amministrazione dalla legge e tuttavia funzionale al perseguimento del fine pubblico che la fonte giuridica primaria indica quale scopo da perseguire nell'esercizio di poteri espressamente conferiti.”<sup>89</sup>*

La categoria trova per certi versi riconoscimento anche fuori dai confini nazionali, in particolare nell'art. 352 del TFUE, in cui si legge: “*Se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, [...], adotta le disposizioni appropriate.*”. Tuttavia, la c.d. “clausola di flessibilità” europea ha in comune con la teoria dei poteri impliciti “solo” la funzione di attenuare la rigidità del principio di attribuzione, mentre, a differenza della detta teoria, si riferisce alle ipotesi in cui i “poteri di azione”, che appaiono necessari, non siano neanche implicitamente desumibili dalle disposizioni dei trattati<sup>90</sup>.

Nell'ordinamento interno, la maggiore o minore portata del problema dell'ammissibilità di poteri impliciti è collegata all'interpretazione che si sceglie di seguire relativamente al principio di legalità dell'azione amministrativa (accezione forte o debole): i due concetti possono considerarsi inversamente proporzionali, giacché, come suggerito da attenta dottrina, “*più si ritiene che la legge debba regolare in modo puntuale i modi di estrinsecazione del potere amministrativo, più ricorrere a poteri non espressamente attribuiti da norme di legge diviene un comportamento censurabile perché chiaramente vietato*”<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 115.

<sup>89</sup> R. GAROFOLI, G. FERRARI, *op. cit.*, p. 574

<sup>90</sup> R. CALVANO, *I poteri impliciti comunitari. L'art. 308 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 103 ss.

<sup>91</sup> TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010, 19.

Tuttavia, se il fondamento normativo è il presupposto indefettibile per l'esercizio di poteri, compresi i poteri di regolamentazione, è chiaro come il mito illuminista della legge onniloquente e onnipresente, che tutto regola e disciplina, sia appunto tale, posta l'includibile impossibilità di tipizzare *ex ante* tutte le fattispecie concretamente verificabili.

Se così non si ragionasse, le norme attributive e regolatrici dei poteri sarebbero chiamate a prevedere e disciplinare nel dettaglio ogni singolo potere dell'amministrazione, frustrandone qualsivoglia facoltà di iniziativa e di scelta discrezionale e disegnando un'architettura del pubblico potere chiamato a dare piana esecuzione a fini totalmente vincolati, come un mero braccio esecutore del legislatore. In materia di regolazione da parte delle Autorità amministrative indipendenti, è imprescindibile, dunque, tentare di perimetrare quanto più esattamente possibile quale debba essere il tasso di determinatezza minimo della norma attributivo-regolativa dei poteri e, nella sua sfera di influenza, quale spazio possa essere riconosciuto ai poteri impliciti, affinché siano temperate esigenze di intervento regolatorio efficace, specie in settori connotati da alto tecnicismo, quali sono quelli consegnati alla competenza delle Authorities, e irrinunciabili quanto insopprimibili garanzie di legalità.

Nel cercare un compromesso tra i due opposti scenari limite - pieno arbitrio della P.A. con attribuzione di poteri ampi racchiusi solo da una cornice normativa di principi o sua paralisi totale nelle maglie strette dell'ipervincolatività delle norme attributive - il punto attorno al quale ruotano le maggiori difficoltà ermeneutiche è rappresentato dalla forte ambiguità delle vigenti disposizioni che individuano come oggetto di tutela delle Autorità una vasta gamma di interessi pubblici da perseguire, descritti in modo vago e talvolta potenzialmente configgenti tra loro, senza predeterminazione di strumenti di intervento e criteri tecnici da applicare.

Nel tentativo di delineare i confini dell'applicabilità della teoria dei poteri impliciti alla funzione di *cd. rule making* delle Autorità indipendenti, la giurisprudenza ne ha scolpito le condizioni di legittimità affinché possano coniugarsi con i principi informatori del sistema giuridico italiano.

Ciò che, volendo rimanere testardamente arroccati su costruzioni di principio, sarebbe stato da considerare come inaccettabile (*rectius* costituzionalmente illegittimo), ovvero l'attribuzione all'amministrazione di potestà sceve di puntualità descrittiva, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha sottoposto invece a vaglio critico e ha interpretato in chiave evolutiva, prendendo, per un verso, atto della indispensabilità dei poteri ampi delle Autorità amministrative e, dall'altro, declinando una serie di garanzie che li sostengano e li giustifichino. “*Mutuando una locuzione cara ai civilisti, ci si troverebbe al cospetto di una sorta di reductio ad aequitatem di matrice pubblicistica; nella sostanza un meccanismo di bilanciamento la cui attivazione risulta*

*l'unica strada percorribile per evitare la declaratoria di illegittimità della norma attributiva del potere priva di qualsivoglia puntualità descrittiva*<sup>92</sup>.

Da ultimo, particolarmente dettagliata nell'argomentare l'iter logico che ha guidato la decisione e che ormai rappresenta un punto fermo della giurisprudenza riguardo la tematica dei poteri (impliciti) delle Autorità, è la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972.

La pronuncia ha dapprima ribadito che, se è pur vero che *“su un piano generale, il principio di legalità dell'azione amministrativa implica che la legge indichi lo scopo di interesse pubblico che la pubblica amministrazione deve perseguire (cd. legalità-indirizzo) e stabilisca le condizioni e le modalità di esercizio del potere (cd. legalità garanzia)”* – in coerenza con i parametri costituzionali costituiti dal principio democratico (art. 1 Cost.), e dai principi enucleabili dagli artt. 23, 42, 97, dal punto di vista delle garanzie - in diritto amministrativo, dottrina e giurisprudenza hanno identificato nella tassatività e nominatività i corollari del suddetto principio, i quali, però, a loro volta assumono *“un livello, più o meno intenso a seconda del potere esercitato, di previsione delle condizioni e delle modalità di esercizio del potere stesso. Si passa da una predeterminazione completa per i provvedimenti che hanno natura vincolata ad una predeterminazione minima per gli atti politici in senso lato che devono rispettare soltanto i principi e le regole generali posti dalle norme attributive del potere.”*

Riprendendo un orientamento invero ormai consolidato<sup>93</sup>, la sentenza ha affermato che *“la giurisprudenza amministrativa ritiene che il suddetto principio di legalità possa subire adattamenti nella fase applicativa, riconoscendo l'ammissibilità della categoria dei poteri impliciti”*, giustificando l'elaborazione con il fatto che, in alcuni ambiti, è oggettivamente complesso per il legislatore predeterminare quale possa essere il contenuto del provvedimento amministrativo, specie quando a venire in rilievo siano i poteri di regolazione, esercitati dalle Autorità amministrative indipendenti, caratterizzati da particolare valenza tecnica ed attinenti ad ambiti in costante evoluzione per dinamiche di mercato differenti.

