

UNIVERSITÀ DEL PIEMONTE ORIENTALE

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA E SCIENZE  
POLITICHE, ECONOMICHE E SOCIALI

CORSO DI LAUREA IN GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA

LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI  
E IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

Relatore:

Chiar.mo Prof. Eugenio Bruti Liberati

Handwritten signature of Eugenio Bruti Liberati, consisting of the initials 'EB' followed by a horizontal line and a small arrow pointing to the right.

Candidato:  
Sara Catalano

ANNO ACCADEMICO 2022/2023



*A me stessa e a mia figlia Vittoria.*



## *Ringraziamenti*

*Questa Tesi di Laurea non rappresenta soltanto la fine di un percorso di studi, ma coincide con il superamento di una fase della mia vita di estrema resilienza e di enormi cambiamenti, che mi hanno permesso, però, di compiere una profonda crescita personale e di diventare la persona che sono oggi.*

*Un ringraziamento speciale va al mio relatore, il Prof. Eugenio Bruti Liberati, che durante le sue lezioni ha destato in me l'interesse per l'argomento di questa tesi e mi ha aiutato nel realizzarla.*

*Ringrazio i miei genitori per tutto ciò che mi hanno sempre trasmesso e insegnato; mio padre che mi ha inculcato sin da piccola l'importanza di coltivare la perspicacia e mia madre che tra le altre, mi ha trasmesso la virtù della pazienza.*

*Ringrazio le mie super sorelle e tutta la mia numerosa famiglia, compresa quella "allargata", che con grande affetto mi ha sempre supportata e sostenuta.*

*Ringrazio Mattia, che è il grande amore della mia vita, per continuare a rendermi una persona migliore e per regalarmi la gioia di essere al mio fianco, nel mio primo traguardo importante della vita.*



# “LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI E IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ”

INDICE.....p.7

INTRODUZIONE.....p.9

## CAPITOLO I

### **Le Autorità amministrative indipendenti tra diritto nazionale e diritto europeo: una panoramica.**

1- Un quadro delle autorità amministrative indipendenti.....p.15

2- Il carattere dell'indipendenza.....p.17

3- Il problema della legittimità costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti. Il fondamento nel diritto europeo.....p.20

4- I poteri delle Autorità amministrative indipendenti. Una classificazione.....p.25

## CAPITOLO II

### **I poteri normativi delle autorità indipendenti e il principio di legalità.**

1- Gli atti normativi delle Autorità amministrative indipendenti e le relative fonti.....p.29

2- La funzione normativa delle Autorità amministrative indipendenti. Considerazioni critiche.....p.35

3- Posizione di contrasto con il principio di legalità: dalla legalità sostanziale alla legalità procedimentale. Due diversi orientamenti.....p.38

4 - La collocazione degli atti normativi delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti del diritto e rapporti con la legge e con i regolamenti del Governo.....p.49

5 - Gli atti normativi delle Autorità indipendenti e l'autonomia privata: l'eterogazione dei contratti.....p.52

## CAPITOLO III

### **La funzione di regolazione delle Autorità indipendenti: i poteri amministrativi e il principio di legalità.**

1- I poteri di vigilanza, controllo e monitoraggio.....p.57

2- Il potere sanzionatorio.....	p.61
3- Il potere prescrittivo.....	p.76
4 - I poteri consuntivi, di segnalazione. Intervento regolativo mediante tecniche di “moral suasion” e fonti di “soft law”.....	p.78
5 - I poteri contenziosi.....	p.82

## **CAPITOLO IV**

### **Autorità indipendenti e giurisdizione.**

1 - Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti.....	p.85
2 - La legittimazione a ricorrere di alcune Autorità Indipendenti.....	p.92
3 - La configurazione della legittimazione ex lege a ricorrere come potere inteso alla cura dell’interesse pubblico nell’ambito di un processo di stampo soggettivo. Considerazioni critiche.....	p.97

<b>Bibliografia</b> .....	p.101
<b>Giurisprudenza</b> .....	p.105



## *Introduzione*

“Le Autorità Amministrative Indipendenti sono oggi una componente fondamentale del nostro sistema istituzionale. Per quanto il contesto politico-culturale che ne aveva favorito la forte affermazione a partire dagli anni Novanta del secolo scorso sia in misura non lieve venuto meno e sebbene le critiche e le contestazioni spesso formulate negli anni successivi abbiano avuto in tempi recenti una significativa ripresa, il modello istituzionale che in esse si realizza continua ad avere una solida base nella normativa europea e nazionale e a trovare applicazione in ambiti cruciali dell’azione dei pubblici poteri.

La forte ri-espansione degli interventi di politica industriale e sociale conseguenti alla grande crisi finanziaria ed economica avviatasi nel 2008 e, ancor più, alla crisi determinata dall’epidemia di Covid-19, insieme allo sviluppo della politica ambientale al centro del progetto politico dell’attuale Commissione europea, hanno certamente modificato il quadro complessivo in cui le autorità indipendenti si trovano ad operare e quindi anche la loro collocazione nello scacchiere istituzionale: se in passato si era potuto credere che, in conformità al modello dello Stato (solo o prevalentemente) regolatore, le autorità indipendenti assorbissero in sé tutte o la maggior parte delle funzioni pubbliche relative a determinati ambiti economici o a determinate finalità, oggi appare chiaro che in molti casi la loro azione deve affiancarsi a quella delle strutture politico-amministrative legate agli organi di governo e pertanto, in una certa misura, coordinarsi con essa”.<sup>1</sup>

Tuttavia, nonostante l’incisività del fenomeno, manca ancora una normativa generale di disciplina delle Autorità e manca una loro costituzionalizzazione, circostanze che fanno sì che dottrina e giurisprudenza si interrogano 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 su 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 in relazione ai poteri da esse esercitati. Questo è l’argomento che s’intende sottoporre ad analisi.

La struttura del lavoro è la seguente.

---

<sup>1</sup> v. E. BRUTI LIBERATI Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale, in riv. Analisi Giuridica dell’Economia - 1/2020 pp. 51, M. CLARICH Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?, in Riv. della regolazione dei mercati, n. 1/2018, cit. pp. 2 ss

Il primo capitolo inizia fornendo un sintetico quadro delle Autorità Amministrative Indipendenti, ponendo successivamente il focus sul carattere dell'indipendenza, scaturito dall'esigenza di affidare la gestione di ambiti particolarmente tecnici, come quello dei settori regolamentati, a soggetti indipendenti rispetto ai regolati (imprese) e di regolazione (Stato), dotati non tanto di imparzialità amministrativa, quanto piuttosto di vera e propria neutralità, indifferenza cioè rispetto agli interessi in gioco e rispetto alle logiche del condizionamento governativo. L'affrancamento delle Autorità da forza di controllo politico, con l'attribuzione con delega, di poteri dai contorni incerti, ha sollevato inizialmente una questione sulla legittimità costituzionale delle stesse, colmata come si vedrà, dall'intervento del diritto europeo. Il capitolo terminerà ponendo l'attenzione sui poteri delle Autorità ed in particolare sulla loro classificazione strutturale, che costituirà una premessa essenziale per una successiva analisi in merito al rapporto tra i poteri delle Autorità e il principio di legalità.

Il secondo capitolo partirà dall'esposizione dei principali atti normativi delle Autorità Amministrative Indipendenti e delle relative fonti, analizzando come a fronte di attribuzioni così ampie e allo stesso tempo variegate, la 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>2</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

---

<sup>2</sup> v. M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in Enc. del dir. (Annali VI), Milano, Giuffrè, 2013, p. 371-435.

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.

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.

Per rispondere ad alcuni dei quesiti sorti al riguardo, nel terzo paragrafo del secondo capitolo si vedrà come dottrina e giurisprudenza hanno proposto di adottare la c.d. "teoria dei poteri impliciti", cioè quei poteri amministrativi che vengono ricavati implicitamente dal sistema "in ragione dell'esigenza di assicurare il migliore perseguimento dei fini che la legge predetermina" (Cons. St., n. 1532/2015 cit.), senza tuttavia aver raggiunto dei traguardi definitivi. Verranno prospettati due differenti orientamenti condivisi da dottrina e giurisprudenza in riferimento al rispetto del principio di legalità sostanziale. Il primo favorevole all'utilizzo dei poteri impliciti, il secondo in completo disaccordo e basato, invece, su una "legalità-procedimento".

Il terzo capitolo mostrerà come il problema del fondamento e della compatibilità con il principio di legalità si pone invece in termini diversi con riferimento agli altri poteri amministrativi attribuiti alle Autorità indipendenti, il cui esercizio, com'è evidente, dà luogo ad atti (amministrativi) che non costituiscono fonti del diritto.

In particolar modo ci si soffermerà sul potere sanzionatorio, collegato ai poteri di normazione secondaria e di vigilanza e sugli istituti ad esso connessi (decisioni con impegni e programmi di clemenza), la cui funzione primaria è garantire il corretto funzionamento dei settori cui sono deputate; obiettivo che viene raggiunto, a seconda delle circostanze e in base a considerazioni di convenienza e di opportunità, mediante l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie particolarmente incisive sulla sfera giuridica dei destinatari, ovvero mediante l'assunzione di impegni da parte delle imprese che hanno posto in essere condotte illecite, ovvero ancora mediante il riconoscimento ad esse dell'immunità, totale o parziale.

Con riferimento a tali poteri esercitati dalle Autorità indipendenti si può senz'altro rilevare l'assenza di criticità con riferimento al principio di legalità, laddove essi siano effettivamente previsti da fonti normative (secondarie o primarie, laddove impositivi di prestazioni personali o patrimoniali).

Anche se, sul punto, dubbi anche con riferimento al diritto europeo sono stati recentemente sollevati dalla giurisprudenza nazionale che, proprio con riferimento al potere prescrittivo esercitato dall'ARERA non espressamente previsto né nella normativa nazionale né in quella europea, ha rinviato alla Corte di Giustizia la questione del relativo fondamento.

Verrà fatto, quindi, riferimento al potere prescrittivo, con funzione riparatoria, quest'ultimo circoscritto alle Autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità come ARERA e AGCOM.

Una breve riflessione riguarderà l'esercizio dei poteri consuntivi, di segnalazione, che assumono, unitamente a un insieme disomogeneo di atti e fatti normativi (raccomandazioni, dichiarazioni, comunicazioni, orientamenti, codici di condotta, lettere al mercato, circolari, linee guida ecc.) un carattere di tipo esortativo che ricoprono il ruolo di veri e propri moniti per i destinatari. La dottrina ha coniato in proposito la locuzione "soft law", per la quale non esiste una definizione precisa e stabilmente condivisa, ma che comporta, l'adozione di regole contenute in atti amministrativi, di carattere non vincolante, ma che si impongono - in considerazione dell'autorevolezza della fonte da cui promanano - agli operatori che (pur non essendovi costretti) conformano comunque la propria attività alle relative prescrizioni.

Per completezza della trattazione il terzo capitolo si conclude con un breve riferimento ai poteri contenziosi, esercitati per la soluzione delle controversie insorte tra operatori e utenti, e tra imprese concorrenti, ovvero dei conflitti in materia di trattamento dei dati personali insorti tra l'interessato e il titolare dei dati. Le Autorità indipendenti sono in questi casi chiamate a risolvere le controversie insorte, in posizione di terzietà rispetto agli interessi dei soggetti in conflitto.

Anche nello svolgimento di tale attività di risoluzione delle controversie, analogamente a quanto accade con riferimento all'esercizio del potere sanzionatorio, sussiste il rischio che le Autorità indipendenti, anche in ragione della confusione negli effetti dei vari poteri di cui si compone la funzione di regolazione, nonché in alcuni casi dell'attribuzione di veri e propri poteri di normazione secondaria, non riescano ad assicurare una effettiva indifferenza e neutralità rispetto all'interesse pubblico alla cui cura sono deputate, ed utilizzino appunto l'attività di soluzione delle controversie a fini regolatori.

L'ultimo capitolo riguarderà i rapporti tra le Autorità amministrative indipendenti e la giurisdizione.

Nel primo paragrafo, verrà fatto riferimento al sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti, la cui funzione ricopre due profili; un profilo, per così dire ordinamentale, e cioè del sindacato come fattore di legittimazione ulteriore dell'attività delle Autorità indipendenti e un secondo profilo legato all'effettività della tutela giurisdizionale.

Quanto al primo aspetto, si vedrà come a fronte di norme attributive di poteri normativi ampie e generiche, al fine di riportare in equilibrio il complesso sistema dei poteri delle Autorità – poste fuori dal circuito democratico rappresentativo – è necessario operare una sorta di compensazione *ex post* mediante un sindacato giurisdizionale pieno ed intenso. Quanto al secondo aspetto, alla fine del paragrafo, si vedrà come, a fronte di diverse intensità di sindacato, il giudice dovrà esercitare con pienezza il proprio controllo sull'attività delle Autorità, per garantire una piena effettività, anche avvalendosi di tutti gli strumenti istruttori che nel processo amministrativo sono a disposizione, in specie laddove più debole è il fondamento del singolo potere esercitato, perché basato su una norma attributiva generica.

Il quarto capitolo, terminerà con una breve analisi del potere processuale delle Autorità, cioè l'attribuzione alle Autorità indipendenti del potere di agire in giudizio per l'impugnazione degli atti adottati dalle pubbliche Amministrazioni in contrasto con le normative di settore a tutela dell'interesse pubblico specifico di cui sono portatrici.

Si vedrà come tale potere abbia sollecitato in dottrina delle riflessioni, non soltanto sulle conseguenze derivanti sotto il profilo della natura soggettiva o oggettiva della giurisdizione amministrativa, ma anche sulle possibili frizioni sistemiche che tali speciali legittimazioni a ricorrere, unitamente agli altri poteri attribuiti alle Autorità, determinino sull'azione dell'Amministrazione pubblica in generale, rappresentando un freno e un ostacolo all'agire dei funzionari pubblici che, soprattutto nel settore dei contratti pubblici, sarebbero indotti a non “fare” piuttosto che ad agire assumendo il rischio di commettere (incolpevolmente) errori.



## CAPITOLO I

### **Le Autorità amministrative indipendenti tra diritto nazionale e diritto europeo: una panoramica.**

#### **Paragrafo 1**

##### **Un quadro delle autorità amministrative indipendenti.**

L'emersione delle Autorità amministrative indipendenti nel nostro ordinamento, non è frutto di un disegno strategico unitario, ma è stata occasionata da contingenze politiche legate al processo di integrazione europea.<sup>3</sup>

Gli ambiti nei quali il modello delle Autorità trova applicazione nell'ordinamento italiano e in quello europeo sono i seguenti.

“Il primo è quello della regolazione dei mercati dei servizi di interesse economico generale, nel quale si collocano l'Autorità per Energia Reti e Ambiente (ARERA), competente su energia elettrica, gas naturale, servizio idrico integrato e servizi ambientali; l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), competente su comunicazioni elettroniche e servizi postali; e l'Autorità di regolazione dei trasporti (ART).

A tali autorità nazionali – la cui istituzione è stata, per una parte delle loro funzioni, imposta da normative europee – corrispondono in parte a livello UE agenzie di coordinamento (come l'Agenzia di coordinamento dei regolatori nazionali dell'energia – ACER, e l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche – BEREC) non aventi lo status e le competenze decisionali proprie delle autorità, ma munite comunque di un'indipendenza, anche rispetto alla Commissione europea, assai più spiccata rispetto a quella normalmente spettante alle altre agenzie europee. Il secondo ambito è quello della vigilanza sui mercati finanziari, con la Banca d'Italia, l'IVASS e la Consob, a cui fanno riscontro le tre autorità europee EBA, EIOPE e ESMA1.

Ad esse si affianca, in una posizione di indipendenza particolarmente accentuata e con un ruolo per più aspetti problematico, la Banca Centrale Europea, competente sia per la politica monetaria sia per la vigilanza sugli istituti di credito.

Il terzo ambito, anch'esso per ragioni diverse sotto vari profili peculiare, è quello del mercato dei contratti pubblici, in cui opera l'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC).

---

<sup>3</sup> C. FRANCHINI, Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, I garanti delle regole, Il Mulino, 1996 cit., pp. 69 ss.

E ci sono infine le due autorità indipendenti con competenze generali e trasversali: l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, a cui è affidata non solo la tutela della concorrenza ma anche la protezione dei consumatori sulla base della disciplina dettata dal Codice del consumo e il Garante per la protezione dei dati personali".<sup>4</sup>

Alla luce della breve analisi che si è offerta circa le principali Autorità Amministrative Indipendenti, occorre a questo punto tentare di individuare i tratti comuni al fine di evidenziare e analizzare gli elementi caratteristici di questo particolare modello di amministrazione.

---

<sup>4</sup> E. BRUTI LIBERATI Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale, in riv. Analisi Giuridica dell'Economia - 1/2020, pp. 53 ss.



## Paragrafo 2

### Il carattere dell'indipendenza.

Il carattere dell'indipendenza rappresenta una delle caratteristiche che maggiormente differenzia la categoria delle Autorità amministrative indipendenti da altri soggetti amministrativi.

Le Autorità amministrative indipendenti sono state definite come “enti od organi pubblici dotati di sostanziale indipendenza dal governo, caratterizzati da autonomia organizzatoria, 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>5</sup>

Indipendenza delle Autorità è anzitutto indipendenza funzionale. Esse per espressa disposizione legislativa, devono svolgere le funzioni affidate loro “in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione”.<sup>6</sup>

L'indipendenza funzionale è intesa come non soggezione all'indirizzo politico governativo, e cioè ai poteri di direzione e controllo del Governo, ma soltanto alla Legge.<sup>7</sup>

In altri termini le Autorità indipendenti, ciascuna preposta ad un settore di amministrazione particolarmente sensibile, nel rispetto della legge, determinano la propria linea di azione senza soggiacere ad alcuna influenza esterna, specialmente governativa.

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 (dai 5 ai 7 anni), che di regola non coincide con la durata delle cariche politiche di coloro che

---

<sup>5</sup> G. AMATO, Le autorità indipendenti nella costituzione economica, in *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, [Quaderni Rivista trim. dir. e proc. civ.](#), Nr. 2, Giuffrè, 1997, p. 16.