Preso atto, dunque, che, vista la peculiarità delle circostanze nell'ambito delle quali agiscono le Autorità indipendenti, deve essere tollerata in certa misura una “flessione” del principio di legalità, ciò che è sembrato più logico ed efficace è stato il rafforzamento di altri tipi di garanzie, che non fossero la predeterminazione a monte di tutti gli aspetti del potere normativo esercitabile.

La giurisprudenza amministrativa<sup>94</sup> ha ritenuto di specificare le due condizioni in presenza delle quali l'esercizio di poteri impliciti può ritenersi ammissibile perché comunque conforme al principio di legalità.

---

<sup>92</sup> V. M. DONOFRIO, *op. cit.*

<sup>93</sup> Tra le tante: Cons. St., Sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827; Cons. St., Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521; Cons. St., Sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532; Cons. St., VI, 24 maggio 2016, n. 2182.

<sup>94</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532 *cit.*

In primo luogo, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore è stato ritenuto necessario rafforzare la c.d. legalità procedimentale<sup>95</sup> (sotto forma di garanzie del contraddittorio) la quale assume una valenza forte, per “compensare” le mancanze della legalità sostanziale<sup>96</sup>.

Inoltre, si richiede comunque la presenza di una fonte di rango primario ancorché si limiti unicamente a indicare gli obiettivi che l’amministrazione deve perseguire e ad attribuirne la funzione a un plesso organizzativo.

Le due condizioni sono speculari tra loro, esiste cioè “una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell’attribuzione alle Autorità Indipendenti di poteri normativi e amministrativi in bianco, tanto maggiore è l’esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all’assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull’assetto del mercato e sugli operatori”<sup>97</sup>.

### 8.3. Recupero della legalità per via procedimentale

La legalità procedimentale viene interpretata in chiave di protezione del privato cittadino dalla stessa Corte Costituzionale<sup>98</sup> che, proprio in riferimento al potere di regolazione delle Autorità indipendenti ha ritenuto che “l’eventuale indeterminatezza dei contenuti sostanziali della legge può ritenersi in certa misura compensata dalla previsione di talune forme procedurali (sentenza n. 83 del 2015) aperte alla partecipazione di soggetti interessati e di organi tecnici.” soprattutto “nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. In questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti.”

Anche il Supremo organo di giustizia amministrativa, nella già citata sentenza n. 7972/2020, riprendendo la pronuncia della Corte Costituzionale, ribadisce che il principio della partecipazione procedimentale acquisisce uno specifico fondamento costituzionale, laddove esista l’esigenza di prestare particolare tutela a posizioni soggettive coinvolte dall’esercizio del potere pubblico, come nel caso dell’esercizio di poteri

<sup>95</sup> S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, p. 42; S. FOÀ, *La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo*, in *Federalismi.it*, 2020.

<sup>96</sup> Dello stesso avviso, già Cons. St., Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007. In particolare si consideri la nota di S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 377 ss.

<sup>97</sup> M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti*, intervento al convegno *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2003

<sup>98</sup> Corte Cost. 7 aprile 2017, n. 69.

normativi da parte delle Authorities, poiché, per le già richiamate ragioni, la legalità sostanziale non riesce ad assolvere pienamente alle sue funzioni di garanzia.

Specifica inoltre che, perché possa veramente rafforzare le forme di protezione, la partecipazione debba essere garantita attraverso due modalità: *“In primo luogo, in ragione della natura generale del potere, mediante la consultazione pubblica degli organismi rappresentativi degli operatori economici interessati, al fine di contribuire alla migliore definizione delle regole e del loro impatto sulle attività disciplinate. In secondo luogo, nei soli casi di possibile incidenza nella sfera giuridica specifica di taluni operatori, mediante la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo ai sensi degli artt. 7 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, al fine sia di consentire alle parti interessate di svolgere le proprie difese nel procedimento e prevedere gli assetti finali della determinazione amministrativa sia di contribuire alla definizione del contenuto del provvedimento.”*

Vengono in rilievo, dunque, due tipologie di istituti partecipativi, la prima, che deriva da previsioni introdotte con regolamenti delle Autorità, prevede il contraddittorio e la consultazione preventiva dei soggetti interessati all'attività di regolazione, mediante la condivisione degli schemi di atti normativi da adottare<sup>99</sup>. La *ratio* di tale modalità partecipativa è bidirezionale: permette all'Autorità di apprendere elementi utili a fini conoscitivi e valutativi sia dalle categorie di imprese interessate che dei consumatori/utenti, potenziali destinatari della materia, e conferisce ai privati la facoltà di fare presenti le proprie ragioni e rappresentare il proprio punto di vista, così da fornire all'amministrazione ulteriori elementi da valutare. La partecipazione ha inoltre evidenti ricadute in tema di deflazione del contenzioso. La tecnica normalmente utilizzata nelle forme di consultazione pubblica delle Authorities è la c.d. *notice and comment*, che consiste nella messa a disposizione degli *stakeholders*, mediante pubblicazione, di schemi degli atti adottandi o loro bozze, al fine di suscitare l'invio di pareri, osservazioni, proposte e valutazioni. Oltre che alle consultazioni pubbliche, le Autorità procedono ad effettuare anche audizioni pubbliche, focus group di approfondimento con esperti di settore, consultazioni ristrette, indagini, incontri informali, fonti informative dirette con gli *stakeholders*<sup>100</sup>. Le regole, le modalità, i criteri e le tempistiche delle forme di consultazione preventiva, sono previste dalle stesse autorità indipendenti mediante propri regolamenti<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> Per un'analisi compiuta degli strumenti di consultazione: G. MAZZANTINI, L. TAFANI (a cura di), *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione*, Annuario 2019, Osservatorio AIR, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

<sup>100</sup> C. RAIOLA, *Le consultazioni pubbliche*, in G. MAZZANTINI, L. TAFANI, *op. cit.*, p. 103 ss.