<sup>6</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>7</sup> v. V.CERULLI IRELLI, L'amministrazione “costituzionalizzata” e il dir. Pubblico della proprietà e dell'impresa, Giappichelli, 2019, cit., part. p. 24, ove l'A. sottolinea che “alle autorità di governo (alla “politica”) non spetta nei confronti di codeste Autorità e delle funzioni da esse esercitate, alcun potere di indirizzo né alcun potere di controllo” potendo affermarsi che “esse sono soggette solo alla legge, la quale ovviamente può istituirle, sopprimerle, modificarne le attribuzioni, stabilirne i budget, ecc. (ciò che non è poco), ma resta fermo il dato che esse sfuggono al circuito della responsabilità del Governo (nei confronti del Parlamento e verso la collettività) che può soltanto proporre al Parlamento modifiche legislative a proposito”.

provvedono alla nomina, i regimi di incompatibilità e che gli riconoscono autonomia dal punto di vista organizzativo, finanziario e contabile.<sup>8</sup>

Generalmente, l'organo di vertice delle Autorità indipendenti è costituito da un organo collegiale, composto da membri dotati di alta professionalità tecnica, il cui mandato è di lunga durata (dai cinque ai sette anni), slegata dalla durata delle cariche politiche, e in capo ai quali è previsto un particolare regime di incompatibilità (divieto di esercitare attività professionale nello stesso ambito di intervento dell'Autorità), a volte esteso anche a periodi successivi alla cessazione dell'incarico.

Tutte le Autorità amministrative indipendenti sono dotate di una riconosciuta ed effettiva autonomia organizzativa (che si realizza mediante l'adozione di regolamenti di auto-organizzazione), contabile (mediante l'adozione di bilanci separati da quelli dello Stato, tuttavia sottoposti al controllo della Corte dei Conti), e in alcuni casi, finanziaria (mediante l'utilizzo di risorse proprie).<sup>9</sup>

Anche i rapporti tra le Autorità indipendenti e i soggetti regolati sono caratterizzati da necessaria indipendenza, presidiata da una serie di accorgimenti strutturali tali da evitare qualsiasi forma di condizionamento di "interessi esterni" sull'attività e il funzionamento delle Autorità.<sup>10</sup>

Si tratta, in particolare, dello speciale regime di incompatibilità, previsto in generale in capo ai membri di tutti gli organi di vertice delle Autorità, a fronte del quale è fatto loro divieto, a pena di decadenza dall'incarico, di esercitare attività professionale e di essere assunti alle dipendenze delle imprese operanti nei settori regolati.

---

<sup>8</sup> E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, Giappichelli, 2019, cit., pp. 107 ss.. In particolare, l'A. sottolinea che *"le varie norme sull'indipendenza strutturale possono essere ricondotte a tre finalità più specifiche: quelle sulle nomine ... mirano appunto a garantire che i nominati abbiano una competenza tecnica e un'autorevolezza adeguate, considerate ovviamente presupposti non solo dell'efficacia della loro azione ma anche della loro capacità di resistere a pressioni indebite di terzi; quelle sulla durata e sui limiti alla rinnovabilità e alla revocabilità dell'incarico sono volte ad evitare che condizionamenti di qualsiasi tipo possano intervenire nel corso del mandato; e infine quelle sull'autonomia finanziaria e organizzativa attengono ... alla garanzia della disponibilità da parte delle Autorità delle risorse funzionali allo svolgimento delle loro funzioni"* (p. 108).

<sup>9</sup> Sono caratterizzate dal sistema di finanziamento misto AGCM e AGCom; dal sistema dell'autofinanziamento ARERA e IVASS, i cui costi sono totalmente a carico degli operatori del settore regolato. Al contrario, sono a carico del bilancio dello Stato i costi relativi al funzionamento del Garante della protezione dei dati personali e della Commissione per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. E recentemente il legislatore è intervenuto a rafforzare l'autonomia finanziaria dell'AGCM con il D. Lgs. n. 185/2021 cit., di recepimento della direttiva n. 2019/1 cit., al fine di consentire all'Autorità di utilizzare le proprie dotazioni finanziarie in modo da poter utilizzare le risorse in funzione delle esigenze e delle priorità individuate dall'Autorità stessa.

<sup>10</sup> C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, cit., p. 70.

In alcuni casi, il regime delle incompatibilità si estende anche a periodi successivi alla cessazione dall'incarico.

Il fatto che le Autorità agiscano in una posizione di terzietà e di neutralità rispetto a tutti quei condizionamenti esterni che possono condizionarne le scelte finali pongono le stesse in una posizione di indipendenza dal potere economico e burocratico “in una prospettiva di garanzia del regolare funzionamento e dello sviluppo equilibrato dei settori ai quali sono preposte”.<sup>11</sup>

In conclusione, accertato che il carattere distintivo delle Autorità è l'indipendenza (funzionale e strutturale) dal potere politico e dall'indirizzo politico di governo, si pone ora il problema relativo al fatto che il fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti non trova alcun riferimento nel testo della carta fondamentale.

---

<sup>11</sup> C. FRANCHINI, Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, I garanti delle regole, cit., p. 70.

### **Paragrafo 3**

#### **Il problema della legittimità costituzionale delle Autorità Amministrative Indipendenti. Il fondamento nel diritto europeo.**

La ricerca di un fondamento costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti, ha costituito per la dottrina oggetto di diverse posizioni.

Date le innegabili diversità tra le singole Autorità e l'eterogeneità delle loro finalità e della loro disciplina, 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>12</sup> e la Corte di Cassazione - che da ultimo, con sentenza n. 7341 del 20.05.2002 <sup>13</sup>, ha affermato l'impossibilità di configurare una categoria ulteriore e mediana tra amministrazione e giurisdizione <sup>14</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>15</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

---

<sup>12</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>13</sup> Cass. Civ., Sez. 20 maggio 2002, n. 7341.

<sup>14</sup> A. LALLI – Le Autorità indipendenti: controllo giurisdizionale e indipendenza. In <http://www.astrid-online.it/>

<sup>15</sup> Corte Cost., sentenza del 31 gennaio 2019, n. 13

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 dalla giurisprudenza, giacché condizione imprescindibile resta sempre l'essenziale requisito della terzietà, di cui l'AGCM risulta totalmente priva.<sup>16</sup>

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, 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 ecc.<sup>17</sup>

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>18</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

---

<sup>16</sup> M.CHIARELLI, L'Autorità garante della concorrenza non è giudice: nota a Corte costituzionale 31 gennaio 2019, n.13, in [www.federalismi.it](http://www.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>17</sup> M.CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2007, p.410 ss.

<sup>18</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.

Stato, a soggetti pubblici, che sono totalmente svincolati dal controllo e dall'indirizzo del governo e, dunque, potenzialmente privi di legittimazione democratica.<sup>19</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.

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>20</sup>.

In tal senso, nel 1997, è stato elaborato un tentativo di revisione della seconda parte della Costituzione, 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.

---

<sup>19</sup> R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, Nel diritto editore, 2018, p. 352

<sup>20</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; A. G. VITALE, *Autorità amministrative indipendenti e tentativi di riforma*, 4/2009, in [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com).

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 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.

Dette tesi dottrinali, invero, appaiono oggi superate se si tiene conto dell'attuale stadio del processo di integrazione europea, che ha spostato il campo di ricerca del fondamento costituzionale delle Autorità indipendenti (dal diritto costituzionale nazionale) al diritto europeo (in alcuni casi, contenuto addirittura nel diritto primario dell'Unione, equiparato al diritto costituzionale interno).

È infatti nel diritto europeo che le Autorità amministrative indipendenti trovano oggi la loro fonte di legittimazione.<sup>21</sup>

Si è detto infatti che l'indipendenza di questo modello di amministrazione è sancita nelle varie fonti europee che regolano i settori di azione delle Autorità indipendenti, ed è presidiata da una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>22</sup> volta proprio a rafforzare e tutelare la posizione di distacco delle Autorità da ogni forma di ingerenza esterna (sia in punto di organizzazione che in punto di azione), segnatamente da parte dei Governi nazionali.

Detto in altri termini, il diritto europeo – sempre più pervasivo nei vari settori, disciplinante oggi non più solo l'aspetto funzionale, ma anche quello organizzativo delle Autorità nazionali di regolazione e di controllo – ha ricondotto le Autorità indipendenti nell'ambito della Costituzione (così come integrata, ai sensi degli artt. 11 e 117, 1° co. Cost., dal diritto europeo)<sup>23</sup>, conferendo loro una nuova “legittimità costituzionale”, derivata dalla legittimazione europea.

Più perplessa appare invece la problematica relativa ai poteri esercitati dalle Autorità indipendenti e al loro fondamento.

---

<sup>21</sup> V. CERULLI IRELLI, L'amministrazione “costituzionalizzata”, cit., p. 25 ove l'A. afferma che “*questo modello di amministrazione di settore trova il suo fondamento e la sua legittimità costituzionale, nel diritto europeo; a mio giudizio, esclusivamente nel diritto europeo*”. F. DONATI, Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno, relazione al convegno annuale AIC 2005 su “L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali”, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), part. p. 25 ove si evidenzia che “*è il diritto comunitario a giustificare il venir meno del principio di responsabilità ministeriale ed a fornire in tal modo una base di legittimazione alle autorità indipendenti*”.

<sup>22</sup> La sentenza della Corte di Giustizia (9.3.2010, C-518/07, Commissione/Germania) sul caso dell'Autorità di controllo nazionale per la protezione dei dati personali.

<sup>23</sup> Sul rapporto tra art. 11 e 117, 1° co., Cost., v. Corte Cost. n. 227/2010, che sottolinea la maggiore ampiezza degli effetti scaturenti dalle limitazioni di sovranità contemplate dall'art. 11 (sul piano sostanziale e processuale, e nei confronti anche dell'amministrazione e della giurisdizione, oltre che della legislazione) rispetto al vincolo alla potestà legislativa sancito dall'art. 117, 1° co. Cost.: “*il limite all'esercizio della funzione legislativa imposto dall'art. 117, primo comma, Cost. è ... solo uno degli elementi rilevanti del rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione europea, rapporto che, complessivamente considerato e come disegnato da questa Corte nel corso degli ultimi decenni, trova ancora “sicuro fondamento” nell'art. 11 Cost.*”.



## **Paragrafo 4**

### **I poteri delle Autorità Amministrative Indipendenti. Una classificazione.**

Le Autorità indipendenti, deputate a settori sensibili della vita economica e sociale dello Stato, agiscono nell'esercizio di una pluralità di poteri che sfuggono ad una definizione unitaria, in quanto non è possibile individuare un unico modello di autorità indipendente, tanto più in assenza di una disciplina unitaria delle authorities.

Pur essendo comune alle diverse autorità la caratteristica della neutralità delle funzioni esercitate, resta il fatto che le funzioni e i poteri, esercitati dalle singole autorità, si differenziano a volte in modo profondo. Tuttavia è possibile classificare i poteri delle Autorità amministrative indipendenti in due differenti tipologie, di seguito specificate.<sup>24</sup>

La prima tipologia comprende i poteri normativi e amministrativi e la seconda, riconosciuta soltanto in capo ad alcune Autorità, comprende i poteri di natura processuale.

Con riferimento ai poteri normativi e amministrativi, occorre svolgere un'ulteriore classificazione, che consente di distinguere i poteri sotto due differenti profili.

Il primo profilo, di carattere strutturale, consente di distinguere i poteri normativi veri e propri, e cioè i poteri che si esplicano mediante l'adozione di atti c.d. normativi secondari (dotati perciò dei caratteri della generalità, dell'astrattezza e della innovatività), che costituiscono fonti del diritto, i quali restano al di fuori dalla funzione amministrativa di regolazione, dagli atti amministrativi. Sotto questo punto di vista rientrano pertanto nella funzione di regolazione soltanto i secondi.

Il secondo, di carattere funzionale, permette di separare, all'interno della macrocategoria dei poteri amministrativi di cui si compone la funzione di regolazione, i poteri amministrativi c.d. in senso stretto (autorizzatori, sanzionatori, contenziosi, e così via), dai poteri amministrativi c.d. in senso lato, che si esprimono mediante l'adozione di atti amministrativi generali che, essendo atti amministrativi, si differenziano dagli atti normativi non costituendo pertanto fonti del diritto, ma che spesso, in considerazione della autorevolezza della fonte da cui promanano, sono dotati del carattere della vincolatività.

---

<sup>24</sup> v. V. CERULLI IRELLI poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti su [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it) pp.2 e ss.

La distinzione strutturale tra tali poteri è importante perché differente è il ruolo che il principio di legalità riveste per il potere normativo e per i poteri amministrativi e differente è quindi il problema della ricerca del relativo fondamento.

La distinzione funzionale, come si avrà modo di approfondire nei capitoli successivi, è invece centrale per evidenziare come, tanto nell'uno quanto nell'altro caso, pur trattandosi di atti diversi dal punto di vista giuridico, l'effetto ultimo prodotto dai poteri amministrativi è quello di indicare agli altri operatori economici (e cioè, a coloro che non sono diretti destinatari dell'atto attraverso cui si esprime il singolo potere amministrativo di cui si tratta) la regola di condotta da seguire, ma con effetti indiretti che si riverberano anche sugli altri operatori che, seppur non direttamente destinatari del provvedimento adottato, sono di fatto persuasi dal seguire la specifica regola di condotta in esso indicata.

In questo senso, quindi, pur a fronte di tali distinzioni, si potrebbe parlare di un "effetto normativo" dei poteri amministrativi (tanto generali quanto puntuali) delle Autorità indipendenti.

Quindi, gli atti amministrativi adottati dalle Autorità indipendenti producono oltre agli effetti propri anche un effetto ulteriore, quello di conformazione, indicando (seppur indirettamente) la regola di condotta che gli operatori sono chiamati a seguire (se intendono evitare l'irrogazione di una sanzione, ovvero ottenere una determinata autorizzazione, e così via).

Ma tale constatazione – che riguarda il piano degli effetti diretti e indiretti prodotti dall'attività provvedimentale delle Autorità – non può comportare un'assimilazione dei vari poteri (normativi e amministrativi in senso stretto e in senso lato) che sono e restano differenti e pertanto devono essere trattati separatamente.

Le peculiarità del complesso sistema dei poteri delle Autorità indipendenti si comprendono anche se si guarda all'altra tipologia di poteri – di natura processuale, e cioè di accesso alla tutela giurisdizionale – riconosciuti in capo ad alcune Autorità.

Le speciali legittimazioni a ricorrere riconosciute in capo ad alcune Autorità sono state introdotte dal legislatore come strumento ulteriore di tutela – mediante l'esercizio di poteri non sostanziali ma processuali – dello specifico interesse pubblico di cui le Autorità stesse sono portatrici, in funzione appunto di enforcement, al fine di stimolare l'esercizio del sindacato del giudice deputato a verificare la legittimità dell'esercizio del potere amministrativo da parte delle Amministrazioni resistenti.

Si tratta di un potere che si atteggia come cerniera del complesso sistema di poteri che il legislatore – a volte autonomamente, a volte sotto la spinta del diritto europeo – ha riconosciuto a questo particolare modello di amministrazione, in modo da approntare ogni strumento che si renda utile e necessario al raggiungimento del fine e al perseguimento dell'interesse pubblico specifico.

La classificazione effettuata in questo ultimo paragrafo, rappresenta un'importante premessa per comprendere la struttura del lavoro di analisi costruita nei capitoli successivi, circa il rapporto tra i poteri esercitati dalle Autorità amministrative indipendenti e il principio di legalità.



## CAPITOLO II

### **I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti e il principio di legalità.**

#### **Paragrafo 1**

#### **Gli atti normativi delle Autorità amministrative indipendenti e le relative fonti.**

Come si è accennato, il quadro dei poteri normativi delle Aai, qui limitato a quelle preposte alla regolazione di mercati è assai ricco; come si desume dalla legislazione vigente (di fonte nazionale e comunitaria), variegata di previsioni, a volte esplicite; a volte reticenti; a volte strutturate attraverso norme a contenuto specifico e puntuale, in altri casi del tutto generiche fino a configurarsi come mere attribuzioni di potere.

Il quadro nelle sue grandi linee è il seguente.

“Con riferimento alle autorità - Banca d'Italia e Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) - operanti nel settore bancario, finanziario e mobiliare, la potestà regolamentare attribuita alle stesse trova la sua fonte, essenzialmente, nelle norme del d.lgs. 383/95 (c.d. Tub), e nelle norme del d.lgs. 58/98 (c.d. Tuf), e nella l. 216/74, istitutiva della Consob (a titolo meramente esemplificativo, senza voler enumerare le varie previsioni di legge, che attribuiscono alle autorità in questione espressamente il potere di adottare «regolamenti», v. art. 4, comma 1, Tub, secondo cui «la Banca d'Italia [...] emana regolamenti nei casi previsti dalla legge», l'art. 3 Tuf, che fa espresso riferimento ai «regolamenti» e ai «provvedimenti di carattere generale» della Consob e della Banca d'Italia, l'art. 1 della legge n. l. 216/74).

Per il settore delle telecomunicazioni, le norme di legge attributive del potere normativo all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom), si rinvencono, oltre che nella l. 481/95 istitutiva delle Autorità per i servizi di pubblica utilità (v., ad es., l'art. 2, co. 12, che elenca le funzioni affidate all'autorità), nella legge n. 249/97, istitutiva dell'Agcom (v., ad es., l'art. 1, co. 6, lett. c), secondo cui il Consiglio «garantisce l'applicazione delle norme legislative sull'accesso ai mezzi e alle infrastrutture di comunicazione, anche attraverso la predisposizione di specifici regolamenti», e il co. 9, relativo ai regolamenti interni di organizzazione e funzionamento); e nel d.lgs. n. 259/03, Codice delle comunicazioni elettroniche (v., ad es., l'art. 42, che definisce i «poteri dell'Autorità in materia di accesso ed interconnessione», riportato infra).

Per il settore dell'energia, si deve fare riferimento alla citata legge n. 481/95 e al d.lgs. n. 79/99, recante norme comuni per il mercato dell'energia elettrica, che contengono norme attributive di poteri normativi, o comunque a carattere generale, all'Autorità per l'energia elettrica e il gas (Aeeg). V., ad. es., l'art. 2, co. 12, lett. e), f), h) della l. n. 481/95, che affida all'Autorità le funzioni, rispettivamente: di stabilire e aggiornare «la tariffa base» del servizio pubblico; di emanare «le direttive per la separazione contabile e amministrativa» e di «verifica dei costi»; e «le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi»; ed anche il co. 23 del cit. art. 2, secondo cui l'Autorità disciplina «con proprio regolamento» audizioni periodiche di associazioni di consumatori, utenti, ecc.. Con riferimento al d.lgs. n. 79/99, v. gli l'art. 3, co. 3, secondo cui l'Autorità «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 l'art. 5, comma 1, per il quale l'Autorità «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».

Nel settore assicurativo, la normativa di legge, fonte dei poteri normativi dell'Autorità, è costituita dal Codice delle Assicurazioni private, di cui al d.lgs. n. 269/05 e dalla legge n. 576/82, di riforma della vigilanza sulle assicurazioni, istitutiva dell'Isvap. La normativa del Codice contiene un'attribuzione di potestà regolamentare all'Istituto di carattere generale (l'art. 5, infatti stabilisce che «l'Isvap adotta ogni regolamento necessario per la sana e prudente gestione delle imprese o per la trasparenza e la correttezza dei comportamenti dei soggetti» e l'art. 191, secondo cui «l'Isvap [...] adotta, con i regolamenti per l'attuazione delle norme contenute nel presente codice, disposizioni di carattere generale»), cui si affianca una potestà regolamentare su particolari materie. Ad esempio, l'art. 2, co. 6, in tema di classificazione per ramo delle assicurazioni sulla vita, stabilisce che «l'Isvap adotta, con regolamento, le istruzioni applicative sulla classificazione dei rischi all'interno dei rami»; l'art. 7, stabilisce che i reclami si propongono davanti all'Isvap secondo la procedura prevista con «regolamento adottato [...] nel rispetto dei principi del giusto procedimento»; l'art. 183, in materia di trasparenza delle operazioni e di protezione dell'assicurato, stabilisce che l'Isvap adotta, «con regolamento, specifiche disposizioni relative alla determinazione delle regole di comportamento da osservare nei rapporti con i contraenti».

Dall'esame delle citate norme di legge emergono una serie di considerazioni.

Anzitutto, si rileva che in capo a tutte le Autorità è prevista la titolarità di poteri di regolamentazione, sia aventi efficacia interna, sia produttivi di effetti all'esterno, cioè nei confronti dei soggetti, operatori ed utenti del settore economico sociale di competenza.

Le Aai hanno poteri di regolamentazione interna per quanto concerne l'organizzazione, il personale, la contabilità e lo svolgimento interno delle funzioni; adottando atti che le leggi stesse definiscono «regolamenti», attraverso i quali, appunto, le diverse autorità stabiliscono «le norme concernenti l'organizzazione interna e il funzionamento, la pianta organica del personale di ruolo» (art. 2, co. 28, l. n. 481/95); «l'organizzazione e il funzionamento, i bilanci, i rendiconti e la gestione delle spese, [...] nonché il trattamento giuridico ed economico del personale addetto [...] le modalità operative e comportamentali del personale, dei dirigenti e dei componenti della Autorità» (art. 1, co. 9, l. n. 249/97, per l'Agcom); «le norme concernenti la propria organizzazione ed il proprio funzionamento» (art. 1, l. 216/74, per la Consob).

Si tratta di poteri che rientrano nell'autonomia organizzativa (generalmente prevista) delle amministrazioni e degli enti pubblici, presentando, nel nostro caso, la particolarità che i relativi atti non sono sottoposti a procedimenti di controllo (peraltro si tratta di amministrazioni, indipendenti, appunto, in ordine alle quali perciò non sussistono poteri di vigilanza in capo alle autorità di governo).

Per quanto attiene ai poteri a carattere normativo produttivi di effetti all'esterno, tutte le autorità in esame sono titolari di vaste attribuzioni legislative, presentando tuttavia la legislazione vigente, rilevanti differenze quanto al tipo di disciplina.

Innanzitutto, vi sono casi in cui è la stessa legge a stabilire espressamente che determinati atti dell'autorità con rilevanza esterna, abbiano natura di «regolamenti» (ciò vale, in particolare, nel settore bancario, finanziario e assicurativo, le cui normative di settore attribuiscono alle autorità di regolazione il potere di adottare, appunto, «regolamenti» per disciplinare determinate materie).

Tuttavia, anche in questi casi, solo talvolta la legge stabilisce con precisione le modalità, i criteri e gli oggetti della regolamentazione. Si tratta di ipotesi estremamente limitate, tra cui si può citare, ad es., l'art. 33 Cod. assicur. priv., in base al quale «l'Isvap determina, con regolamento, per tutti i contratti da stipulare [relativi ai rami vita] che prevedono una garanzia di tasso di interesse un tasso di interesse massimo, che non può superare il sessanta per cento del tasso medio dei prestiti obbligazionari dello Stato»; l'art. 15,

co. 5, del Tuf, in tema di potestà regolamentare della Banca d'Italia sulla partecipazione al capitale in Sim e Sicav; al di fuori del quadro normativo indicato, a volte il legislatore interviene con successive norme limitative dei poteri normativi delle Autorità (come ad es. l'art. 1, co. 3, d.l. n. 7/07, conv. in l. n. 40/07, che limita il potere regolamentare dell'Agcom sui contratti per adesione con operatori della telefonia: Tar Lazio, n.5769/09).

Il più delle volte vi sono solo previsioni generiche su cui si fonda il potere normativo delle autorità. Ad esempio l'Isvap «adotta ogni regolamento necessario per la sana e prudente gestione delle imprese o per la trasparenza e la correttezza dei comportamenti dei soggetti vigilati» art. 5 Cod. assicur. priv.), mentre l'Agcom ha il compito di garantire mediante regolamenti, «l'applicazione delle norme legislative sull'accesso ai mezzi e alla infrastrutture di comunicazione» (art. 1, co. 6. lett. c) l. n. 249/97). Sui mercati finanziari, Consob e Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza regolamentare, sono tenute all'osservanza di alcuni generali principi stabiliti dalla legge (art. 6, co. 1, Tuf) circa la proporzionalità, l'agevolazione dell'innovazione e della concorrenza, e così via.

In questi casi, la legge attribuisce espressamente potestà regolamentare con rilevanza esterna alle autorità. Mentre in altri casi, i poteri normativi si desumono da generiche attribuzioni di compiti all'autorità, con l'indicazione degli scopi e dell'interesse pubblico da perseguire e tutelare nel settore.

Ad esempio, per il settore dell'energia, la l. n. 481/95, all'art. 2, co. 5, stabilisce che le autorità «sono preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza»; e la giurisprudenza del Consiglio di Stato (VI, 29/5/02, n. 2987), ad esempio, ha fondato proprio su questa generica previsione la legittimità dell'esercizio da parte dell'Aeeg di poteri normativi, volti a «dettare prescrizioni atte a garantire la sicurezza degli impianti» di erogazione gas. Per il settore delle comunicazioni, si può citare l'art. 42 del Cod. comun. elettr. cit., che, nel definire i «poteri dell'Autorità in materia di accesso ed interconnessione», stabilisce, tra l'altro, che «nel perseguire gli obiettivi stabiliti dall'articolo 13, l'Autorità incoraggia e garantisce forme adeguate di accesso, interconnessione e interoperabilità dei servizi, esercitando le proprie competenze in modo da promuovere l'efficienza economica e una concorrenza sostenibile e recare il massimo vantaggio agli utenti finali» e che gli obblighi e le condizioni imposti dall'autorità «sono obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori».

Le norme attributive alle Aai di poteri che possono tradursi, ed effettivamente si traducono in atti a contenuto normativo, spesso, dunque, consistono di mere attribuzioni di



potere, mentre solo in pochi casi dettano prescrizioni specifiche cui le autorità debbono attenersi nella adozione dei relativi atti (a fronte delle quali si esprime successivamente, come subito si mostra, il sindacato giurisdizionale sugli atti stessi)".<sup>25</sup>

E' sempre prevista per gli atti di questo tipo, normativi o comunque a contenuto generale, la pubblicazione in G.U.<sup>26</sup>.

Gli altri atti a carattere puntuale, di competenza delle medesime autorità, in genere vengono pubblicati nelle forme di pubblicazione interna.<sup>27</sup>

“Sul versante del procedimento, emerge che l'attività normativa delle Aai appare impostata (in mancanza della disciplina unitaria), secondo un modello unitario; che non è, come si è avvertito, proprio solo degli atti normativi, ma, possiamo dire, è comune a tutti gli atti a contenuto generale, e quindi anche degli atti normativi. Modello invero del tutto alternativo a quello proprio degli atti normativi del governo (art. 17, l. n. 400/88), ai quali per il loro contenuto, per la loro portata normativa, si direbbe, gli atti in esame possono essere rapportati (altre discipline si applicano nell'ambito di altre manifestazioni del potere normativo, regionale, locale, ecc.).

Gli elementi di questo modello organizzativo, fortemente differenziato rispetto a quello tradizionale (cui resta accomunato, ovviamente, dalla pubblicazione in G.U. dell'atto, senza la quale l'atto non potrebbe essere qualificato come atto normativo) sono fondamentalmente due: il procedimento partecipato, la motivazione.

E difatti, nell'ambito di tutte le autorità in esame, con qualche differenza di disciplina e sulla base di previsioni di diversa fonte, è sempre prevista l'applicazione dei principi e delle

---

<sup>25</sup> V. CERULLI IRELLI poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti su [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it) pp. 4-6

<sup>26</sup> Per gli atti della Banca d'Italia, v. l'art. 8, co. 2, Tub, secondo cui «i provvedimenti di carattere generale della Banca d'Italia sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana quando le disposizioni in essi contenute sono destinate anche a soggetti diversi da quelli sottoposti a vigilanza». Per gli atti della Consob, l'art. 3 Tuf stabilisce che «i regolamenti e i provvedimenti di carattere generale della Banca d'Italia e della Consob sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale». Per gli atti dell'Isvap, l'art. 9, comma 5 Cod. assicur. priv. stabilisce che «i regolamenti, le raccomandazioni di carattere generale adottati dall'ISVAP sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale». Per gli atti dell'Aeeg, è il regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità, approvato con deliberazione n. 26/01, all'art. 6, a stabilire che «la pubblicità delle deliberazioni a carattere generale è assicurata attraverso la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale». Per gli atti dell'Agcom, l'art. 10-bis del nuovo regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'autorità, approvato con deliberazione n. 316/02/CONS, stabilisce che «le delibere che hanno rilevanza generale dell'Autorità» sono pubblicate in G.U. (e, più in generale, «degli atti emessi nell'esercizio delle funzioni istituzionali»).

<sup>27</sup> L'art. 3 del Tuf stabilisce che, oltre i regolamenti, «gli altri provvedimenti rilevanti relativi ai soggetti sottoposti a vigilanza sono pubblicati dalla Banca d'Italia e dalla Consob nei rispettivi Bollettini». L'art. 9, comma 5 Cod. assicur. priv. stabilisce che «ogni altro provvedimento rilevante relativo ai soggetti sottoposti a vigilanza, sono pubblicati dall'ISVAP nel suo bollettino». Con riferimento agli atti dell'Aeeg, l'art. 2, comma 26, l. 481/95, prevede che «la pubblicità di atti e procedimenti delle Autorità è assicurata anche attraverso un apposito bollettino pubblicato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri».

regole circa il giusto procedimento e la motivazione degli atti. In alcuni casi, come per l'Agcom (art. 11, d.lgs. n. 259/03), con estensione a tutti gli atti dell'autorità «che abbiano un impatto rilevante sul mercato di riferimento»; opera la prescrizione specifica circa l'osservanza della l. n. 241/90 (art. 13, d.lgs. n. 259/03; si v. anche il regolamento di organizzazione e funzionamento, adottato con la delibera n. 316/02/CONS e succ. modif., il quale stabilisce, all'art. 26, che «nell'esercizio delle proprie attività, l'Autorità si ispira ai principi della trasparenza, della partecipazione e del contraddittorio stabiliti dalla legge 7 agosto 1990 n. 241»). E così anche per l'Isvap, il Cod. assicur. priv., all'art. 9, co. 3, stabilisce l'applicazione dei principi sulla partecipazione e sull'accesso stabiliti dalla l. n. 241/90, e all'art. 191, co. 4, prevede che i regolamenti sono adottati «nel rispetto di procedure di consultazione aperte e trasparenti che consentano la conoscibilità della normativa in preparazione e dei commenti ricevuti». In altri casi, come per l'Aeeg, è la stessa autorità a definire le disposizioni generali in materia di svolgimento dei procedimenti, individuando uno specifico procedimento partecipato «per la formazione di atti normativi e di atti a contenuto generale» (art. 5, delib. n. 61/97).

L'applicazione di questi principi e regole, peraltro, è ritenuta dalla giurisprudenza ormai si direbbe consolidata, e anche a prescindere da singole disposizioni di legge, prescritta a pena di invalidità dei relativi procedimenti.

Curiosamente si tratta proprio dei due elementi – la partecipazione e la motivazione – che la legge generale sull'azione amministrativa esclude siano prescritti nell'ambito dei procedimenti per l'adozione degli atti normativi (art. 3, co. 2 e art. 13, co. 2, l. n. 241/90).

In questi procedimenti i soggetti portatori degli interessi coinvolti nell'adozione dell'atto (perché destinati a subirne gli effetti) diventano parti necessarie (nel senso di cui all'art. 7 della stessa l. n. 241/90) cui l'avvio del procedimento dovrebbe essere comunicato, che possono presentare memorie e documenti, istanze ed osservazioni: soggetti identificati negli operatori del settore di competenza e loro rappresentanze collettive nonché nelle associazioni dei consumatori e degli utenti.

Della attività di partecipazione, dei suoi esiti in ordine alle decisioni finali dell'autorità, nel confronto dialettico degli interessi, viene dato ampio riscontro nella motivazione degli atti, spesso assai analitica, tale da consentirne il più penetrante sindacato<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> V. CERULLI IRELLI poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti su [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it) cit. pp. 7-8

## Paragrafo 2

### **La funzione normativa delle Autorità amministrative indipendenti, considerazioni critiche.**

Uno dei nodi più spinosi che il tema delle Autorità indipendenti pone è quello dell'attribuzione ad esse di poteri di normazione secondaria.

L'analisi del potere normativo delle Autorità indipendenti comporta la necessità di affrontare alcune questioni problematiche, tra cui l'individuazione dei caratteri dell'atto normativo secondario al fine di distinguere lo stesso dall'atto amministrativo a contenuto generale; l'analisi della norma attributiva del potere normativo per verificare l'effettivo rispetto del principio di legalità e del principio democratico; la collocazione degli atti normativi delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti.

Come noto, la nozione di atto normativo – di normazione secondaria – come fonte del diritto è di elaborazione dottrinale.

Non esiste nel nostro ordinamento – a differenza della legge <sup>29</sup> – una nozione positiva di atto normativo secondario, nella quale siano indicati con precisione gli elementi (formali e sostanziali) al ricorrere dei quali un atto può essere qualificato come tale.

Né può essere utilizzato in via generale un criterio di carattere formale per l'individuazione dell'atto di normazione secondaria. Ed infatti, soltanto per i regolamenti adottati dal Governo (emanati con decreto del Presidente della Repubblica) e per i regolamenti ministeriali e interministeriali, la legge (art. 17, co. 4, l. 23.8.1988, n. 400) disciplina uno specifico procedimento, che prevede l'espressione del parere da parte del Consiglio di Stato, la sottoposizione al visto ed alla registrazione della Corte dei conti e la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

A fronte dell'inadeguatezza del solo criterio formale per la qualificazione di un atto come normativo secondario, la dottrina ha elaborato un criterio - generalmente seguito anche in giurisprudenza <sup>30</sup> - di tipo materiale o sostanziale.

---

<sup>29</sup> La normazione primaria – oltre che, ovviamente, quella di rango costituzionale – è facilmente individuabile sulla base di precisi requisiti formali, essendo la disciplina del procedimento per l'adozione (procedimento legislativo) puntualmente previsto dalla Costituzione.

<sup>30</sup> Nella giurisprudenza costituzionale, v. Corte cost. n. 278/2010, che individua il potere di normazione – e dunque l'atto di normazione secondaria – nella “*produzione di norme generali ed astratte, con cui si disciplinano i rapporti giuridici, conformi alla previsione normativa, che possano sorgere nel corso del tempo*”; al contrario, si è al cospetto di un atto amministrativo generale laddove la potestà esercitata dall'amministrazione “*esprime una scelta di carattere essenzialmente tecnico, con cui l'amministrazione persegue la cura degli interessi*”

In base a tale criterio un atto, formalmente amministrativo, ha natura normativa qualora il relativo contenuto sia caratterizzato da astrattezza e generalità. Deve trattarsi cioè di un atto le cui disposizioni “siano destinate a valere per tutti i possibili futuri casi concreti, e nei riguardi di tutti i possibili soggetti implicati in questi ultimi”<sup>31</sup>. Altro requisito ritenuto necessario è la c.d. innovatività, e cioè l’idoneità dell’atto “ad innovare nel sistema delle norme preesistenti”<sup>32</sup>.

L’assenza di una precisa indicazione legislativa in ordine alla nozione di atto normativo comporta conseguenze circa la distinzione con altri atti, c.d. amministrativi a contenuto generale.<sup>33</sup>

La distinzione tra atti a contenuto generale e atti regolamentari a contenuto normativo conserva rilievo in considerazione delle conseguenze circa il regime giuridico applicabile ai relativi atti a seconda dell’iscrizione all’una o all’altra categoria. Come noto, infatti, solo i regolamenti, in quanto atti normativi, sono fonti del diritto, e cioè “rappresentano una componente del sistema normativo della comunità nazionale” e sono “parte di quel complesso normativo che tutti gli appartenenti a questa sono tenuti ad osservare ... indipendentemente

---

*pubblici a essa affidati dalla legge” con un atto “la cui sfera di efficacia si esaurisce e si consuma entro i limiti, obiettivi e temporali, della scelta stessa”.*

*Nella giurisprudenza civile v. Corte Cass., S.U., 28.11.1994, n. 10124, secondo cui “a differenza degli atti e provvedimenti amministrativi generali - che sono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono rivolti alla cura concreta d’interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili - i regolamenti sono espressione di una potestà normativa attribuita all’amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all’ordinamento giuridico esistente, con precetti aventi i caratteri della generalità e dell’astrattezza”.*

*Nella giurisprudenza amministrativa v. Cons. St., Ad. plen., 4.5.2012, n. 9 ove al fine di distinguere tra atto normativo e atto amministrativo generale, il Consiglio di Stato ricorre ad un criterio materiale, costituito dal “requisito della indeterminabilità dei destinatari”, rilevando che “è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell’astrattezza), mentre l’atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti”, evidenziando sul punto che non è condivisibile l’orientamento secondo cui può essere qualificato come normativo soltanto l’atto che si indirizza, indistintamente, a tutti i consociati. Sul punto, infatti, l’Adunanza plenaria ha evidenziato che “l’ordinamento conosce innumerevoli casi di disposizioni “settoriali” della cui natura normativa nessuna dubita”, nell’ambito dei quali “la “generalità” e l’“astrattezza” che, come comunemente si riconosce, contraddistinguono la “norma”, non possono e non devono essere intesi nel senso di applicabilità indifferenziata a ciascun soggetto dell’ordinamento, ma, più correttamente, come idoneità alla ripetizione nell’applicazione (generalità) e come capacità di regolare una serie indefinita di casi (astrattezza)”. Dunque, il “carattere normativo di un atto non può pertanto essere disconosciuto solo perché esso si applica esclusivamente agli operatori di un settore ... dovendosi, al contrario, verificare, se, in quel settore, l’atto è comunque dotato dei sopradescritti requisiti della generalità e dell’astrattezza”.*

<sup>31</sup> A.M. SANDULLI, L’attività normativa della pubblica amministrazione, cit., p. 67

<sup>32</sup> A.M. SANDULLI, L’attività normativa della pubblica amministrazione, cit., p. 79

<sup>33</sup> M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali, in Riv. trim. dir. pubbl., Giuffrè Editore 2013, pp. 53 ss

dall'averne effettiva conoscenza (*nemo jus ignorare censetur*); che i giudici sono tenuti ad applicare senz'altro *ex officio* (*iuria novit curia*), per il sol fatto dell'avvenuta pubblicazione dei singoli elementi che lo compongono ... e ad interpretare secondo le regole proprie (non ai contratti e agli altri atti non creativi di ordinamento giuridico, ma) agli atti normativi; che, se non osservato o falsamente applicato nelle sentenze, può esser causa dell'annullamento di queste da parte della Corte di Cassazione<sup>34</sup>. Inoltre, valgono con riferimento agli atti normativi i criteri interpretativi posti dall'art. 12 Preleggi.