<sup>101</sup> Ad es. L'AGCOM con Delibera n. 453/03/CONS ha emanato il Regolamento concernente la procedura di consultazione di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259; L'ARERA ha previsto con Delibera n. 649/2014/A del 23 dicembre 2014, la Disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico, che aggiorna l'Allegato A alla delibera n. GOP 46/09 del 30 ottobre 2009 e recentemente, con Provvedimento del 9 luglio 2019, la Banca d'Italia ha adottato il Regolamento recante la disciplina dell'adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale della Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, ai sensi dell'articolo 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262.

Pur rimanendo l'emanazione dell'atto ultimo, una responsabilità unicamente in capo alle Autorità, l'iter di formazione degli atti di tipo "discorsivo" tra tutti i soggetti coinvolti consentirebbe di addivenire ad una decisione finale che darebbe conto del riconoscimento e della valutazione di tutti i valori e gli interessi, dando origine a un consenso collettivo, capace di far fronte allo strutturale deficit democratico e di legittimazione delle Autorità indipendenti.

Quanto alla seconda tipologia, è costituita dagli istituti partecipativi previsti dalla l. 241/90, *in primis* la comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7, che acquista un particolare interesse nelle materie di pertinenza delle Autorità indipendenti, in riferimento alla sua compatibilità con altri principi, apparentemente confliggenti, espressi dalla legge sul procedimento.

A ben vedere, infatti, ritenere necessaria la piena partecipazione degli interessati agli atti di regolazione, al fine di conferire *ex post* una legittimazione "dal basso" alle Autorità, appare per lo meno singolare se si considerano gli artt. 3, c. 2<sup>102</sup>, e 13, c. 1<sup>103</sup> della l. 241/90, i quali, rispettivamente, esentano la P.A. dall'obbligo di motivare "gli atti normativi e quelli a contenuto generale" e dispongono che le garanzie procedurali, previste nel capo relativo alla partecipazione dei cittadini al procedimento, non si applichino ai procedimenti volti all'emanazione di atti normativi o generali, categoria in cui rientrerebbero anche gli atti normativi delle Autorità indipendenti.

I motivi di tali esclusioni sono solitamente individuati dalla dottrina in circostanze di ordine piuttosto pratico: innanzitutto si considera che l'atto normativo e quello generale, proprio a causa della loro generalità ed astrattezza, non sono in grado di generare lesioni dirette alle posizioni soggettive sostanziali dei cittadini, pertanto sarebbe inutile fornire a questi ultimi garanzie partecipative e motivazionali, speculari rispetto alla legittimazione ad agire in sede processuale<sup>104</sup>. In secondo luogo, le esclusioni sarebbero giustificate da una funzione di alleggerimento e snellimento del procedimento amministrativo in quei casi in cui, vista la vasta platea di potenziali interessati, l'aggravio causato dal coinvolgimento di un ampio numero di soggetti sarebbe intollerabile<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Art. 3, c. 1 e 2: "1. Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria. 2. La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale."

<sup>103</sup> Art. 13, c. 1: "1. Le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione."

<sup>104</sup> M. COCCONI, *Garanzie procedurali e atti amministrativi a contenuto generale*, in *Istituzioni del Federalismo*, Rimini, Maggioli, 1/2018, p. 129

<sup>105</sup> Ad esempio: Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2003, n. 3037, secondo cui "il principio della massima partecipazione procedimentale deve essere temperato con l'esigenza dell'amministrazione di concludere procedimenti di portata generale senza rallentamenti e paralisi".

Queste motivazioni non sarebbero altrettanto valide in riferimento ai procedimenti delle Autorità, intanto perché i soggetti interessati sarebbero solo le “parti”, il cui interesse potrebbe essere negativamente o positivamente influenzato dal risultato del procedimento, e non la pluralità indistinta dei consociati. Inoltre, proprio la partecipazione costituirebbe un valore in sé, senza che la stessa sia necessariamente funzionale al raggiungimento di altri obiettivi, in quanto capace di realizzare una forma di legittimazione alternativa rispetto alla rappresentanza politica e ben più efficiente in termini di raggiungimento di obiettivi, nonché di dare piena attuazione alla sovranità popolare nell’organizzazione del Paese, così come pensata dall’art. 3, co. 2, Cost.<sup>106</sup> Al riguardo, è stato autorevolmente affermato, e sembra essere ormai un punto consolidato, che per le Autorità indipendenti “*non essendo organi o enti politicamente rappresentativi, o comunque connessi ad una responsabilità politica, attesa la deliberata cesura con la responsabilità ministeriale, la legittimazione del loro potere consiste esclusivamente nell’altro istituto che sta alla base degli ordinamenti democratici: il contraddittorio completo e paritario. [...] Quando la rappresentanza non c’è, il contraddittorio deve essere completo ed integrale, perché connaturato all’esistenza stessa di una autorità amministrativa indipendente. Non per garantismo, ma per giustificare l’esistenza stessa di una autorità*”<sup>107</sup>.

Ciò detto, occorre soffermarsi sulle considerazioni sin qui svolte e chiedersi se, a fronte di importantissime affermazioni di principio, che tentano di garantire la legalità e la democraticità degli atti di regolazione delle Autorità, gli strumenti pratici approntati dalla normativa di settore siano consoni ed efficaci.

Di fatto, anche la stessa possibilità di supplire in via procedimentale alle evidenti lacune sostanziali che incidono sulla possibilità, per le Autorità indipendenti, di realizzare un modello di democrazia partecipativa, è una tesi che non va esente da critiche, anche aspre<sup>108</sup>.

A destare le maggiori perplessità è la discrasia tra la formale previsione di una serie di garanzie partecipative e la portata effettiva, in ottica di raggiungimento della finalità previste, di tali disposizioni.

Si consideri infatti che, per i motivi già illustrati, il procedimento regolatorio delle Authorities viene ormai ritenuto legittimo solo se preceduto dalla consultazione dei soggetti coinvolti dall’esercizio dei poteri regolatori; gli atti adottati senza l’espletamento di tale procedura, sono infatti sanzionati con l’annullamento<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> A. PREDIERI, *L'eromper delle Autorità indipendenti*, Firenze, Passigli, 1997, p. 13 e ss.

<sup>107</sup> F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 43.

<sup>108</sup> La possibilità che la legittimazione delle A.I., possa essere recuperata per via procedimentale, è stata criticata e messa in dubbio da alcuni, tra cui: G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 82 e ss.; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 418 e ss.

<sup>109</sup> Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, *cit.*, sottolinea la assoluta eccezionalità delle previsioni che derogano al rispetto del generale principio della previa consultazione pubblica in sede di adozione degli atti di regolazione,

Nè è possibile che le garanzie partecipative, comprese nella sostanza, siano ridotte a meri obblighi formali. Ad esempio, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale<sup>110</sup> dopo aver escluso l'applicazione del già citato art. 3, c. 2, della l. n. 241/1990 (che contiene un'esenzione dall'obbligo di motivazione) nei riguardi dei procedimenti di regolazione delle Autorità, ha altresì imposto a queste di motivare la decisione finale dando conto delle osservazioni formulate dagli *stakeholders*. L'obbligo di motivazione, peraltro, in quanto strettamente funzionale a favorire l'effettività della partecipazione, potrebbe essere considerato assolto solo se consistente nella ricostruzione, sotto il profilo sostanziale, dell'iter logico-giuridico che ha condotto all'adozione dell'atto regolatorio finale<sup>111</sup>.

A fronte di una così dettagliata auto-regolamentazione da parte delle stesse Autorità, delle forme di partecipazione ai procedimenti regolatori e di una sì spiccata attenzione della giurisprudenza per l'osservanza di tutte le garanzie partecipativo-procedurali, non sembra però che le stesse godano in concreto di un alto tasso di vincolatività e finiscono così inesorabilmente per assomigliare più a delle mere petizioni di principio.

Esemplificativi di quanto testé affermato sono *in primis* gli stessi regolamenti adottati dalle Autorità e recanti la disciplina dell'adozione degli atti di natura normativa.

Tra tutti, si voglia analizzare il più recente, quello emanato dalla Banca d'Italia<sup>112</sup>, il quale, ad esempio, prevede all'art. 6, che “*La Banca d'Italia valuta i commenti ricevuti durante la consultazione solo se pertinenti e rilevanti per la definizione del contenuto degli atti di regolazione. Essi non comportano obbligo di riscontro specifico su ogni singolo commento e non costituiscono vincolo per l'istruttoria.*”. L'art. 8 poi elenca numerosi casi di deroga all'obbligo di consultazione: può essere esclusa, anche del tutto, per ragioni di riservatezza, cioè qualora la conoscenza dell'atto di regolazione prima della sua adozione possa compromettere il conseguimento delle sue finalità (c. 1, lett. b); o quando sia una fonte normativa superiore (caso peraltro tutt'altro che eccezionale) a imporre l'adozione d'urgenza di atti di regolazione (c. 1, lett. c).

---

eccezionalità che risponde “*al fine di evitare che la mera affermazione relativa all'esistenza di generiche ragioni di “straordinaria urgenza” possa legittimare l'Autorità di settore a svincolare sé medesima dal necessario (e tendenzialmente indefettibile) presidio di legalità in senso procedimentale rappresentato dal previo esperimento della consultazione pubblica.*”

*Ed infatti, laddove si ammettesse che la sussistenza delle richiamate ragioni possa essere invocata in modo – per così dire – ampio ed elastico, ne conseguirebbe un'ulteriore e indebita (in quanto tendenzialmente autoprodotta) estensione della deroga al generale principio secondo cui l'esercizio dell'attività di regolazione deve essere ricondotto in modo diretto o indiretto a un circuito di legittimazione democratica (ovvero, in carenza – e in via eccezionale –, accompagnato da pregnanti e indefettibili garanzie di carattere partecipativo).”*

<sup>110</sup> A partire da Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, *cit.*

<sup>111</sup> M. COCCONI, *La motivazione degli atti generali delle Autorità indipendenti e la qualità della regolazione*, in Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it), 2011.

<sup>112</sup> Banca d'Italia, Provvedimento del 9 luglio 2019, Regolamento recante la disciplina dell'adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale della Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, ai sensi dell'articolo 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, su [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

Disposizioni simili sono presenti anche nel regolamento per la definizione della disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'ANAC<sup>113</sup>, di poco precedente rispetto a quello della Banca d'Italia, che all'art. 3, c. 3, prima esclude dalla consultazione “*gli atti emanati per l'esigenza di mero adeguamento a modifiche normative sopravvenute*” (lett. c) e “*gli atti che hanno un limitato impatto sul mercato*” (lett. e), e, in conclusione statuisce che “*non si procede alla consultazione quando essa è incompatibile con esigenze di opportunità o di urgenza.*”

È del tutto evidente la vaghezza che caratterizza le disposizioni derogatorie appena considerate, tanto da destare nell'interprete profondi dubbi circa il rispetto del più volte enunciato principio della “*massima partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti di regolazione*”<sup>114</sup>. Ne deriva che la consultazione in sé può essere omessa, in tutto o in parte, al solo ricorrere di generali “*motivi di opportunità*”.