Pur essendo chiare le differenze di regime giuridico applicabile, appare evidente come la qualificazione di un atto come normativo secondario o come amministrativo generale sia in ultima battuta rimessa all'interpretazione giurisprudenziale, chiamata ad individuare la ricorrenza nel singolo caso di specie dei caratteri che abbiamo visto essere propri degli atti normativi (astrattezza, generalità, innovatività).

Sul punto, merita di essere preliminarmente sottolineato che proprio nel settore delle Autorità indipendenti la distinzione – già difficoltosa, come visto – tra atti amministrativi generali e atti normativi secondari (coincidenti dal punto di vista formale) tende ad assottigliarsi in considerazione del contenuto degli atti adottati dalle Autorità che presenta in molti casi il carattere dell'innovatività che abbiamo visto caratterizzare (oltre alla astrattezza e alla generalità) la categoria della normazione secondaria<sup>35</sup>, oltre che dell'effetto ultimo prodotto di conformazione delle condotte dei soggetti sottoposti a regolazione.

E la distinzione appare ancor più spinosa in ragione del regime di pubblicità degli atti (sia normativi secondari che amministrativi generali), analogo per entrambe le categorie<sup>36</sup>, oltre che del procedimento partecipato attraverso cui le Autorità giungono all'adozione tanto dell'uno quanto dell'altro tipo di atto.

---

<sup>34</sup> A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., pp. 9-10.

<sup>35</sup> M. RAMAJOLI, M. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in Riv. trim. dir. pubbl., Giuffrè Editore 2013 cit., che evidenzia la labilità della distinzione tra atti amministrativi generali e atti normativi con riferimento ad alcune delibere delle Autorità di regolazione non “divergano dai tradizionali atti regolamentari dal punto di vista contenutistico e quindi dal punto di vista delle modalità di disciplina della materia”, trattandosi di “disposizioni che hanno la caratteristica della novità, introducendo condizioni e prescrizioni ulteriori rispetto a quelle fino a quel momento esistenti” (p. 59).

<sup>36</sup> Sotto il profilo formale, occorre evidenziare che tanto gli atti normativi veri e propri quanto gli atti amministrativi generali adottati dalle Autorità indipendenti sono sottoposti a un regime di pubblicità che ne garantisce la generale conoscibilità. Tali atti sono infatti generalmente pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica, a differenza degli atti amministrativi puntuali, i quali sono soggetti ad un regime di pubblicità meramente interno (sono generalmente pubblicati sul solo bollettino dell'Autorità).

### Paragrafo 3

#### **Posizione di contrasto con il principio di legalità: dalla legalità sostanziale alla legalità procedimentale. Due diversi orientamenti.**

Dalla trattazione fino ad ora svolta, emerge una ulteriore e approfondita riflessione.

Si è visto come in molti casi le Autorità indipendenti adottino veri e propri atti normativi sulla base di disposizioni legislative contenenti formulazioni generiche, a volte limitate alla mera indicazione degli obiettivi da raggiungere; disposizioni (e dunque atti) che trovano talvolta il loro fondamento anche nel diritto europeo (nel diritto derivato dell'Unione).

Altre volte, il potere normativo, pur non espressamente previsto, è ricavato implicitamente da una interpretazione sistematica del quadro normativo di riferimento. Si tratta del ricorso al criterio dei poteri impliciti<sup>37</sup>, meno rilevante invero per i poteri normativi – i quali devono avere sempre una base legale (seppur in alcuni casi generica) – rispetto ai poteri amministrativi provvedimentali, in cui tale criterio serve a giustificarne l'esistenza. La ragione a fondamento di tale elasticità nella formulazione della norma attributiva del potere normativo risiede nella necessità di consentire alle Autorità indipendenti di regolare nel modo più efficiente (e repentino) i settori cui sono deputate, caratterizzati da elevato tecnicismo, da continui mutamenti e da una rapida evoluzione tecnologica, e nella contestuale e conseguente impossibilità per il legislatore di definire in maniera compiuta concetti indeterminati,

---

<sup>37</sup> Chiaro in tal senso G. MORBIDELLI, Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti, cit. pp. 709, 710: nel caso dei regolamenti delle Autorità indipendenti *“nell'andare a determinare in concreto il contenuto della potestas regolamentare il ricorso alla tesi dei poteri impliciti è quasi fisiologico”* senza che ciò comporti *“un vulnus al principio di legalità”*; infatti *“con riguardo ai poteri regolamentari, il ricorso al criterio degli implied powers serve ad individuare i confini esterni della “competenza” o in altre parole l'estensione di un potere (appunto regolamentare) sicuramente attribuito dalla legge”*, a differenza dei *“poteri provvedimentali”* in cui *“si tratta non di esaminare i limiti esterni della competenza, ma la stessa esistenza della competenza ad esercitare quello specifico potere”*. Ed ancora, con riguardo all'attribuzione di poteri normativi, secondo l'A. *“la individuazione di poteri o di compiti non espressamente indicati dal testo normativo, ma comunque riconducibili ad esso, è una operazione ricorrente, anzi tipica dell'ermeneutica, operazione la quale, si intende, ove esercitata leggendo correttamente la ratio della legge, contribuisce a determinarne il significato e dunque la portata dell'attribuzione del potere regolamentare”*.

In giurisprudenza si registrano aperture nel senso della compatibilità con la Costituzione del riconoscimento di poteri impliciti nei settori soggetti a regolazione delle Autorità indipendenti. Si v. per tutte l'importante pronuncia del Consiglio di Stato, VI, 20.3.2015, n. 1532, ove si sottolinea che *“la parziale deroga al principio di legalità in senso sostanziale (che si estrinseca, in particolare, attraverso la tipica forma di esercizio del potere regolamentare ai sensi dell'art. 17 [l.n. 400/1988], secondo un sistema ispirato a una rigorosa tipicità) si giustifica nel caso delle Autorità indipendenti, in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema”*; dunque, *“una predeterminazione legislativa rigida risulterebbe invero di ostacolo al perseguimento di tali scopi”*, con la conseguente *“conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori ..., dei poteri impliciti”*.

altamente tecnici e specialistici, nell'ambito dei quali ricondurre i comportamenti degli operatori economici del settore.

Si pone pertanto il problema di verificare se norme attributive del potere normativo contenenti formulazioni così generiche, senza l'indicazione di precisi criteri cui il concreto esercizio del potere normativo debba confrontarsi, siano compatibili con il principio di legalità<sup>38</sup> e, dunque, siano conformi a Costituzione.

Sull'argomento, dottrina e giurisprudenza, non hanno espresso uniformità di vedute.

Da un lato, una grande parte della dottrina condivide ampiamente la compatibilità dei poteri impliciti con la Costituzione. Questo è l'orientamento, ad esempio, che emerge dall'analisi della riflessione scientifica sul principio di legalità nell'azione amministrativa, svolta da Aldo Travi.<sup>39</sup>

“Secondo la ricostruzione del principio di legalità effettuata da Aldo Travi, esso implica, infatti, che «a fondamento del c.d. potere amministrativo vi sia» [cioè, debba esservi] «una norma giuridica [...] e che da quella norma il provvedimento derivi la matrice che definisca anche gli obiettivi e gli interessi perseguiti»<sup>40</sup>

Della matrice definita dalla norma attributiva del potere, il primo tratto essenziale da evidenziare è che essa non può non esserci: la regola della tipicità implica che l'amministrazione a cui il potere è conferito debba sempre ricercare nella norma ampiezza, limiti e condizioni di esercizio del medesimo.

La tipicità è dunque intesa da Travi come regola sull'interpretazione delle norme attributive di poteri amministrativi: regola che «si traduce anche in un fattore di “precomprensione” delle disposizioni di diritto amministrativo» e che impone all'interprete di assumere che «la norma sul potere amministrativo abbia sempre un contenuto precettivo sostanzioso, ancorché maggiore di quello enunciato dal testo della disposizione».<sup>41</sup>

Tale matrice “obbligatoria” deve contenere – ed è il secondo tratto sostanziale della stessa – «tutti gli elementi sostanziali ai quali venga riconosciuto carattere qualificante», perché il suo scopo è di orientare lo svolgimento dell'azione amministrativa «in termini

---

<sup>38</sup> V.P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., pp. 73 ss., A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>39</sup> V. E. BRUTI LIBERATI “La Legalità presa sul serio” in A. TRAVI, *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto, L'opera scientifica di Aldo Travi* edizioni ETS 2022, cit. pp. 63-64.

<sup>40</sup> V.A. Travi “Tipicità degli atti e potere amministrativo”, cit. p. 532

<sup>41</sup> V.A. Travi “*Tipicità degli atti e potere amministrativo*”, cit. pp. 532 – 533

sostanziali» e dunque di circoscrivere l'ampiezza del potere amministrativo e di dettare «limiti e condizioni» per l'esercizio dello stesso.

L'esistenza di tale matrice non esclude affatto, com'è per molte ragioni ovvio ma come è comunque opportuno sottolineare, che l'amministrazione debba confrontarsi puntualmente con i fatti sui quali deve provvedere e adeguare la sua azione ai medesimi: ma implica che tale adeguamento non possa essere rimesso all'arbitrio della stessa e debba invece rimanere saldamente ancorato alle indicazioni formulate o comunque desumibili dalle norme.”

In forza della regola di tipicità, si deve assumere che «la norma sul potere amministrativo abbia sempre un contenuto precettivo sostanzioso, ancorché maggiore di quello enunciato dal testo della disposizione». <sup>42</sup>

Dunque, l'amministrazione deve desumere dalle norme perimetro, limiti e condizioni di esercizio del potere anche se esse non li hanno posti esplicitamente. E deve farlo, secondo un criterio di coerenza, necessità e proporzionalità.

Ad avviso di Aldo Travi, il principio di tipicità deve applicarsi ad esempio, negli atti procedurali, per le clausole accessorie del procedimento e per gli accordi conclusi nell'esercizio di un potere amministrativo, ma con la flessibilità derivante dal fatto che gli elementi che costituiscono la matrice del potere possono essere anche ricavati in via implicita dalle norme che regolano quel potere, a condizione peraltro che il loro fondamento «sia sempre univoco, [...], applicando un criterio di necessità e proporzionalità» e che l'amministrazione sia «in grado di fornire una giustificazione oggettiva delle sue scelte». <sup>43</sup>

In conclusione, e riassumendo, “ la regola della tipicità implica, secondo Aldo Travi, che ogni norma attributiva di un potere amministrativo debba porre la matrice che definisce gli elementi qualificanti del medesimo: interessi da perseguire, ampiezza, limiti e condizioni di esercizio. Non è detto che tutti questi elementi siano esplicitati dalla norma attributiva, o comunque dalle altre disposizioni che regolano quel potere, ma la pubblica amministrazione e il giudice devono in tal caso desumerli da esse sulla base di un parametro di coerenza, necessità e proporzionalità”. <sup>44</sup>

Nel panorama variegato della giurisprudenza amministrativa sul principio di legalità, è certamente presente in essa un orientamento interpretativo che mostra elementi evidenti e

---

<sup>42</sup> V.A. Travi “*Tipicità degli atti e potere amministrativo*”, cit. pp. 532 – 533

<sup>43</sup> V.A. Travi “*Tipicità degli atti e potere amministrativo*”, cit. p. 541

<sup>44</sup> V. E. BRUTI LIBERATI “La Legalità presa sul serio” in A. TRAVI, *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto*, L'opera scientifica di Aldo Travi edizioni ETS 2022, cit. p. 65.



assai significativi di vicinanza a questa tesi, tanto sotto il profilo concettuale quanto sotto quello delle implicazioni di regime giuridico che vengono tratte dal principio di legalità.

In una recente sentenza del Consiglio di Stato in materia di poteri regolatori della Consob, e in particolare del potere di rettifica del prezzo delle offerte pubbliche di acquisto, si legge che, secondo «quanto costituzionalmente imposto», il principio di legalità «non può compendiarsi nella sola attribuzione di competenza amministrativa, dovendosi ad essa accompagnarsi un corredo “minimo” di direttrici sostanziali riferite agli scopi, all’oggetto e ai presupposti. Sebbene in molti settori dell’ordinamento la legalità amministrativa abbia dovuto abbandonare ogni velleità di compiuta tipizzazione dell’attività e degli effetti, quanto meno nei settori di attività che la costituzione riserva alla legge (viene qui in rilievo una restrizione del diritto di libertà economica, di cui all’art. 41 Cost.), va ribadito che il principio di legalità risulta rafforzato in senso “sostanziale” (nel senso di postulare sia il fondamento legislativo dei poteri conferiti all’amministrazione, sia l’apposizione di limiti contenutistici alla sua azione)». <sup>45</sup>

Per quanto la terminologia utilizzata sia in parte diversa, l’assonanza con la tesi proposta da Aldo Travi appare notevole: il «corredo minimo di direttrici sostanziali riferite agli scopi, all’oggetto e ai presupposti» a cui si riferisce la sentenza sembra difatti somigliare da vicino a quella “matrice” normativa che per Travi deve definire gli «elementi sostanziali [del potere] ai quali venga riconosciuto carattere qualificante». <sup>46</sup>

Inoltre, la pronuncia in questione “dà prova di prendere sul serio le implicazioni del canone della legalità (nella sua stretta connessione con il principio di certezza del diritto) anche ai fini della concreta individuazione delle condizioni di esercizio del potere oggetto della controversia: e infatti tali condizioni vengono ricercate e identificate non già nel riferimento a qualche (più o meno opinabile) esigenza di pubblico interesse, bensì negli «indici normativi di sistema» risultanti dalla disciplina normativa direttamente o indirettamente rilevante.

Anche per tale sentenza, come per Travi, se è ovvio che il potere amministrativo deve adattarsi al fatto, nelle sue spesso imprevedibili specificità, tuttavia esso deve farlo alla luce e in coerenza con le norme che attengono allo stesso. Norme che, come emerge chiaramente dalla pronuncia in questione, possono anche essere diverse da quella attributiva del potere esercitato, ma che comunque esprimono con riguardo al potere da esercitare una scelta

---

<sup>45</sup> V. Cons. di St. VI, 9 novembre 2018, n. 6330, Pres. Santoro, est. Simeoli .

<sup>46</sup> V. Così A. Travi, *Tipicità degli atti e potere amministrativo*, cit., p. 533.

legislativa di cui l'interprete è obbligato a tenere conto nell'individuare la matrice del potere".<sup>47</sup>

Accanto a pronunce come quella richiamata,<sup>48</sup> ve ne sono poche altre che accolgono un'impostazione assai diversa, e, se non proprio opposta, comunque ben lontana dal concepire il potere amministrativo come necessariamente vincolato da una matrice esplicitamente o implicitamente risultante dalle norme. Si afferma, ad esempio, in una sentenza del Consiglio di Stato relativa alla legge n. 481 del 1995 sulla regolazione dei servizi di pubblica utilità, e in particolare ai poteri dell'attuale Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente – una sentenza ben nota e frequentemente richiamata dalla giurisprudenza successiva anche per la drastica linearità dei rilievi in essa formulati – che «come molte leggi istitutive d'Amministrazione indipendenti [essa] è una legge d'indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare. La natura della copertura legislativa è adeguata alle peculiarità dei poteri dell'Amministrazione indipendente quale amministrazione che si "autoprogramma" secondo le finalità indicate dal legislatore. Se così è, allora non può lamentarsi alcuna carenza di prescrittività del dettato normativo che, stabiliti i poteri e le finalità dell'Autorità, secondo la tecnica del "programma legislativo aperto", rinvia al procedimento e alle garanzie della partecipazione per fare emergere la regola che, dopo l'intervento degli interessati, appaia, tecnicamente, la più idonea a regolare la fattispecie». <sup>49</sup>

“Per questa pronuncia le amministrazioni, o almeno quelle indipendenti, potrebbero “autoprogrammarsi” assumendo di avere ricevuto dal legislatore una delega sostanzialmente in bianco, fatta salva la generica indicazione delle finalità da perseguire, e potrebbero far emergere direttamente dal procedimento, sia pure con la partecipazione degli interessati, la norma più idonea a regolare la fattispecie. Esse, dunque, non sarebbero in alcun modo tenute a ricavare dalle norme gli elementi essenziali e qualificanti del potere, o, per riprendere ancora quanto affermato dallo stesso Consiglio di Stato nella sentenza n. 6330/2018 sopra

---

<sup>47</sup> V. E. BRUTI LIBERATI “La Legalità presa sul serio” in A. TRAVI, Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto, L'opera scientifica di Aldo Travi edizioni ETS 2022, cit. p. 67.