Quanto all'obbligo di motivazione degli atti di regolazione, mediante l'indicazione delle ragioni che abbiano indotto l'Autorità a disattendere le osservazioni o le proposte presentate dagli operatori del mercato, la giurisprudenza intanto afferma che “*La procedura di consultazione preliminare all'adozione delle delibere è finalizzata alla emersione in contraddittorio - vieppiù necessaria soprattutto in materie endemicamente contraddistinte da un elevatissimo tasso di valutazioni tecniche- dei dati supportanti le opposte convinzioni e degli elementi tecnici ad esse sottesi, ma non concretizza in alcun modo una "obbligazione di risultato" che possa vincolare l'Autorità al recepimento di tali indicazioni prospettate dalle parti destinatarie dell'atto di regolazione*”<sup>115</sup> ma, soprattutto, esclude anche che l'Autorità abbia l'obbligo di “*specifica confutazione di ogni osservazione reputata non condivisibile*”<sup>116</sup>.

Per meglio specificare, “*l'atto di regolazione è un atto che deve essere motivato nel senso che devono essere indicati i presupposti di fatto e di diritto della decisione e deve essere dotato di giustificazione sostanziale, ma ciò non impone [...] la considerazione puntuale e specifica degli argomenti dedotti da ogni operatore del mercato, trattandosi pur sempre di atto generale, che è, in parte, svincolato, nello spirito dell'art. 13 della legge n. 241 del 1990 dal rispetto dei canoni precisi della legge sul procedimento (che va, invece, rispettata in via di principio).*”<sup>117 118</sup>.

---

<sup>113</sup> ANAC, Regolamento del 13 giugno 2018, “Regolamento per la definizione della disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e di una metodologia di acquisizione e analisi qualitativa dei dati rilevanti ai fini dell'analisi di impatto della regolazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolazione (VIR).”, su [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it).

<sup>114</sup> *Ibid*, art. 3, c.1.

<sup>115</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 27 luglio 2010, n. 4906.

<sup>116</sup> TAR Lombardia, sez. III, 27 novembre 2012 n. 2870.

<sup>117</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215 con nota di S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di dir. amm.*, 9/2010, p. 947-954.

<sup>118</sup> Sul punto si segnala che con d.l. n. 76/2020, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, c.d. “decreto semplificazioni”, sono state apportate alcune modifiche alla legge generale sul procedimento amministrativo, tra cui quella all'art. 10 *bis*, relativo all'istituto del preavviso di rigo.

Nel corpo dell'art 10-bis, l. 241/1990 previgente, si leggeva: “*Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale*”

Lasciare che la motivazione sia priva di puntuale confutazione delle valutazioni espresse dalle parti interessate, sostanzialmente significa privare di effettività le garanzie procedurali che con forza si sono volute introdurre - anche in deroga ai principi generali espressi dalla legge sul procedimento (secondo cui gli atti normativi e generali sono esenti da alcune di esse) - rendendole di fatto non giustiziabili. E il tanto esaltato “recupero della legalità procedimentale” finisce per essere ridotto ad un involucro vuoto<sup>119</sup>.

Alle medesime conclusioni è probabilmente giunto anche il Consiglio di Stato, dalla cui recentissima pronuncia<sup>120</sup> sembra trasparire la considerazione dell’attuale assetto della partecipazione ai procedimenti normativi delle Autorità indipendenti quale soluzione di compromesso. Si legge infatti che occorre tener conto “*che il rafforzamento delle forme di partecipazione procedimentale evita, inoltre, le aporie di un sistema che, da un lato, richiede una base legale sostanziale forte per i poteri sanzionatori e, dall’altro, in alcuni casi, consente una base legale sostanziale debole per i poteri regolatori impliciti che costituiscono il presupposto della stessa sanzione poi concretamente irrogata. Il rispetto delle regole di partecipazione serve, pertanto, a restituire, almeno in parte, coerenza al sistema, assicurando il recupero delle garanzie e la prevedibilità oggettiva dei possibili sviluppi provvedimentali, nonostante l’opacità della legge sostanziale di disciplina dei poteri regolatori.*” I giudici precisano a chiare lettere che ciò che in termini di legalità e legittimazione democratica manca nelle Autorità indipendenti e nei loro poteri, non può essere colmato appieno mediante il coinvolgimento e la partecipazione degli *stakeholders*. La soluzione ha funzione di “compensazione” e “*non comporta un pieno recupero del fondamento democratico della legalità, in ragione della non omogeneità tra predeterminazione legislativa sostanziale delle regole e partecipazione procedimentale, ma assicura un maggiore livello di garanzie per il privato.*”.

---

La frase, nel testo riformulato è stata sostituita e oggi si prevede che “*Qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l’autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni?*”.

La novella è stata da alcuni salutata entusiasticamente come un superamento del pacifico orientamento giurisprudenziale secondo cui, per ritenere soddisfatto l’obbligo di motivazione, anche nel caso di preavviso di rigetto, non fosse necessario dar conto analiticamente delle osservazioni del privato. Con l’espressione “sono tenuti”, il legislatore avrebbe infatti rafforzato l’obbligo di motivazione puntuale sulle considerazioni presentate.

Secondo altri invece la riscrittura non ha comportato altri significativi cambiamenti se non una diversa sintassi della disposizione, lasciando inalterata per il resto la disciplina sostanziale che, prima e ora, imponeva ed impone una motivazione specifica e rinforzata qualora la P.A. debba rigettare un’istanza di parte, dovendo la stessa esplicitare in sede di provvedimento di diniego tutte le ragioni per cui ha ritenuto non meritevoli di pregio le osservazioni presentate dagli istanti.

Ci si potrebbe domandare, ma è presto per avere delle risposte, se le considerazioni espresse dalla prima delle due opinioni, possano in qualche modo influenzare anche le considerazioni in corso di svolgimento per la motivazione degli atti delle Autorità amministrative (naturalmente ipotizzando che le valutazioni espresse riguardo ai procedimenti ad istanza di parte possano essere considerate in qualche modo estendibili anche a questi ultimi).

<sup>119</sup> M. CONDORELLI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti come strumento di democrazia partecipativa: mito o realtà?*, in *JUS- ONLINE* 2/2020, su <https://jus.vitaepensiero.it/>

<sup>120</sup> Cons. St. 7972/2020, *cit.*

#### 8.4. Riserva di legge

Se anche, forzando il sistema e i principi, si può giungere a considerare legittima l'attribuzione di potere normativo alle Autorità mediante formule ampie, che si riferiscono a concetti giuridici indeterminati o a finalità generali, da qualcuno addirittura considerate previsioni "in bianco", allorché a queste facciano da contraltare particolari garanzie di partecipazione procedimentale, anche la dottrina più permissiva e la giurisprudenza più avanguardistica, trovano che sia un limite insuperabile il fatto "che la materia regolata non sia sottoposta a riserva di legge"<sup>121</sup>.

Eppure, se si analizzano le previsioni costituzionali al riguardo, tra tutti i settori che sono attribuiti alla competenza delle autorità indipendenti, non sembra essercene neanche uno che non sia coperto da una riserva di legge<sup>122</sup>. Si pensi alla previsione generale relativa alla libertà di iniziativa economica privata, di cui all'art. 41 Cost. o al più generico divieto di imposizione di prestazioni personali o patrimoniali in difetto di previsione legislativa di cui all'art. 23 Cost.

Ecco, dunque, palesato un altro serio motivo di perplessità riguardo l'attribuzione di poteri di regolazione diretta alle Autorità indipendenti.

Da un lato, il principio di legalità, assicura che gli atti dei soggetti pubblici siano giustificati da una specifica attribuzione di potere da parte della legge, dall'altro la riserva di legge è un limite allo stesso legislatore: egli non può disciplinare con altre fonti le materie riservate e deve provvedere a normarli mediante atti di rango primario. Con le riserve di legge, la Carta costituzionale assicura intanto la democraticità degli interventi limitativi delle libertà dei cittadini - che, in quanto particolarmente afflittivi, devono essere autorizzati solo dai soggetti direttamente interessati o dai loro rappresentanti politici - e poi garantisce gli stessi cittadini dalla discrezionalità dell'amministrazione che può agire entro il solco tracciato dalla legislazione e la cui azione può essere giudicata con riferimento ai parametri legislativi e costituzionali.

La riserva di legge, tuttavia, può avere forza assoluta oppure relativa<sup>123</sup>: nel primo caso è esclusa, in maniera radicale, la possibilità di regolare l'oggetto riservato con atti di rango subordinato; nel secondo, invece, il rigore è attenuato e la legge può limitarsi a dettare la disciplina di principio e i principi fondamentali o gli aspetti essenziali della materia e lasciare la disciplina attuativa o di dettaglio a fonti subordinate.

---

<sup>121</sup> Cons. St., Sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, *cit.*

<sup>122</sup> Sull'istituto: L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. Giur.*, Roma, Treccani, 1990.

<sup>123</sup> R. GUASTINI, *Legge (Riserva di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino, Utet, 1994, 169

Alla riserva di legge di cui agli artt. 23 e 41 Cost. è pacificamente riconosciuto carattere relativo<sup>124</sup>, in tali casi è perciò sufficiente, ma necessario, che esista una norma primaria che determini i principi fondamentali della disciplina e i criteri e limiti di esercizio dell'attività normativa secondaria.

Eccezion fatta per le voci di alcuni autori - che hanno ritenuto che l'assenza in Costituzione di una elencazione tassativa e tipizzazione delle fonti secondarie contestualmente alla presenza di numerose riserve di legge relative, non solo non rappresenterebbe un problema in termini di legittimazione dei poteri regolamentari ma, anzi, tali circostanze costituirebbero proprio “*le valvole super-primarie idonee a facilitare lo svolgimento di attività normativa da parte delle Autorità indipendenti.*”<sup>125</sup> - ci si domanda come ritenere legittimi i casi di attribuzione di potere normativo delle Autorità mediante norme “in bianco”, in materie in cui vige una riserva di legge (ancorché relativa)?

Dottrina e giurisprudenza hanno ipotizzato varie risposte a questo interrogativo.

Intanto, a circoscrivere limiti e indirizzi entro cui i regolamenti possono essere considerati legittimi pur in presenza di una riserva di legge relativa, possono concorrere anche le fonti dell'Unione europea<sup>126</sup>. A tal riguardo, occorre però domandarsi se tale fonti siano in armonia con la *ratio* democratica della riserva di legge, che richiede che i poteri di indirizzo politico siano attribuiti a organi democraticamente formati. Anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona - che prevede ora, per un gran numero di materie, una procedura legislativa c.d. “ordinaria” con imprescindibile assenso del Parlamento europeo - vi è infatti chi dubita della accoglibilità di una simile conclusione, attesi l'intrinseco “deficit democratico” delle istituzioni europee<sup>127</sup>, ovvero la carenza (in alcuni casi, assenza) di legittimazione e di partecipazione da parte del popolo nei processi decisionali dell'U.E. e la particolare modalità di formazione degli atti che non prevede una fase di dibattito politico tra forze politiche di maggioranza e di minoranza<sup>128</sup>.

Un'ulteriore giustificazione dell'attribuzione di potere normativo delle Autorità anche in materie in cui vige una riserva di legge è il profondo tecnicismo dei settori in cui queste operano<sup>129</sup>. La predeterminazione legislativa eccessivamente rigida, non solo non sarebbe necessaria, ma anzi, sarebbe una costrizione all'attività delle Autorità e, in definitiva, si risolverebbe in un ostacolo al perseguimento degli stessi scopi per cui sono state istituite. La tesi però non appare del tutto condivisibile.

---

<sup>124</sup> Tra le tante: Corte Cost., 9 aprile 1969, n. 72 e 5 maggio 1988, n. 507.

<sup>125</sup> F. DURANTE, *op.cit.*

<sup>126</sup> Cons. St., Sez. cons. atti normativi, Ad. n. 11603/05, *cit.* In tal senso, in letteratura: F. MERUSI, M. PASSARO, *op. cit.*

<sup>127</sup> F. ROSIGNOLI, *Il deficit democratico dell'Europa, due punti di vista*, *Nomos* 2/2014.