<sup>48</sup> V, ad esempio, nello stesso senso Tar Lombardia, sez. II, 4 aprile 2002, n. 1331; Tar Lombardia, sez. IV, 6 febbraio 2006, n. 246; Tar Lombardia, sez. III, 14 marzo 2013, n. 683

<sup>49</sup> V. Cons. Stato, VI, 17 ottobre 2005, n. 5827, Pres. Varrone, est. Montedoro. Si noti che la sentenza riprende largamente concetti ed espressioni formulati, in termini generali e in chiave politologica, da J. Habermas Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia, Guerini e ass., Milano 1996 (poi anche Laterza, Bari 2013), che erano stati richiamati – ma criticamente rispetto “alla caduta della legalità sostanziale” che così si realizza – da M. Clarich, Garanzia del contraddittorio nel procedimento, relazione al Convegno su Le autorità amministrative indipendenti, in memoria di Vincenzo Caianiello, Roma, 9 maggio 2003.

richiamata, il «corredo minimo di direttrici sostanziali riferite agli scopi, all'oggetto e ai presupposti»<sup>50</sup>.

Da un lato opposto, infatti, in dottrina vi è chi, come Paolo Grossi, delinea una prospettiva radicale, nettamente critica e ostile, sul piano politico-culturale, al principio di legalità, oltre che a quello di certezza del diritto.<sup>51</sup>

Secondo questa prospettiva, il principio di legalità è direttamente collegato al principio democratico di cui all'art. 1 Cost., in base al quale soltanto organi rappresentativi della collettività, appartenenti al circuito democratico-rappresentativo, possono operare scelte e stabilire i bisogni della collettività, cui appartiene la sovranità.

In virtù di tale principio “ogni potere è legittimo (è ammesso) solo se fondato sulla legge, in quanto espressione della volontà popolare”.<sup>52</sup>

Come osservato in dottrina, il principio di legalità, letto alla luce del principio di sovranità popolare, deve essere interpretato con maggior rigore quando il potere normativo è attribuito ad autorità non direttamente rappresentativa del popolo, con la conseguenza che “tanto più viene rispettato il principio tanto più l'atto normativo proviene dalla rappresentanza della volontà popolare”<sup>53</sup>.

È evidente, pertanto, da questo punto di vista, il rapporto ontologicamente problematico tra l'attribuzione di poteri normativi in capo ad Autorità indipendenti, estranee al circuito democratico rappresentativo, e il principio di legalità.

---

<sup>50</sup> V. “La Legalità presa sul serio” in A. TRAVI, Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto, L'opera scientifica di Aldo Travi edizioni ETS 2022, cit. p. 69.

<sup>51</sup> V. P. Grossi, Sull'odierna “incertezza” del diritto, cit., pp. 1 ss., in part. pp. 25 s. V. anche M. Vogliotti, Legalità, cit., pp. 371 ss.

<sup>52</sup> G.U. RESCIGNO, Sul principio di legalità, cit., p. 265

<sup>53</sup> G.U. RESCIGNO, Sul principio di legalità, cit. part. pp. 267 e 268, ove l'A. evidenzia che “se il principio di legalità deriva ed è collegato con la sovranità popolare, ben diverso dovrebbe essere il ragionamento quando si misura la legittimità di un atto normativo di autorità rappresentativa e invece di autorità non rappresentativa (o indirettamente rappresentativa)”, sottolineando che “paradossalmente nell'ordinamento italiano avviene esattamente il contrario: si è molto occhiuti e severi contro le leggi regionali e di regolamenti locali, e molto benevoli verso i regolamenti dell'esecutivo, o di altre autorità (ad es. le autorità c.d. indipendenti)”. L'A., proprio in ragione dell'assenza del carattere della rappresentatività, dubita della legittimità dei regolamenti delle Autorità indipendenti, osservando in via generale che “il moltiplicarsi delle autorità c.d. indipendenti rientra in una tendenza generale, di livello mondiale, attraverso cui il capitalismo, superando le barriere nazionali, costruisce gli strumenti di regolazione e controllo coerenti con le sue leggi di movimento (il nuovo jus mercatorum, come è stato efficacemente battezzato): le autorità indipendenti sono le agenzie locali di tale movimento, e perciò hanno da essere indipendenti dal potere politico nazionale, per rispondere alle ragioni per cui sono volute e potenziate”. In giurisprudenza, v. Cons. St., VI, n. 5622/2008: “la previsione del potere normativo di un soggetto diverso dal legislatore e, segnatamente, di un organo amministrativo (pur se imputabile allo Stato-comunità e non all'amministrazione in senso tradizionale), deve necessariamente trovare fondamento in una previsione di legge, a garanzia dei principi fondamentali dello Stato di diritto, sanciti dalla Costituzione”.

Del principio di legalità sono state formulate, nel corso del tempo e a seconda dei diversi contesti ordinamentali, due differenti declinazioni. E così, dal principio di legalità formale, inteso come mera previsione legislativa dell'intervento regolamentare, si è passati al principio di legalità sostanziale, il quale impone che la fonte normativa secondaria (non solo) abbia una base legale (legislativa), ma che anche il contenuto sia conforme agli scopi e ai criteri dettati dalla norma legislativa.

L'assenza di una chiara e specifica previsione legislativa circa il contenuto e i limiti del potere normativo attribuito volta per volta alle Autorità indipendenti finirebbe per svuotare il ruolo del Parlamento, determinando, soprattutto ove la materia sia coperta da riserva di legge, un sicuro contrasto della norma attributiva con la Costituzione.

E così una parte di dottrina<sup>54</sup> ha individuato la soluzione nella necessaria partecipazione degli operatori economici interessati ai procedimenti intesi all'adozione di atti di normazione secondaria.

Secondo tale orientamento, a fronte della carenza di legittimazione democratica in capo alle Autorità indipendenti, i cui membri non sono investiti della carica in virtù di procedimenti di elezione che vedono la partecipazione della collettività, ma sono nominati secondo procedure che tendono di marginalizzare il più possibile l'intervento della politica a garanzia dell'indipendenza (strutturale e funzionale) delle Autorità, per poter ritenere rispettato il principio di legalità (e il connesso principio democratico) è infatti necessario che nell'ambito del procedimento inteso all'adozione dell'atto di normazione secondaria (contenente prescrizioni innovative, generali e astratte) debba per così dire riprodursi la dialettica propria del meccanismo democratico, consentendo agli operatori del settore destinatari dell'atto stesso, sia singolarmente, sia mediante proprie associazioni di categoria, di partecipare al relativo procedimento al fine di presentare le proprie osservazioni, di cui l'Autorità dovrà tener conto, in sede di elaborazione dell'atto e nella relativa motivazione.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> In dottrina, v. tra gli altri, V. CERULLI IRELLI *Prima lezione di diritto amministrativo*, cit., part. pp. 95, 183 ove l'A. parla di "*democrazia procedimentale*"; M. CLARICH cit., part. p. 168 ove l'A. evidenzia la peculiarità del contraddittorio nei procedimenti di regolazione, ove esso "*assume ... una dimensione essenzialmente verticale e una funzione di tipo collaborativo*";

<sup>55</sup> Come anticipato, le Autorità indipendenti con poteri di regolazione (in senso stretto) si sono dotate di appositi regolamenti per la disciplina dei relativi procedimenti (per ARERA, v. Allegato A alla deliberazione in data 23.12.2014, n. 649/2014/A cit.; per AGCom, v. Allegato A alla delibera in data 5.4.2019 n. 107/19/CONS cit.). Tutti i procedimenti prevedono la consultazione degli operatori economici destinatari dell'atto di regolazione, sia mediante la presentazione di osservazioni e documenti, sia mediante audizioni, incontri pubblici e seminari. Nel solo regolamento adottato da ARERA è prevista la possibilità di una deroga alla consultazione pubblica preventiva in presenza di "*ragioni di straordinaria urgenza, emergenza o segretezza*", di cui l'Autorità deve dar conto nella motivazione dell'atto di regolazione e impone all'Autorità di valutare "*la possibilità di fissare un*

Sotto tale profilo, perciò, emerge con evidenza l'importanza del sindacato giurisdizionale sull'effettivo rispetto delle garanzie partecipative, come fattore di legittimazione ulteriore dell'attività delle Autorità indipendenti.<sup>56</sup>

Secondo tale prospettiva, si assisterebbe dunque ad una sorta di dequotazione del principio di legalità da sostanziale a procedimentale: attraverso la partecipazione dei soggetti interessati dall'atto di normazione secondaria al relativo procedimento si recupererebbe ciò che si era perduto in termini di legalità sostanziale.

Si comprende, pertanto, la centralità delle garanzie procedimentali in queste ipotesi, la cui violazione dà luogo ad illegittimità dell'atto adottato, la quale non può essere sanata attraverso la "prognosi" circa gli esiti che la partecipazione degli operatori avrebbe avuto, in applicazione del principio della c.d. "strumentalità delle forme".<sup>57</sup>

Dunque, secondo questo orientamento, la regola della partecipazione nei procedimenti innanzi alle Autorità indipendenti intesi all'adozione di atti normativi secondari assume un valore più pregnante, costituendo essa stessa la condizione affinché si possa ritenere rispettato il principio di legalità e dunque affinché si possa considerare legittimo l'esercizio del potere (e segnatamente del potere normativo) da parte delle Autorità indipendenti.

---

*termine per la presentazione di osservazioni e proposte, al fine di consentire eventuali adeguamenti od integrazioni all'atto di regolazione adottato (c.d. consultazione postuma)" (art. 5).*

<sup>56</sup> V. in giurisprudenza, la recente pronuncia del Tar Lombardia (II, 5.1.2021, n. 18), che ha annullato un atto di regolazione di ARERA di modifica del Testo integrato delle attività di vendita al dettaglio di gas naturale – TIVG al fine di incentivare la diffusione della bolletta in formato elettronico (c.d. bolletta 2.0) nel mercato dei servizi di maggior tutela, non essendo stato preceduto dalla consultazione pubblica e dunque dalla partecipazione dei soggetti interessati: la previsione della consultazione pubblica per l'adozione di atti di regolazione "è espressione del principio secondo il quale l'esercizio dell'attività di regolazione da parte dell'Autorità di settore impone di assicurare in modo quanto mai ampio la c.d. legalità in senso procedimentale", specificando che "nel caso degli atti di regolazione adottati dalle Autorità amministrative di settore la legge normalmente non indica nei dettagli il relativo contenuto, né descrive in modo prescrittivo le condizioni e i limiti di esercizio della relativa attività"; Tar Lombardia, 6.9.2016, n. 1629, che ha annullato una delibera di ARERA con la quale venivano apportate modifiche al Testo integrato sulla morosità – TIMOE, prevedendo un inasprimento del trattamento riservato alle imprese di distribuzione dell'energia elettrica qualora esse non adempiano esattamente agli obblighi previsti in caso di morosità dei clienti finali, per violazione del regolamento ARERA sulla partecipazione ai procedimenti di regolazione nonché del "principio giurisprudenziale secondo cui, con riferimento ai poteri di regolazione ... la dequotazione del principio di legalità sostanziale, giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire, impone il rafforzamento del principio di legalità procedimentale il quale si sostanzia, tra l'altro nella previsione di più incisive forme di partecipazione degli interessati".

<sup>57</sup> Sul punto, v. Cons. St., n. 1532/2015 cit., ove si afferma che "il carattere del tutto fondante che il rispetto della legalità in senso procedimentale riveste nell'ambito della legittimazione dell'esercizio delle attività di regolazione delle Autorità indipendenti non ammette lo svolgimento ex post di un giudizio controfattuale (o di prognosi postuma) circa gli esiti che la pur doverosa partecipazione – in concreto omessa – avrebbe prodotto laddove fosse stata correttamente ammessa" e che gli esiti di tale approccio fattuale "non possono essere sic et simpliciter traslati nel diverso settore dell'esercizio dell'attività di regolazione delle Autorità indipendenti, nel cui ambito il corretto, doveroso e diligente esercizio dell'interlocuzione procedimentale ex ante costituisce di per sé una delle condizioni (non eliminabili e non sostituibili) di conformità a Costituzione dello stesso modello regolatorio prima ancora che di conformità a legge del suo concreto esercizio".

Corollario del principio della necessaria partecipazione degli interessati ai procedimenti innanzi Autorità indipendenti è l'obbligo di motivazione analitica dei relativi atti in capo alle Autorità,<sup>58</sup> al fine di dar conto, da un lato, della rispondenza del potere esercitato alle prescrizioni di legge e, dall'altro, delle osservazioni presentate nell'ambito dei relativi procedimenti da parte degli operatori interessati. Motivazione che, in via successiva (ed eventuale), consente al giudice di esercitare il proprio sindacato sull'atto adottato dall'Autorità, al fine di verificare, in via preliminare, la "stretta consequenzialità di quella specifica regolamentazione con i fini assegnati dalla legge"<sup>59</sup> e di verificare se l'atto sia legittimo in quanto adottato all'esito di una effettiva partecipazione procedimentale degli operatori del settore.

Alla luce dei due opposti orientamenti delineati da dottrina e giurisprudenza, emersi ampiamente dalla trattazione fino ad ora svolta, è opportuno far emergere alcune considerazioni critiche.

La tesi già accennata con la richiamata sentenza n. 5827/2005, e poi ampiamente ripresa e sviluppata nella giurisprudenza successiva del Consiglio di Stato secondo cui per le amministrazioni indipendenti la riduzione della legalità sostanziale potrebbe essere compensata dalla c.d. legalità-procedimento, attraverso l'imposizione alle autorità dell'obbligo di aprire i loro procedimenti al contraddittorio con i privati anche quando si tratti dell'emanazione di atti normativi o generali, non appare condivisibile.

Seppur sia un bene che tali procedimenti soggiacciano a regole che impongono alle amministrazioni di confrontarsi trasparentemente con tutti i portatori di interessi e di motivare le loro decisioni anche rispetto alle osservazioni dei medesimi, "non sembra tuttavia che questo rafforzamento della "legalità" procedurale possa in alcun modo essere considerato equivalente all'applicazione del principio di tipicità, cioè di legalità sostanziale", non solo perché sul piano giuridico il procedimento e la sua apertura al dialogo con i destinatari degli atti non possono in alcun modo rappresentare un fattore di legittimazione del potere, ma

---

<sup>58</sup>L'obbligo di motivazione è ora imposto dalla l. 28.12.2005, n. 262 con riferimento agli atti regolamentari e generali per Banca d'Italia, Consob e Isvap. In dottrina, v. G. MORBIDELLI, Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti, cit. p. 726, secondo il quale l'obbligo di motivazione "*costituisce principio vevole anche con riguardo agli atti, normativi e/o generali delle altre Autorità indipendenti*".

In giurisprudenza, v., tra le altre, Cons. St., VI, 18.11.2016, n. 4825, di annullamento di atti di regolazione di ARERA per carenza e inadeguatezza della motivazione: "*i contenuti di questi atti (soprattutto di quelli fondamentali, ossia le deliberazioni determinative del coefficiente di demoltiplicazione) denotano più una semplice narrazione delle intenzioni perseguite dall'Autorità e della metodologia operativa da essa seguita, per giungere alla decisione che la stessa andava assumendo, che non una vera spiegazione (motivazione) dei fattori - e della loro combinazione - che inducevano l'Autorità stessa a credere nella adeguatezza e sopportabilità, per le imprese interessate, dei risultati della propria innovazione*".

<sup>59</sup>V.G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., p. 726.

anche perché il vincolo procedurale di cui si è detto è, *nei suoi contenuti*, profondamente diverso da quello derivante dal canone della tipicità.

La tipicità, come si è visto, esige che le scelte da operare all'esito del procedimento siano ancorate alle indicazioni fornite o comunque risultanti dalle norme: il che rappresenta un elemento di garanzia (e di indirizzo) differente ed ulteriore rispetto a quello costituito dal pur rilevante obbligo di "contraddittorio" e di motivazione.

Non si tratta, com'è opportuno sottolineare, di negare la flessibilità dell'azione amministrativa e in particolare di impedire anche ad amministrazioni particolarmente qualificate di individuare le misure più idonee, in contesti spesso tecnicamente complessi e soggetti a rapida evoluzione, rispetto ai quali il legislatore non può ovviamente dettare una disciplina analitica dell'attività da svolgere. Si tratta invece di tenere fermo il nesso tra tali autonome e flessibili valutazioni e le scelte operate a livello legislativo, che non possono comunque riguardare solo le finalità da perseguire.

D'altra parte, come si è sopra rilevato, la regola della tipicità – fermo restando il suo ambito di applicazione generale – deve essere attuata in modo diversificato a seconda del tipo di potere che viene concretamente in rilievo.

Ed è certamente rilevante, sotto questo profilo, la distinzione tra poteri di carattere normativo, destinati a tradursi in regolamenti o atti amministrativi generali, e poteri provvedimentali puntuali: essendo chiaro che per i primi ciò che può essere desunto in via implicita dalle norme che regolano il potere, nel rispetto dei già ricordati criteri di coerenza, necessità e proporzionalità, è più ampio rispetto a quanto può avvenire per i secondi".<sup>60</sup>

Parlare di poteri impliciti laddove degli atti amministrativi possano avere "contenuti prescrittivi" non espressamente contemplati dalle norme, purchè essi risultino motivatamente coerenti, consequenziali e proporzionali rispetto alle indicazioni del legislatore (e come visto, tale possibilità, è indubbiamente maggiore per gli atti normativi e generali), appare condivisibile e non in ostacolo con il principio di legalità.

A conclusioni diverse deve giungersi, invece, con riferimento a quei casi in cui la previsione di tali competenze normative avviene a livello europeo.

In tali casi, laddove cioè il potere normativo è previsto e descritto in ambito europeo si può ritenere che il fondamento di tale potere possa essere rintracciato proprio nel diritto

---

<sup>60</sup> E. BRUTI LIBERATI "La Legalità presa sul serio" in A. TRAVI, Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto, L'opera scientifica di Aldo Travi edizioni ETS 2022, cit. pp. 70-71

europeo e che in tal guisa sia soddisfatto il principio di legalità, il quale deve oggi misurarsi non soltanto con riferimento a norme legislative nazionali, ma anche con disposizioni di rango europeo.<sup>61</sup>

Resta fermo, tuttavia, che laddove manchi la previsione europea del potere, sarebbe comunque opportuno che fosse il legislatore a dettare prescrizioni sostanziali specifiche circa l'oggetto, i criteri e i limiti del potere normativo delle Autorità indipendenti, almeno laddove tale potere vada ad incidere in materie coperte da riserva di legge (relativa); riserva di legge che, come osservato in dottrina, investe "tutti i settori in oggetto".<sup>62</sup>

In altri termini, il principio di legalità deve essere inteso non soltanto in negativo, come divieto di esercitare un potere normativo in assenza di una adeguata base legislativa, ma anche in positivo, come necessità che sia l'istituzione democratica (il Parlamento) ad individuare i "contorni" del potere normativo delle Autorità indipendenti e i fini da perseguire attraverso il suo esercizio, limitando in tal modo l'ambito di scelta (la discrezionalità, potremmo dire) delle Autorità indipendenti, alle quali non è consentito – a pena di insanabile contrasto con il nostro ordinamento costituzionale – perseguire un proprio indirizzo politico.