<sup>128</sup> A. SAITTA, *Il rapporto maggioranza-opposizione nel Parlamento europeo*, in *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, in E. CASTORINA (a cura di), *Profili attuali e prospettive di Diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 124.

<sup>129</sup> A. PREDIERI, *Erosione e trasferimento di sovranità con norme tecniche*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, Mucchi, 1996

Le materie regolamentate dalle Autorità indipendenti, infatti, mal si prestano all'applicazione di norme tecniche che conducano a risposte normative univoche, considerando che *“vanno intese per norme tecniche quelle prescrizioni che vengono elaborate generalmente sulla base dei principi desunti dalle c.d. “scienze esatte” o dalle arti che ne sono applicazione (come, ad esempio, le prescrizioni che individuano standards qualitativi o metodologie di rilevazione dati e/o di trattamento materiali)”*<sup>130</sup>. Ciò in quanto l'attività di regolazione delle Autorità non è sempre basata sulla considerazione o l'applicazione di dati tecnici, anzi, ben più spesso si fonda su scelte discrezionali e opinabili, specialmente quando ad essere normati sono settori di mercato, con le loro particolari leggi, ossia nel momento in cui è apprestata una regolazione c.d. economica che *“non inerisce, però, solo a profili di ordine tecnico. La regolazione economica coinvolge sempre un momento politico.”*<sup>131</sup>.

Infine, è d'uopo considerare l'orientamento espresso, anche recentemente, dalla Corte costituzionale che sembra voler fare un punto della situazione sulla questione riserva di legge/legittimità dei poteri normativi delle Autorità, riaffermando la valenza del primo e, al contempo, trovando una soluzione per salvaguardare la seconda.

Dopo aver ribadito che la riserva di legge stabilita dall'art. 23 Cost. ha carattere relativo e che consente di lasciare all'autorità amministrativa consistenti margini di regolazione delle fattispecie, ricorda ancora una volta che però *“la legge non può limitarsi a prevedere una prescrizione normativa “in bianco”, genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini”*<sup>132</sup>.

A seguire, la precisazione riguardo la previsione legislativa che deve contenere i criteri di cui sopra: si tratta dell'assetto che si può ricavare dalla *“complessiva disciplina della materia”*. Considera la Corte che per apprezzare il rispetto della riserva relativa di legge (nel caso di specie, quella di cui all'art. 23 Cost.) è opportuno *“prendere in considerazione l'intero sistema delle norme in cui ciascuna prestazione s'inscrive. Già in passato, eventuali carenze della singola disposizione di legge sono state colmate attraverso una interpretazione sistematica del tessuto normativo, complessivamente considerato, in cui essa si innesta e dal quale sono stati tratti, anche per implicito, gli elementi essenziali dell'imposizione.”*

## 9. Conclusioni

Le riflessioni fin qui impostate, condurrebbero, se rilette con uno sguardo unificante, a scorgere alcuni fattori di crisi del principio di legalità che derivano proprio dall'avvento delle Autorità amministrative

---

<sup>130</sup> Corte Cost. 14 marzo 1997, n. 61.

<sup>131</sup> A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in [www.unioneamministrativisti.it](http://www.unioneamministrativisti.it), 2019.

<sup>132</sup> Corte Cost., 7 aprile 2017, n. 69 § 7.1., *cit.*

indipendenti e dalla geometria dei loro poteri. Sembra cioè che l'indipendenza - e dunque l'assenza di legittimazione democratica delle Autorità - unitamente all'attribuzione di poteri normativi, la sostanziale presenza di norme attributive di potestà regolamentare vaghe ed indeterminate, il recupero della legalità sostanziale mediante istituti di partecipazione procedimentale che però prestano il fianco a dubbi di effettività delle garanzie prestate, la nuova chiave di rivisitazione del principio di riserva di legge, l'affermazione della legittimità dei poteri impliciti, siano in grado di mettere in discussione e scuotere dalle fondamenta proprio alcuni dei cardini dell'ordinamento costituzionale vigente.

Una prima importante considerazione, che non può non essere esplicitata, è che le Autorità svolgono una molteplicità di funzioni di notevole rilevanza: dalla più semplici funzioni provvedimentali, a quelle di impulso, anche indiretto, nei confronti degli organi di indirizzo politico, funzioni di risoluzione di controversie tra privati e, per quanto qui riguarda, funzioni regolamentari. Se a ciò si somma che tali funzioni sono esercitate proprio in settori particolarmente sensibili, dotati di elevato grado di tecnicismo e che si sta attraversando un periodo storico-politico di "crisi della legge"<sup>133</sup>, non la semplice utilità, ma la vera e propria necessità delle Autorità come attori istituzionali si palesa in tutta la sua evidenza.

A questo punto viene da sé che l'interprete potrebbe sentirsi chiamato a compiere una scelta tra il decretare le Autorità indipendenti e il sistema dei poteri loro attribuiti, per quanto utili, insanabilmente inconciliabili con l'assetto costituzionale italiano, oppure dover sacrificare i principi cardine dell'impalcatura istituzionale e valoriale dell'ordinamento vigente, sull'altare dell'utilità.

Ciò che si mostra come un rompicapo costituzionale<sup>134</sup>, si azzarda a suggerire, potrebbe rivelarsi essere solo il prodotto di un atteggiamento rigido, che ritiene di dare spiegazioni e trovare soluzioni alle problematiche, rimanendo ancorato a classificazioni tradizionali e a schemi preimpostati. È evidente infatti che, se si ragiona con il "vecchio schema" giuridico dei tre poteri costituzionali separati, con il potere normativo attribuito al Parlamento, unico organo legittimato democraticamente e la potestà regolamentare che deve necessariamente muoversi nella stretta cornice legislativa predisposta, nel rispetto di tutte le riserve di legge previste, le Autorità indipendenti creano un cortocircuito logico: sono necessarie, servono nell'architettura istituzionale, perché per la loro alta specializzazione sono l'unico attore in grado di garantire flessibilità e competenza nella regolamentazione di settori specifici e tecnici. Eppure la loro stessa esistenza, il loro assetto e i loro poteri, stridendo con principi assodati, vengono

---

<sup>133</sup> Espressione che, come si è già avuto modo di illustrare nel primo capitolo, fa riferimento alla generale incapacità, da parte delle fonti legislative, di predisporre un organico substrato normativo, che sia puntuale, efficace e specifico ed allo stesso tempo prodotto in tempi rapidi e con elevato grado di certezza.

<sup>134</sup> E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti: problemi e conseguenze*, in [www.astrid-online](http://www.astrid-online), 2006.

avvertiti dagli interpreti come schegge impazzite che devono essere attratte e ricondotte a sistema mediante l'applicazione di categorie generali.

Questo *modus operandi* rischia però di fornire soluzioni che, di fatto, sono peggiori dei problemi che intendono risolvere, giacché, se si tenta di giustificare gli aspetti che sembrano contrastare con i principi generali, facendo dei salti mortali (quale si appalesa essere, ad esempio, il cosiddetto recupero della legalità e della legittimazione democratica attraverso la partecipazione procedimentale), la sensazione è quella di una complessità logico-interpretativa che cresce con l'accumularsi delle proposte ricostruttive, piuttosto che appianarsi.

Certamente le sfide della postmodernità, consistenti nella crescente complessità sociale, nell'inarrestabile sviluppo tecnologico e nell'ipertrofia del "mercato", sempre più aggressivo e ingovernabile, secondo autorevole opinione hanno condotto in profonda crisi di mutazione *"le tradizionali categorie ordinatrici del pensiero giuridico, come pure le corrispondenti sintesi unitarie, quelle stesse che sino a qualche decennio addietro sembravano conquiste certe e sicure della scienza. Un filtrante movimento di destrutturazione ha cominciato ormai ad attraversare lo stesso ordine giuridico sempre più esposto a una preesistente spinta centrifuga di moltiplicazione, frammentazione, differenziazione e vera e propria dispersione dei luoghi stessi della produzione giuridica."*<sup>135</sup>.

Bisognerebbe, dunque, avere forse il coraggio di usare un approccio più libero e schietto e affermare che le Autorità indipendenti sono, volenti o nolenti, una tipologia di soggetto nuovo (non dal punto di vista cronologico ma logico-comparativo rispetto alla storia istituzionale nazionale): sono soggetti la cui nascita e il cui sviluppo sono di certo influenzati dalla U.E. e della necessità di regolamentare settori economici di alto rilievo in maniera fluida, tecnica, competente, cui sono attribuite funzioni peculiari e poteri particolari che, nel panorama precedente erano esclusivo appannaggio di altri enti.

Tali soggetti - deputati alla tutela di valori quali la concorrenzialità del mercato, la libertà di iniziativa economica privata, la tutela del risparmio e dei risparmiatori, la stabilità e il corretto funzionamento dei mercati finanziari, la tutela della riservatezza e della privacy, il pluralismo dell'informazione, eccetera - importerebbero, secondo alcuni<sup>136</sup>, nel nostro sistema giuridico una nuova forma di legalità, ravvisabile nella funzione di regolazione<sup>137</sup>, che si caratterizzerebbe proprio perché capace di svincolarsi dalla rigida tipizzazione della tradizionale attività amministrativa, per realizzare una particolare forma di normazione,

---

<sup>135</sup> V. SCALISI, *Fonti, teoria, metodo: alla ricerca della regola giuridica nell'epoca della postmodernità*, Milano, Giuffrè, 2012, Prefazione.

<sup>136</sup> F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 65-72.

<sup>137</sup> R. TITOMANLIO, *op. ult. cit.*, p. 17, secondo cui *"L'individuazione di uno specifico ruolo istituzionale dell'organo titolare del potere regolamentare non opera pertanto quale ragione giustificatrice dell'assenza di un fondamento legislativo (e dunque quale limite o negazione dello stesso principio di legalità), ma conduce a riconoscere il duplice fondamento (costituzionale e legislativo) del potere normativo delle autorità indipendenti, giacché l'assegnazione alle medesime del compito di regolazione e di tutela di ambiti espressamente protetti in Costituzione non solo giustifica la relativa potestà normativa, ma ne postula la necessità."*

volta alla realizzazione di valori e principi superiori (*id est* costituzionali). Proprio per il raggiungimento delle finalità indicate, sarebbe necessario abbandonare l'accezione più rigida del principio di legalità dell'azione amministrativa per permettere alle Autorità di conseguire i risultati perseguiti, anche a prescindere dalla stretta aderenza al dato normativo.

Ciò in quanto, citando Benedetto Croce, “*il diritto non è la legge, che dorme nel codice; ma la legge a cui si pone mano*”<sup>138</sup>, ovvero, astraendo il concetto, nell'affrontare nuove manifestazioni problematiche, il canone ermeneutico non si ritrova necessariamente nella pedissequa ripetizione e applicazione meccanica di ciò che “è già scritto” e che già si conosce. Nell'accostarsi al fenomeno Authorities, accettare delle attenuazioni, o forse meglio, delle metamorfosi, del principio di legalità, pur senza svilire la portata precettiva dei principi fondanti l'ordine costituzionale, significa adattarsi all'ineluttabile evoluzione del nostro ordinamento che non può prescindere dalla progressiva manipolazione di concetti che finora sembravano, invece, avere una stabilità monolitica e intangibile e, concretamente, può rivelarsi la miglior via per studiare tutte le potenzialità che tali soggetti offrono in termini di *best regulation* dei settori di loro competenza.

---

<sup>138</sup> B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Memoria letta all'Accademia Pontaniana nelle tornate dei 21 aprile e 5 maggio 1907, in «Atti della Accademia Pontaniana», XXXVII, n. 8 (1907), ed. a cura di C. NITSCH, Milano, Giuffrè, 2016, p. 50.