---

<sup>61</sup> In dottrina, sulla legittimazione europea dei poteri normativi delle Autorità indipendenti F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, relazione al convegno annuale AIC 2005 su "L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali", in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), part. p. 23 ove l'A. evidenzia che "in certi settori le norme europee legittimano anche l'esercizio di incisivi poteri normativi, costituendo così una base di legittimazione che permette di considerare soddisfatto il principio costituzionale di legalità".

In giurisprudenza, v. Cons. St., sez. cons. atti normativi, n. 11603/2005 cit.: "se un fondamento legislativo è sempre necessario per stabilire il potere normativo delle cd. autorità indipendenti e i connessi limiti, ad esso si aggiungono (o anzi, ormai, si sovrappongono) anche una "copertura costituzionale" e/o una "copertura comunitaria" che presiedono ai vari ambiti di intervento".

<sup>62</sup> G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, cit. pp. 248 ss. V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 96.



#### **Paragrafo 4**

### **La collocazione degli atti normativi delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti del diritto e rapporti con la legge e con i regolamenti del Governo.**

Tali riflessioni investono di conseguenza il profilo dei rapporti istituzionali tra Parlamento (la legge) e le Autorità indipendenti (gli atti normativi dalle stesse adottate) e il riparto di competenza tra le due istituzioni.

Come osservato in dottrina, infatti, spetta al legislatore operare le “scelte di fondo che ineriscono un certo assetto di mercato o un certo equilibrio tra diritti dei consumatori e libertà di iniziativa economica”, le quali si differenziano dalle “preferenze strumentalmente motivate, le quali ineriscono aspetti tecnici e solo integrativi delle scelte di fondo e costituiscono, esse soltanto, patrimonio esclusivo delle Autorità indipendenti”.<sup>63</sup>

Si tratterebbe, in sostanza, di una sorta di riserva di competenza normativa in capo alle Autorità indipendenti, la cui sfera non può essere invasa dal legislatore mediante l’adozione di una disciplina dettagliata, al pari tecnicistica, sostitutiva di quella adottata dalle Autorità.

Ammettere tale ultima ipotesi del resto comporterebbe, da un lato, negare in radice l’utilità del ricorso al modello dell’Amministrazione indipendente e, dall’altro, una ineliminabile compressione dell’indipendenza delle Autorità.

È la stessa collocazione istituzionale delle Autorità indipendenti, titolari del potere normativo, a determinare un “mutamento di significato” dell’intervento del legislatore, perché “la legge non viene più a configurarsi come arbitro incontestato delle diverse materie, dovendo essa lasciare al potere regolamentare dell’organo in questione lo spazio costituzionalmente spettante”.<sup>64</sup>

Quanto osservato con riferimento all’ambito di autonomia e di competenza normativa riservato alle Autorità indipendenti e, conseguentemente, ai rapporti con il legislatore, comporta inevitabili conseguenze in ordine alla collocazione degli atti normativi delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti del diritto.

In dottrina, si è a lungo discusso circa l’esatta collocazione degli atti normativi delle Autorità indipendenti nell’ambito della gerarchia delle fonti del diritto e, in particolare, in

---

<sup>63</sup> F. CINTIOLI, I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione, relazione al convegno su “Le Autorità amministrative indipendenti”, tenuto in memoria di V. CAIANIELLO in Roma in data 9.5.2003, pubblicato in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>64</sup> F. POLITI, Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti, cit., p. 6.

ordine al rapporto degli stessi con la legge (precedente e successiva), e quindi in merito alla qualificazione di tali atti come fonti primarie o secondarie.

La scelta tra l'una e l'altra opzione determina conseguenze rilevanti circa la capacità derogatoria della legge da parte dell'atto normativo dell'Autorità indipendente.

Ed infatti, qualora si riconoscesse valore primario agli atti di normazione delle Autorità, si dovrebbe conseguentemente ammettere la capacità degli stessi di derogare a disposizioni legislative precedenti (*lex posterior derogat priori*) e, in virtù del criterio della competenza,<sup>65</sup> si dovrebbe ritenere che gli stessi non potrebbero essere abrogati o modificati da una legge successiva.

Tuttavia, pur a fronte delle peculiarità evidenziate che caratterizzano questa particolare categoria di atti normativi – peculiarità in larga parte derivanti dalla particolare collocazione istituzionale del soggetto emanante e dalle ragioni che hanno spinto il legislatore stesso a ricorrere a tale modello – la tesi della natura di fonte primaria degli stessi appare troppo ardita.

Sembra preferibile propendere per la natura di fonte secondaria dei regolamenti delle Autorità indipendenti, seppure con alcuni tratti eccezionali. Ed infatti, a differenza degli altri atti normativi di fonte secondaria sui quali, in virtù del principio di gerarchia delle fonti, la legge prevale sempre, i regolamenti delle Autorità indipendenti sarebbero gerarchicamente atipici in quanto la competenza esclusiva ad essi attribuita escluderebbe infatti il rapporto di gerarchia con la legge.<sup>66</sup>

Ciò significa che una legge successiva non potrebbe invadere l'ambito di competenza esclusiva riservato all'Autorità indipendente, dettando una disciplina dettagliata sostitutiva di quella prevista nell'atto normativo dell'Autorità.

Quanto al rapporto tra i regolamenti delle Autorità e regolamenti del Governo, essi sono sicuramente regolati dal criterio di competenza, attesa la natura di fonte secondaria di entrambi, con la conseguenza che il Governo attraverso propri regolamenti non potrebbe appropriarsi delle attribuzioni normative delle Autorità o condizionarne l'esercizio.<sup>67</sup> Del

---

<sup>65</sup>V. CRISAFULLI Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti, in Riv. trim. dir. pubbl., 1960, pp. 775 ss.

<sup>66</sup>In giurisprudenza si riconosce che *“il sistema delle fonti sembra negli ultimi anni svilupparsi in processi di produzione complessi, nei quali criterio di gerarchia e criterio di competenza si sostituiscono e sovrappongono ripetutamente”* (Cons. St., sez. consultiva atti normativi, n. 11603/2005 cit.).

<sup>67</sup>In giurisprudenza, per la ricostruzione dei rapporti tra regolamenti del Governo e delle Autorità indipendenti in termini di competenza, interessante una recente pronuncia del Tar Lombardia (n. 2538 del 28.11.2019) che, in materia di tariffe per la valorizzazione dei titoli di efficienza energetica, ha annullato un atto regolamentare del

resto, si tratta di una notazione ovvia, se solo si considera che è la necessaria indipendenza (presidiata dal diritto europeo), prima ancora che la ricostruzione dei rapporti tra regolamenti di Governo e Autorità indipendenti, ad imporre tale soluzione.

---

Governo con il quale veniva stabilito un tetto massimo per la determinazione della tariffa, cui ARERA (illegittimamente) si era conformata. Secondo il Tar *“con il pedissequo recepimento del dettato ministeriale, Arera ha in sostanza abdicato all’esercizio delle proprie indefettibili potestà di regolazione, siccome inequivocabilmente scandite dal diritto dell’Unione e dall’ordinamento domestico, mancando di autonomamente provvedere alla determinazione dei criteri per la copertura dei costi sopportati dai distributori in ragione dell’acquisto dei certificati bianchi, soggiacendo a puntuali prescrizioni promananti dall’Autorità governativa”,* mentre l’Autorità avrebbe dovuto *“rivendicare la propria esclusiva sfera di competenza in materia tariffaria, provvedendo a dispiegare in piena autonomia le prerogative e i munera regolatori che le pertengono, al di là ed a prescindere dalla regola ministeriale ... che per Arera non avrebbe dovuto assumere significanza precettiva o vincolante”*.

## Paragrafo 5

### **Gli atti normativi delle Autorità indipendenti e l'autonomia privata: l'eterograzione dei contratti.**

Gli atti normativi secondari delle Autorità indipendenti incidono, sotto differenti profili, sull'autonomia contrattuale delle parti.

Si tratta di aspetti che, in vario modo, incidono e limitano l'autonomia contrattuale delle parti, in funzione di tutela del contraente debole, e cioè del cliente finale (consumatore), al fine di perseguire gli obiettivi e le finalità connessi alla regolazione dei rispettivi mercati.<sup>68</sup>

Ma gli atti normativi delle Autorità indipendenti incidono sull'autonomia contrattuale non solo in modo indiretto – e cioè attraverso l'emanazione di regole atte ad orientare la formazione del consenso delle parti, a definire e imporre determinati obblighi di comportamento agli operatori economici, etc. – ma anche in via diretta, mediante la produzione di un ulteriore e rilevante effetto (espressione di un corrispondente potere in capo alle stesse Autorità): la eterointegrazione dei contratti di utenza.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup>Ad esempio, nel mercato dell'energia elettrica, l'autonomia contrattuale risulta essere limitata sotto differenti profili. Un primo aspetto della riduzione dell'autonomia contrattuale è riscontrabile nella determinazione di alcune voci della bolletta elettrica, che vengono fissate da ARERA, sia nell'ambito del mercato tutelato che di quello libero. Si tratta del corrispettivo per il servizio di rete (trasporto, distribuzione e gestione del contatore), ovvero agli oneri generali di sistema (corrispettivi a copertura di costi per attività di interesse generale per il sistema elettrico). Occorre poi distinguere a seconda che il contratto di utenza venga stipulato nell'ambito del mercato cd. di maggior tutela, ovvero del mercato libero. Nel primo, infatti, anche il corrispettivo per il servizio di vendita è fissato dall'Autorità. Nell'ambito del mercato libero, al contrario, il prezzo del servizio di vendita dell'energia elettrica è fissato autonomamente dal fornitore.

Un ulteriore e assai incisivo aspetto caratterizzante la ridotta autonomia contrattuale è riconducibile alla predisposizione delle condizioni contrattuali da parte dell'Autorità. Come anticipato, con il Codice di condotta commerciale (delibera ARERA n. 366/2018/R/com cit.) ARERA ha definito i criteri per la comunicazione dei prezzi di fornitura del servizio e le informazioni contrattuali minime per la promozione delle offerte commerciali, specificando altresì il contenuto minimo per la redazione dei contratti di fornitura. In particolare, sono previsti: - obblighi di trasparenza in capo ai venditori, che devono fornire le informazioni relative alle proprie offerte contrattuali in modo trasparente, completo e non discriminatorio; - particolari criteri di comunicazione dei prezzi di fornitura del servizio, tali da garantire la confrontabilità delle offerte; - obblighi relativi alla promozione delle offerte contrattuali. Il titolo IV del Codice di condotta commerciale è dedicato ai Contratti di fornitura. In particolare, sono fissati specifici criteri di redazione dei contratti di fornitura e ne viene indicato il contenuto minimo (identità e indirizzo delle parti e indirizzo della fornitura; indicazione delle prestazioni oggetto del contratto; le condizioni economiche del servizio; le modalità per la determinazione di eventuali variazioni dei corrispettivi nonché le condizioni economiche delle prestazioni accessorie; le forme di garanzia eventualmente richieste al cliente ed ogni altro onere posto a carico del cliente finale in relazione alla conclusione e all'esecuzione del contratto; le modalità di fatturazione, etc.).

Sono poi previsti particolari obblighi di trasparenza e comparabilità delle offerte, che devono essere pubblicate sul Portale Offerte (istituito con delibera ARERA 51/2018/R/com) al fine di favorire una maggiore conoscenza e comprensione da parte degli utenti delle offerte commerciali presenti sul mercato.

<sup>69</sup>In dottrina, sull'eterointegrazione dei contratti ad opera degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti v. C. FERRARI, *Integrazione autoritativa e integrazione autentica nei contratti regolati*, in Riv. dir. civ., 2021, pp. 310 ss.

Si tratta di un potere che pone dei profili problematici che attengono, sostanzialmente, alla possibilità e alle condizioni in presenza delle quali fonti secondarie – quali gli atti normativi delle Autorità indipendenti – possono integrare i contratti di utenza, andando ad incidere sull'autonomia contrattuale delle parti, coperta da riserva di legge (art. 41 Cost.), e sancita dall'art. 1322 cod. civ..

Ed infatti il contratto di utenza – cioè il contratto stipulato tra l'operatore economico del mercato (elettrico, delle telecomunicazioni, e così via) e l'utente finale del servizio – è un contratto di diritto privato cui si applica la disciplina contenuta nel codice civile.<sup>70</sup>

Nel codice civile, il fenomeno dell'integrazione del contratto è disciplinato dagli artt. 1374 e 1339. Ai sensi dell'art. 1374 cod. civ. il contratto obbliga le parti, oltre a quanto in esso previsto, “anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità”. L'art. 1339 cod. civ. prevede che “le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge, sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti”.

Entrambe le disposizioni richiedono che per poter etero-integrare il rapporto contrattuale liberamente determinato dalle parti sia necessaria una disposizione legislativa.

Il potere di eterointegrazione dei contratti per effetto degli atti normativi delle Autorità indipendenti deve dunque ritenersi ammissibile se espressamente previsto da una disposizione di rango legislativo.<sup>71</sup>

Soccorre in tal senso - limitatamente alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità - il rinvio, operato dall'art. 2, co. 12, lett. h), l.n. 481/1995 - che, come visto, attribuisce alle predette Autorità il compito di emanare “direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi” - all'art. 2, co. 37, l.n. 481/1995 ai sensi del quale “il soggetto esercente il servizio predisporre un regolamento di servizio nel rispetto dei principi di cui alla

---

<sup>70</sup> V. CERULLI IRELLI, Prima lezione di diritto amministrativo, cit., part. pp. 185 ss.

<sup>71</sup>In dottrina, v. A. AZARA, Fonti sub-primarie e integrazione del contratto, cit., ove l'A. sostiene che “l'integrazione additiva di clausole eteronome richiede una norma di rango primario e non può trovare fondamento nella teoria dei c.d. poteri impliciti. La legge ben potrà devolvere alle Autorità indipendenti poteri eteronomi, ma dovrà stabilire espressamente la competenza eterointegrativa della fonte inferiore. Inefficace sarà l'eventuale disposizione eteronoma di fonte secondaria non abilitata ad integrare l'atto di autonomia privata in forza di una formula espressa contenuta nella legge”.

In giurisprudenza, v. Cons. St., VI, 27.6.2019, n. 4422, ove si esclude “la possibilità di modificare in via amministrativa l'assetto degli interessi stabilito dalle parti” essendo necessaria una espressa previsione legislativa: “essendo il potere di autoregolamentazione dei privati attribuito dalla legge, la “conformazione amministrativa” del contratto richiede un fondamento normativo avente pari rango nel sistema delle fonti”.

presente legge .... Le determinazioni delle Autorità di cui al comma 12, lettera h), costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio”.

In sostanza, in forza di dette disposizioni, si riconosce agli atti di regolazione delle Autorità efficacia integrativa dei contratti di utenza individuali, attraverso la mediazione dell'integrazione del regolamento di servizio predisposto dall'operatore economico. Dunque, è il combinato disposto dell'art. 2, co. 12, lett. h) e dell'art. 2, co. 37, l.n. 481/1995 a costituire la base legale per l'integrazione del contratto ad opera di disposizioni contenute in atti normativi (secondari) delle Autorità.<sup>72</sup>

E così, la Corte di Cassazione ha riconosciuto che “poiché tali atti sono emanati sulla base di una previsione di legge”, quando “il loro profilo funzionale ed il loro contenuto possa essere considerato come determinativo di una clausola rispetto al contratto di utenza” è giustificata l'applicazione dell'art. 1339 cod. civ. in quanto, con la locuzione “clausole”, la norma del Codice si riferirebbe non solo “al caso nel quale la legge individui essa stessa direttamente la clausola da inserirsi nel contratto”, ma anche “all'ipotesi in cui la legge preveda che l'individuazione della clausola sia fatta da una fonte normativa da essa autorizzata”.<sup>73</sup>

Tuttavia, l'integrazione dei contratti per mezzo degli atti normativi delle Autorità indipendenti non è illimitata, ma incontra un duplice ordine di limiti: l'uno, per così dire, strutturale (in quanto attinente alla struttura del sistema delle fonti) e, l'altro, finalistico.

---

<sup>72</sup> In giurisprudenza, v. Corte cass., VI, 31.10.2014, n. 23184: “la struttura di questa norma consente di affermare che dall'esercizio da parte dell'A.E.G.G. del potere da essa previsto possa senz'altro derivare una integrazione del contratto di utenza ai sensi dell'art. 1339 c.c. (possibile anche senza una sostituzione di clausola prevista, sostituzione che può, comunque, essere anche solo parziale e, quindi, modificativa)”; Cons. St., VI, 24.5.2016, n. 2182: l'art. 2, co.12, lett. h) e l'art. 2, co. 37, l.n. 481/1995 “attribuiscono all'Autorità ampi poteri di eterointegrazione, suppletiva e cogente, dei contratti ... per il perseguimento delle specifiche finalità individuate. Si tratta di un potere che, essendo previsto da una norma imperativa, diventa esso stesso, insieme a tale norma, parametro di validità del contratto. Perciò il contenuto dei contratti viene integrato, secondo lo schema dell'art. 1374 cod. civ., dall'esercizio del potere dell'Autorità ovvero – qualora detti contratti contengano clausole difformi da quanto previsto dalla determinazione dell'Autorità stessa – tali clausole vanno, ai sensi del primo comma dell'art. 1418 cod. civ., ritenute nulle per contrarietà a norma imperativa”; Cons. St., VI, 25.10.2019, n. 7296: “l'Autorità di settore che è una Autorità di regolazione e, quindi, [è] titolare del compito di porre regole di condotta ulteriori nel rispetto delle prescrizioni legali. Si tratta di regole che entrano, con funzione di eterointegrazione, nel singolo contratto, il quale dovrà uniformarsi ad un parametro normativo ampio, rappresentato dalle regole normative e amministrative di condotta”. E ancora, recentemente, Cons. St., VI, 4.2.2020, n. 879, che riconosce in capo all'AGCom “poteri ampi di eterointegrazione, suppletiva e cogente, dei contratti per il perseguimento di specifici obiettivi individuati. Tal potere, in quanto attribuito da una norma imperativa, diventa esso stesso, insieme a tale norma, parametro di validità del contratto. Il contenuto dei contratti viene così integrato, secondo lo schema dell'art. 1374 c.c., dall'esercizio di tal potere da parte dell'Autorità o, se del caso (per i contratti contenenti clausole difformi da quanto statuito dall'Autorità stessa), queste ultime sono nulle, ai sensi dell'art. 1418, I c., c.c.”.

<sup>73</sup>Corte cass. n. 23184/2014 cit

Da un lato, non è possibile che le prescrizioni integrative dell’Autorità derogino a norme imperative; ciò che invero deriva dalla stessa natura di fonte secondaria degli atti di regolazione (in senso stretto) delle Autorità. E, dall’altro, dette prescrizioni integrative devono pur sempre perseguire la finalità di tutela del cliente finale, obiettivo – questo – espressamente sancito dall’art. 1, L.n. 481/1995.<sup>74</sup>

Nell’ambito di detti limiti, in presenza di una espressa previsione legale che a ciò consenta, è da ritenere che il nostro ordinamento ammetta che, nei settori cui sono deputate Autorità di regolazione (e segnatamente, in quelli dell’energia elettrica e del gas, nonché in quello delle comunicazioni elettroniche), il rapporto contrattuale possa essere etero-integrato dalle previsioni contenute in atti di regolazione adottati dalle Autorità stesse, per il perseguimento delle finalità stabilite dalla legge, prima tra tutte la tutela dei clienti finali.

---

<sup>74</sup>Ancora Corte Cass. n. 23184/2014 cit. *“il potere normativo secondario dell’Autorità per l’Energia Elettrica ed il Gas ai sensi dell’art. 2, comma 2, lett. h), si può concretare anche nella previsione di prescrizioni che, attraverso l’integrazione del regolamento di servizio, di cui allo stesso art. 2, comma 37 possono in via riflessa integrare, ai sensi dell’art. 1339 c.c., il contenuto dei rapporti di utenza individuali pendenti anche in senso derogatorio di norme di legge, ma alla duplice condizione che queste ultime siano meramente dispositive e, dunque, derogabili dalle stesse parti, e che la deroga venga comunque fatta dall’Autorità a tutela dell’interesse dell’utente o consumatore, restando, invece, esclusa - salvo che una previsione speciale di legge o di una fonte comunitaria ad efficacia diretta - non la consenta - la deroga a norme di legge di contenuto imperativo e la deroga a norme di legge dispositive a sfavore dell’utente e consumatore”*.





## CAPITOLO III

### **La funzione di regolazione delle Autorità Indipendenti: i poteri amministrativi e il principio di legalità.**

#### **Paragrafo 1**

#### **I poteri di vigilanza, controllo e monitoraggio.**

Occorre ora procedere all'analisi dei poteri amministrativi in senso stretto, di cui la funzione di regolazione – nell'accezione che si è data – consta.

Tutte le Autorità indipendenti esercitano (per espressa attribuzione legislativa) una serie di poteri di monitoraggio, controllo e vigilanza sul settore cui sono deputate, ovvero, per le Autorità c.d. trasversali, sulle attività che incidono sulla tutela degli interessi sensibili ad esse affidati (la concorrenza, la privacy).

Per le Autorità c.d. di regolazione, l'esercizio di tali poteri comporta lo svolgimento di una serie di attività collaterali a quella normativa, nel duplice senso che, da un lato, una volta che dette Autorità hanno stabilito le regole di comportamento da seguire, è necessario che le Autorità stesse provvedano a vigilare e controllare sul loro effettivo rispetto da parte della generalità degli operatori del settore; e dall'altro che, attraverso l'attività di controllo e monitoraggio sul settore di riferimento le Autorità verificano la necessità di adottare ulteriori interventi di normazione, laddove necessari, ovvero di rimuovere atti già adottati, laddove non più necessari.

Per le altre Autorità, c.d. di garanzia proprio in ragione dell'assenza in capo ad esse di poteri normativi i poteri di controllo e vigilanza hanno pur sempre ad oggetto l'attività degli operatori economici, ma assumono come parametro di riferimento per verificare la correttezza dei comportamenti non norme dalle stesse create (essendo prive del relativo potere), ma la normativa nazionale ed europea di riferimento, che stabilisce in via generale, mediante disposizioni contenenti concetti giuridici indeterminati, ciò che è consentito o non è consentito fare, e che deve essere interpretata e applicata nel caso concreto dall'Autorità.

Le attività di controllo e vigilanza si sostanziano attraverso l'utilizzo di una serie di poteri (di indagine, ispettivi), anche particolarmente incisivi, che consentono alle Autorità di operare con efficienza ed effettività al fine di garantire il rispetto della normativa di settore. Strumenti che sono stati recentemente rafforzati a livello europeo, almeno per quanto attiene

la tutela della concorrenza, al fine di garantire l'efficacia dell'azione delle Autorità indipendenti nazionali.<sup>75</sup>

I poteri di controllo e vigilanza riguardano sia, in generale, l'andamento dei settori, che le condotte di singoli operatori economici e si svolgono attraverso procedimenti che, sono disciplinati da regolamenti delle Autorità indipendenti.<sup>76</sup>

Nel caso in cui l'attività di controllo abbia ad oggetto le condotte di singoli soggetti (o comunque di soggetti individuati), è evidente che essa assolva una funzione istruttoria, potendo sfociare, ove sia ravvisata una condotta non conforme alla relativa disciplina, nell'adozione di un provvedimento sanzionatorio.

---

<sup>75</sup> Per il potenziamento dei poteri ispettivi (e sanzionatori) dell'AGCM, v. la recente Direttiva in data 11.12.2018, n. 2019/1/UE (e il relativo decreto di recepimento: d.lgs. n. 185/2021), tanto per le violazioni della normativa europea in materia quanto per quelle della normativa nazionale (art. 1, co. 2). In particolare, v. i considerando n. 28 ss., ove si individua la necessità di dotare le Autorità nazionali “*di una serie minima di poteri investigativi*” (n. 28), e quindi di poteri di indagine “*efficaci*” per individuare comportamenti in violazione delle norme a tutela della concorrenza (n. 29) e “*adeguati*” per rispondere alle difficoltà di applicazione “*legate all'ambiente digitale*” e per consentire di acquisire tutte le informazioni necessarie in formato digitale (n. 30), nonché di poteri ispettivi, anche presso i locali delle imprese. In particolare, la Direttiva n. 2019/1/UE disciplina il potere di effettuare accertamenti nei locali dell'impresa sottoposta a controllo e in altri locali, mediante ispezioni, acquisizioni di documenti e informazioni (art. 7); la possibilità di chiedere tutte le informazioni necessarie sia alle imprese interessate, sia a “*qualsiasi persona fisica o giuridica*” (art. 8) e di svolgere audizioni (art. 9). In recepimento della direttiva, il legislatore ha adottato il d.lgs. n. 185/2021, di modifica della l. n. 287/1990 nell'ottica di un intenso rafforzamento dei poteri dell'AGCM.

In dottrina sulla nuova direttiva, v. M. RAMAJOLI, *La tutela antitrust nel XXI secolo*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, pp. 221 ss.

<sup>76</sup> In particolare, per le procedure istruttorie innanzi all'AGCM v. D.P.R. 30.4.1998, n. 217, *Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, per i procedimenti rientranti nell'ambito di applicazione della l. n. 287/1990; per i procedimenti afferenti alle altre competenze dell'AGCM v. la delibera AGCM in data 1.4.2015, n. 25411, *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore* e la delibera 8.8.2012 n. 23788, *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie*. Per i procedimenti innanzi ad ARERA v. D.P.R. 9.5.2001, n. 244, *Regolamento recante disciplina delle procedure istruttorie*. Per i procedimenti innanzi all'AGCom, v. delibera n. 220/08/CONS del 7.5.2008, come modif. dalla delibera n. 710/13/CONS del 12.12.2013, *Regolamento sulle procedure per lo svolgimento delle funzioni ispettive e di vigilanza*, il quale prevede che il Servizio ispettivo dell'Autorità possa procedere, su richiesta dell'ufficio che cura l'istruttoria o su impulso degli organi collegiali, ad ispezioni presso le sedi dei soggetti ritenuti in possesso di documenti utili all'istruttoria nonché presso le sedi di soggetti terzi delle cui prestazioni i primi si avvalgono, prevedendo che il Consiglio possa approvare anche un “*programma di ispezioni sistematiche*” al fine di verificare l'effettiva attuazione delle delibere dell'Autorità. Al momento dell'ispezione è previsto che i funzionari incaricati presentino ai destinatari dell'accertamento un “*atto scritto*” con l'indicazione dell'oggetto e delle sanzioni nell'ipotesi di rifiuto o omissione o ritardo nel fornire le informazioni o esibire i documenti richiesti nel corso dell'ispezione, nonché la “*carta dei diritti*”, recante l'indicazione dei diritti e delle garanzie di cui si può avvalere il soggetto ispezionato; nonché la delibera n. 136/06/CONS, *Regolamento in materia di procedure sanzionatorie*, part. art. 4. Per i procedimenti innanzi al Garante della Privacy, v. Regolamento n. 1/2019, sulle procedure interne aventi rilevanza esterna, finalizzate allo svolgimento dei compiti e all'esercizio dei poteri demandati al Garante per la protezione dei dati personali, e in particolare gli artt. 21-22 sui controlli e i provvedimenti adottati senza istanza di parte e sulle attività ispettive e di revisione sulla protezione dei dati personali.

Del resto, con riferimento in generale ai procedimenti di controllo, in dottrina si è rilevato che “taluni procedimenti dichiarativi, come gli acclaramenti e le ispezioni, sono in funzione istruttoria, ma possono essere anche in funzione di controllo a seconda delle finalità.

Sotto il primo profilo, si pensi alla possibilità generalmente riconosciuta alle Autorità indipendenti di procedere ad indagini conoscitive sui settori di riferimento.

E così, ad esempio, ai sensi dell’art. 12, co. 2, l. n. 287/1990 l’AGCM può procedere “ad indagini conoscitive di natura generale nei settori economici nei quali l’evoluzione degli scambi, il comportamento dei prezzi, o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata”.<sup>77</sup> Il relativo procedimento è disciplinato dall’art. 17 DPR n. 217/1998 cit., Regolamento sulle procedure istruttorie di competenza dell’AGCM, ai sensi del quale l’avvio e la chiusura dell’indagine conoscitiva possono essere pubblicati nel bollettino dell’Autorità, i cui uffici possono richiedere informazioni o l’esibizione di documenti, nonché disporre ispezioni, perizie, analisi statistiche ed economiche o la consultazione di esperti. Qualora nel corso dell’indagine emergano elementi di presunzione in merito alla violazione delle norme a tutela della concorrenza, il collegio delibera l’avvio delle istruttorie.

Spesso le indagini conoscitive vengono svolte da più Autorità indipendenti in collaborazione tra di loro,<sup>78</sup> qualora siano coinvolti più settori di intervento.

Si pensi alla recente indagine conoscitiva sui c.d. big data (e cioè sui flussi di informazioni e dati derivanti dall’utilizzo delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione) condotta congiuntamente dall’AGCOM, dall’AGCM e dal Garante per la protezione dei dati personali, secondo tre prospettive diverse e complementari, al fine di approfondire i cambiamenti derivanti dai c.d. big data sugli utenti che forniscono i dati, sulle aziende che li utilizzano e sui mercati, e, conseguentemente, al fine di individuare gli strumenti più appropriati per eventuali interventi correttivi.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> Per ARERA la possibilità di procedere ad indagini conoscitive del mercato dell’energia elettrica è indirettamente riconosciuta dalla Direttiva 5.6.2019, n. 2019/944/UE, che all’art. 59, co. 3, prevede che “*gli Stati membri provvedano affinché le autorità di regolazione siano dotate dei poteri necessari per assolvere con efficacia e rapidità i compiti*” affidati, individuando una serie minima di poteri che devono essere affidati alle Autorità, tra cui alla lett b) “*il potere di effettuare indagini sul funzionamento dei mercati dell’energia elettrica e di adottare i provvedimenti opportuni, necessari e proporzionati per promuovere una concorrenza effettiva e garantire il buon funzionamento del mercato*”.

<sup>78</sup> Per l’esercizio delle funzioni in collaborazione, le varie Autorità indipendenti hanno adottato dei Protocolli d’intesa. V. ad esempio il Protocollo d’intesa AGCOM-AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette del 22.12.2016, il Protocollo ARERA-AGCom del 7.1.2016.

<sup>79</sup> Il rapporto sull’indagine conoscitiva sui c.d. big data è reperibile sui siti istituzionali delle tre Autorità indipendenti coinvolte.

Quanto al secondo profilo relativo ai controlli sui singoli operatori economici – che si collega strettamente con l'esercizio del potere sanzionatorio – alle Autorità indipendenti è generalmente riconosciuta la possibilità di svolgere ispezioni, di ordinare l'esibizione di documenti, richiedere informazioni. Si tratta della fase c.d. pre-istruttoria del procedimento sanzionatorio, finalizzata alla verifica della correttezza delle condotte dei soggetti sottoposti a controllo rispetto alla normativa di riferimento.

Da quanto affermato, emerge con evidenza la pervasività e la costanza dell'attività di vigilanza e di controllo da parte delle Autorità indipendenti sui settori cui sono deputate.

Ma emerge anche un altro dato di particolare importanza, e cioè la correlazione e la intima connessione tra i vari poteri delle Autorità indipendenti, essendo gli uni (i poteri di vigilanza, controllo e sanzionatorio) coesenziali alla garanzia dell'efficacia ed effettività degli altri (il potere di normazione secondaria), producendo tutti un ulteriore effetto: quello della conformazione del mercato.

## Paragrafo 2

### Il potere sanzionatorio.

Nell'ambito dei poteri attribuiti alle Autorità indipendenti, particolare menzione merita il potere sanzionatorio – potere, come detto, strettamente collegato a quelli di normazione secondaria e di vigilanza – il cui esercizio dà luogo all'irrogazione di sanzioni di rilevante entità e dunque è particolarmente incisivo della sfera giuridica dei soggetti destinatari.<sup>80</sup>

Si tratta di un potere necessario, al fine di rendere effettiva la funzione di regolazione. Ed infatti, attribuire alle Autorità poteri di controllo e di vigilanza sul rispetto della disciplina in materia senza riconoscere ad esse anche il potere di sanzionare le condotte in contrasto con detta disciplina renderebbe meno incisiva la funzione di regolazione loro affidata; e per le Autorità dotate di poteri di normazione minerebbe la vincolatività degli atti normativi dalle stesse adottati.

Il potere sanzionatorio è innanzitutto previsto per le Autorità indipendenti dal diritto europeo,<sup>81</sup> ove invero si riscontra un'evoluzione in senso ancor più ampliativo di tale potere, come accaduto recentemente per la tutela della concorrenza con la direttiva n. 2019/1/UE che ha rafforzato in capo alle Autorità nazionali garanti della concorrenza (oltre ai poteri di

---

<sup>80</sup> In dottrina v.. M. CLARICH, Sanzioni delle Autorità indipendenti e garanzie del contraddittorio, in Riv. trim. dir. ec., 2020, pp. 40 ss.; M. CLARICH, Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle autorità indipendenti nel settore finanziario, in Giur. comm., 2021, pp. 100 ss.

<sup>81</sup> Per l'AGCM: art. 5, Regolamento CE 16.12.2002, n. 1/2003, ove si stabilisce che le autorità nazionali garanti della concorrenza, competenti ad applicare gli artt. 101 e 102 TFUE in casi individuali, possono “*comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale*”; per ARERA: art. 59, Direttiva 5.6.2019, n. 2019/944/UE, ai sensi del quale gli Stati membri provvedono affinché alle Autorità di regolazione sia conferito “*il potere di irrogare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive alle imprese elettriche che non ottemperano agli obblighi ad esse imposti dalla presente direttiva, dal regolamento (UE) 2019/943 o dalle pertinenti decisioni giuridicamente vincolanti dell'ACER o dalla stessa autorità di regolazione*” di importo fino al 10% del fatturato; per l'AGCOM: art. 29, Direttiva 11.12.2018, n. 2018/1972/UE, ai sensi del quale gli Stati membri “*adottano le disposizioni sulle sanzioni, comprese, ove necessario, le sanzioni pecuniarie e le sanzioni predeterminate o periodiche di natura non penale, applicabili alla violazione della normativa nazionale adottata dalla Commissione, dall'Autorità nazionale di regolamentazione o da un'altra autorità competente in attuazione della presente direttiva e prendono tutte le misure necessarie per garantirne l'applicazione*”, specificando che “*entro i limiti del diritto nazionale, le autorità nazionali di regolamentazione e le altre autorità competenti hanno il potere di imporre dette sanzioni*”, che devono essere “*appropriate, effettive, proporzionate e dissuasive*”; per il Garante della protezione dei dati personali: art. 58, co. 2, lett. e) Regolamento 27.4.2016, n. 2016/679/UE, ai sensi del quale ogni autorità di controllo ha il “*potere correttivo*” di “*infliggere una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 83, in aggiunta alle misure di cui al presente paragrafo, o in luogo di tali misure, in funzione delle circostanze di ogni singolo caso, e art. 83 e 84, che dettano una disciplina specifica per la determinazione dell'ammontare della sanzione.*”

indagine e ispettivi, come visto) anche il potere sanzionatorio al dichiarato fine di “applicare efficacemente le norme dell’Unione in materia di concorrenza”.<sup>82</sup>

Il potere sanzionatorio è riconosciuto, in ambito nazionale, da tutte le leggi istitutive delle Autorità, nonché dalle leggi successive che hanno ampliato le competenze delle Autorità indipendenti.<sup>83</sup>

Le sanzioni vengono irrogate all’esito di un procedimento – disciplinato, come previsto dalla legge, da appositi regolamenti adottati dalle Autorità indipendenti – che solo in parte segue la disciplina generale (sostanziale e procedimentale) contenuta nella l. 24.11.1981, n. 689, la quale si applica soltanto ove compatibile con le discipline speciali relative alle sanzioni irrogate dalle Autorità.<sup>84</sup> Resta ferma l’applicazione della disciplina contenuta nel

---

<sup>82</sup>V. Direttiva del 1.12.2018 n. 2019/1/UE, recepita con d.lgs. n. 185/2021. Per il potenziamento del potere sanzionatorio delle Autorità nazionali garanti della concorrenza, v. il capo V, *Ammende e penalità*, ove si stabilisce che gli Stati membri debbano provvedere affinché le Autorità, in caso di violazione (dolose o colpose) degli artt. 101 e 102 TFUE possano chiedere “*in un procedimento giudiziario non proporzionate e dissuasive*”, fissate in proporzione al fatturato, al fine di costringere le imprese a fornire informazioni complete e esatte e a presentarsi alle audizioni. *penale*” l’irrogazione di ammende “*efficaci, proporzionate e dissuasive*”, ovvero provvedano esse stesse all’irrogazione delle ammende nei casi in cui, nell’ambito del procedimento ispettivo, i le imprese non si conformino all’accertamento, ovvero forniscano risposte false o fuorvianti ovvero informazioni inesatte o incomplete, etc. (art. 14). L’importo dell’ammenda non deve essere inferiore al 10% del fatturato totale dell’impresa (art. 15). È poi previsto che gli Stati nazionali provvedano affinché le Autorità possano irrogare alle imprese penalità di mora “*efficaci proporzionate e dissuasive*”, fissate in proporzione al fatturato, al fine di costringere le imprese a fornire informazioni complete e esatte e a presentarsi alle audizioni.

<sup>83</sup>E così, per l’AGCM gli artt. 15 e 19 l.n. 287/1990 prevedono l’irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie rispettivamente per i casi di intese restrittive vietate e abuso di posizione dominante il cui ammontare può essere fissato fino al 10% del fatturato delle imprese (art. 15) e di inottemperanza al divieto di concentrazioni il cui ammontare è stabilito tra l’1% e il 10% del fatturato (art. 19), e l’art. 27, d.lgs. n. 206/2005 attribuisce analogo potere per le ipotesi di pratiche commerciali scorrette fino a € 50.000; per ARERA, la base legale del potere sanzionatorio è costituita dall’art. 2, co. 20, lett. c), l.n. 481/1995, che consente all’Autorità di irrogare sanzioni pecuniarie la cui entità può essere fissata tra un minimo e un massimo edittale (€2.500-€150.000.000), con possibilità di sospendere l’attività in caso di reiterazione delle condotte, e art. 45, d.lgs. 1.6.2011, n. 93, per l’ampliamento delle violazioni in ordine alle quali ARERA è autorizzata a irrogazione sanzioni amministrative; per AGCom, il potere sanzionatorio è previsto dall’art. 1, co. 29 e 30, che fissa il minimo e massimo edittale entro cui l’Autorità può determinare l’importo della sanzione, e l’art. 93 d.lgs. n. 259/2003, per i casi di violazione delle disposizioni del Codice delle comunicazioni elettroniche, anche qui con l’indicazione di criteri per la fissazione dell’importo della sanzione; per il Garante della Privacy, art. 166, d.lgs. n. 196/2003, che stabilisce quali violazioni del Codice della privacy danno luogo alla irrogazione di una sanzione da parte dell’Autorità, rinviando per la determinazione dell’entità dell’importo alle specifiche indicazioni contenute nell’art. 83 Regolamento n. 2016/679/UE cit., nonché con la previsione dei criteri per il procedimento da seguire, da fissare con regolamento del Garante.

<sup>84</sup>L’art. 31, l.n. 287/1990 prevede che “*per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689*” e l’art. 166, co. 7 stabilisce che “*nell’adozione dei provvedimenti sanzionatori nei casi di cui al comma 3 si osservano, in quanto applicabili, gli articoli da 1 a 9, da 18 a 22 e da 24 a 28 della legge 24 novembre 1981, n. 689*”. L’applicabilità della l. 689/1981 – seppur soltanto ove compatibile – alle sanzioni irrogate per violazioni del Codice delle comunicazioni elettroniche si ricava indirettamente dall’art. 98, co. 17 bis, d.lgs. n. 259/2003, ai sensi del quale “*alle sanzioni amministrative irrogabili dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni non si applicano le disposizioni sul pagamento in misura ridotta di cui all’articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni*”, implicitamente ammettendo l’applicabilità delle altre disposizioni contenute nella l. n. 689 cit. Analogo discorso vale per l’applicabilità ai procedimenti sanzionatori di ARERA della l. n. 689/1981, alla luce della disposizione contenuta nell’art. 45, co. 5, d.lgs. n.

capo I della l. n. 689 sopraccitata, per quanto attiene ai principi generali in materia di sanzioni amministrative.

In linea generale, il procedimento sanzionatorio innanzi alle Autorità indipendenti si articola in una fase c.d. preistruttoria, cioè precedente all'eventuale contestazione dell'addebito, essendo l'attività dell'Autorità indipendente volta a verificare (nell'ambito dell'attività di vigilanza ovvero a seguito di denuncia) se vi siano state violazioni della normativa in materia da parte dei soggetti controllati.

Nella fase pre-istruttoria, gli uffici delle Autorità svolgono un'attività di indagine preliminare, attraverso l'utilizzo di una serie di strumenti (ispezioni, richieste di informazioni e di documentazione, etc.), anche molto incisivi.

In tale fase non è assicurata la garanzia del contraddittorio con i soggetti sottoposti a controllo, anche probabilmente in considerazione del fatto che nella disciplina di cui alla l. 689/1981 le garanzie del contraddittorio sono assicurate soltanto dopo la contestazione degli addebiti. La fase pre-istruttoria può avere due differenti esiti: può dar luogo ad un provvedimento di archiviazione,<sup>85</sup> ovvero può sfociare nella fase istruttoria vera e propria, che prende avvio con la c.d. contestazione degli addebiti (per il procedimento sanzionatorio antitrust) o, più in generale, con la delibera di avvio del procedimento sanzionatorio.<sup>86</sup>

---

93/2011, ai sensi del quale *“ai procedimenti sanzionatori dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas non si applica l'articolo 26 della legge 24 novembre 1981, n. 689”*.

<sup>85</sup> v. Cons. St., VI, 23.7.2009, n. 4597, secondo cui *“deve oggi ritenersi riconosciuta, anche nell'ordinamento interno, la legittimazione a ricorrere avverso i provvedimenti negativi o di archiviazione delle denunce in capo ai soggetti “controinteressati” rispetto ai comportamenti esaminati dalle Autorità indipendenti e tale principio vale per qualsiasi tipo di provvedimento di tal genere (archiviazioni di denunce, autorizzazioni ad operazioni di concentrazione, chiusure di istruttorie antitrust con accettazione degli impegni proposti dalle imprese e giudizi di non ingannevolezza di messaggi pubblicitari)”*.

<sup>86</sup> Per quanto attiene al procedimento sanzionatorio di ARERA, la recente modifica al regolamento operata con la Deliberazione 1.6.2018 n. 388/2017/E/COM, è stato previsto un termine generale di conclusione del procedimento sanzionatorio (la cui individuazione in precedenza avveniva nei singoli provvedimenti di avvio) pari a 220 giorni decorrenti dalla comunicazione di avvio del procedimento, nonché un termine generale entro il quale il responsabile del procedimento deve comunicare le risultanze istruttorie pari a 120 giorni decorrenti sempre dalla comunicazione di avvio del procedimento, e prevedendo che lo stesso resti sospeso in casi di necessità di approfondimenti istruttori e sia prorogato di 30 giorni nei casi in cui sia richiesta l'audizione finale (art. 4 bis, Regolamento sul procedimento sanzionatorio ARERA).

Sulla perentorietà del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio – in una fattispecie, precedente alla modifica del 2018 (in cui quindi il termine di conclusione del procedimento veniva fissato volta per volta dall'Autorità nella delibera di avvio), in cui il procedimento sanzionatorio si era concluso dopo ben 1.400 giorni dall'avvio, al di là del termine di 270 giorni indicato nella delibera di avvio – si è recentemente pronunciato il Consiglio di Stato, VI, 19.1.2021, n. 584. Secondo il Consiglio di Stato *“non è escluso che la esigenza di fissazione di termini perentori a pena di decadenza possa essere soddisfatta, nel rispetto del principio di legalità sostanziale, da atti normativi secondari o generali a ciò autorizzati o al limita anche in sede di avvio del procedimento, con una autolimitazione della successiva attività”*. Il Consiglio di Stato ha evidenziato il diverso atteggiarsi del tempo a seconda del contesto normativo di riferimento e degli interessi sostanziali in gioco, sottolineando che nel caso del potere sanzionatorio l'Autorità persegue interessi ulteriori al *“mero rilievo dell'avvenuta infrazione”*, connessi con il perseguimento di una finalità dissuasiva, i quali impongono appunto la

La fase istruttoria – di competenza degli uffici e non del Collegio, in virtù del principio garantista della necessaria separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie <sup>87</sup> – si caratterizza per il pieno dispiegarsi del contraddittorio con i soggetti della cui condotta si tratta, nonché con tutti gli altri interessati, compresi ovviamente i denunciati nel caso in cui l'attività di controllo dell'Autorità sia stata sollecitata da un'apposita istanza (denuncia) di terzi interessati.

Differente è tuttavia la posizione dei diretti destinatari della contestazione – i quali, in linea generale oltre a presentare memorie e produrre documenti, possono essere sentiti personalmente in audizione dall'organo dell'Autorità deputato all'istruttoria – rispetto ai

---

conclusione del relativo procedimento entro termini determinati: “il carattere effettivo e dissuasivo della sanzione è fortemente condizionato dal rispetto della tempistica procedimentale, poiché se l'irrogazione della sanzione avvenisse a distanza di tempo dalla sua commissione e dal suo accertamento potrebbe fallire il suo obiettivo”. Ma la perentorietà del termine viene desunta dal Consiglio di Stato anche sulla base di un'ulteriore argomentazione, legata alle conseguenze di ordine processuale derivanti dall'annullamento giurisdizionale del provvedimento di irrogazione della sanzione adottato dall'Autorità in un arco temporale molto ampio: “il tempo dell'agire dell'amministrazione per la sua valenza estrinseca ha carattere assoluto, come il tempo dell'agire umano, sottratto alle leggi della fisica quantistica, e scorre in una sola direzione. Il processo amministrativo da sempre utilizza delle finzioni giuridiche per contrastare questa verità. Così la pronuncia costitutiva di annullamento del provvedimento compressivo della sfera giuridica del privato comporta, attraverso una qualificazione giuridica negativa, la rimozione ex tunc degli effetti del provvedimento stesso” e tuttavia “una tale fictio non può spingersi sino al punto di restituire all'amministrato il tempo trascorso del procedimento, ossia “quel tempo” sprecato dall'amministrazione ... l'annullamento di un provvedimento sanzionatorio non può riportare indietro le lancette dell'orologio, restituendo all'amministrato “quel tempo” male utilizzato dall'amministrazione”. Alla luce di dette argomentazioni, il Consiglio di Stato ha dunque riconosciuto che “il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio promosso dall'Autorità appellata ha natura perentoria, sicché il suo superamento inficia il provvedimento sanzionatorio impugnato, con ciò che ne consegue in termini di illegittimità dello stesso”

<sup>87</sup> È noto, infatti, che nell'ambito dei procedimenti sanzionatori innanzi alle Autorità indipendenti, sia stata progressivamente accentuata la distinzione tra funzioni istruttorie, di competenza degli uffici, e funzioni decisorie, di competenza del Collegio; distinzione ritenuta espressione di una delle garanzie dell'equo processo ricavate dalla Corte di Strasburgo dall'art. 6 CEDU al fine di garantire l'imparzialità dell'organo chiamato a giudicare e al fine di garantire la parità delle parti. Sulla separazione tra funzioni istruttorie e decisorie sul procedimento sanzionatorio innanzi all'AGCM per pratiche commerciali scorrette, v. Cons. St., VI, 11.3.2021, n. 2081: “in riferimento ai procedimenti sanzionatori dell'Antitrust, in base alla disciplina dettata Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore (Delibera AGCM 1° aprile 2015, n. 25411), il Responsabile del procedimento gode di una spiccata autonomia rispetto all'organo decisorio. Difatti, la fase istruttoria è concentrata in capo ad un soggetto la cui attività non è subordinata ai poteri di autorizzazione e di ratifica circa l'avvio e la chiusura dell'attività di accertamento, il quale cura in autonomia il procedimento, che una volta terminato verrà acquisito dal Collegio per la decisione finale. Quest'ultimo rimane competente solo in ordine all'adozione del provvedimento finale” con la conseguenza che “in questo particolare settore, l'area di separazione tra fase istruttoria e fase decisoria risulta particolarmente marcata”. Per alcuni procedimenti, e segnatamente per quelli di competenza della Banca d'Italia, della CONSOB, e dell'IVASS essa è imposta dalla legge (art. 24, co. 1, l.n. 262/2005).

Tale distinzione è oggi prevista in tutti i regolamenti delle Autorità indipendenti e, recentemente, è stata ancor più intensificata. E così, ad esempio, il Regolamento adottato da ARERA, nella versione integrata con le modifiche apportate con la delibera ARERA n. 388/2017/E/COM cit., tale separazione è ancor più netta, essendo affidata alla Direzione Sanzione e Impegni (DSAI) l'attività istruttoria (“istruisce, cura ed avvia, con propria determinazione, nel rispetto del principio di separazione tra l'attività istruttoria degli uffici e la decisione finale di competenza dell'Autorità, i procedimenti sanzionatori”: art. 1, lett. f) Regolamento ARERA), e al Collegio l'attività decisoria vera e propria.



denunciati, i quali non possono essere sentiti personalmente, ma possono soltanto presentare osservazioni scritte.<sup>88</sup>

Il contraddittorio in questa fase è particolarmente importante perché consente, da un lato, al diretto interessato (colui che potrebbe essere destinatario della sanzione finale se venisse accertata l'infrazione) di difendersi rispetto alle deduzioni contenute nella contestazione dell'addebito e, dall'altro, a tutti gli altri soggetti comunque interessati al procedimento sanzionatorio di fornire il proprio apporto collaborativo.

In tale fase, i poteri istruttori esercitati dall'Autorità sono particolarmente incisivi, potendo procedere con richieste di informazioni e di esibizione di documenti, effettuare ispezioni; poteri presidiati dall'irrogazione di sanzioni amministrative in caso di rifiuto di collaborazione dei terzi cui le informazioni sono chieste ovvero sottoposti a ispezione<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Ai sensi dell'art. 7 DPR n. 217/1998, tutti i soggetti che partecipano all'istruttoria hanno facoltà di presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri e accedere ai documenti. Mentre ai sensi del combinato disposto dell'art. 7, co. 3 e dell'art. 14, co. 5 DPR n. 217/1998 soltanto ai soggetti interessati hanno diritto di essere sentiti in audizione, potendo gli altri soggetti che hanno preso parte al procedimento essere sentiti su loro motivata richiesta solo a discrezione del Collegio.

Tale distinzione non sussiste nel procedimento sanzionatorio innanzi ad ARERA, ove tutti i partecipanti, oltre a presentare memorie e documenti, possono essere sentiti nell'audizione finale e *assistere all'audizione finale delle altre parti del procedimento*", salvo che sussistano ragioni di riservatezza (art. 13, delib. ARERA n. 243/2012/E/COM cit.).

<sup>89</sup> La questione della possibilità di sanzionare la condotta del soggetto che non collabora con l'Autorità indipendente nel corso del procedimento ispettivo si è posta recentemente con riferimento al procedimento sanzionatorio innanzi alla Consob, a fronte del silenzio - giustificato in ragione della necessità di evitare "l'auto-incriminazione" - a una richiesta di informazioni avanzata dalla Commissione; silenzio sanzionato dalla Consob con l'irrogazione di una sanzione pecuniaria. La disciplina contenuta nel TUF (d.lgs. n. 58/1998), analogamente alle discipline di settore delle altre Autorità, all'art. 187-*quinquiesdecies*, d.lgs. n. 58/1998 - in recepimento di disposizioni europee di analogo contenuto (per la Consob, artt. 12 e 14, Direttiva n. 2003/6/CE e art. 30, Regolamento (UE) n. 596/2014) - consente infatti alla Consob di sanzionare la mancata ottemperanza nei termini alle proprie richieste, ovvero la causazione di un ritardo nell'esercizio delle proprie funzioni.

Su tale sanzione si è instaurato un lungo contenzioso giunto fino in Corte di Cassazione la quale, avanzando dubbi circa la legittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* in relazione all'art. 24 Cost. e all'art. 6 CEDU, ha rimesso la questione alla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale, in considerazione della vigenza di disposizioni europee di analogo contenuto, ha osservato che una eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* rischierebbe di porsi in contrasto con il diritto europeo, e ha quindi formulato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, per "*chiarire se le disposizioni menzionate della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014 debbano essere interpretate nel senso che consentono allo Stato membro di non sanzionare chi si rifiuta di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la sua responsabilità per un illecito punito con sanzioni penali o con sanzioni amministrative di natura "punitiva"*" (ord. 10.5.2019, n. 117).

La Corte di Giustizia (2.2.2021, C-481/19, *Consob*) ha chiarito che il diritto europeo consente "*agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica, la quale, nell'ambito di un'indagine svolta nei suoi confronti dall'autorità competente a titolo di detta direttiva o di detto regolamento, si rifiuta di fornire a tale autorità risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale*".

Una volta raccolti gli elementi probatori necessari, viene redatta e trasmessa alle imprese interessate la c.d. comunicazione delle risultanze istruttorie (c.d. CRI), al fine di sollecitare il contraddittorio con le stesse.<sup>90</sup>

All'esito della fase istruttoria, dopo aver ricevuto e valutato le osservazioni dei soggetti interessati a seguito della c.d. CRI, viene adottato il provvedimento finale, con il quale – se l'Autorità ritiene sussistenti le violazioni contestate, l'elemento soggettivo e il nesso causale – irroga una sanzione pecuniaria determinandone l'importo sulla base dei criteri indicati nelle varie leggi di settore, nonché sulla base di linee guida adottate dalle stesse Autorità.<sup>91</sup>

Nel corso dello svolgimento del procedimento sanzionatorio, è riconosciuta in capo alle Autorità indipendenti, qualora ravvisino situazioni di gravità e urgenza, la facoltà di disporre misure cautelari.<sup>92</sup>

Senza dubbio, l'aspetto di maggior interesse per quanto attiene il potere sanzionatorio, oltre ovviamente alle garanzie partecipative e al contraddittorio di cui si è detto, attiene alla individuazione delle condotte sanzionabili.

Ed infatti, spesso la normativa di riferimento contiene concetti giuridici indeterminati (intese restrittive, abuso di posizione dominante, pratiche commerciali scorrette, pubblicità ingannevole, divieto di sbilanciamento, etc.) i quali devono essere interpretati, nei casi concreti, dalle Autorità al fine di verificare se una data condotta di un operatore economico integri o meno una violazione della normativa stessa.

---

<sup>90</sup> In giurisprudenza si è chiarito che fino al momento dell'invio della c.d. CRI, gli addebiti contestati possono essere modificati dall'Autorità, in quanto "*l'istruttoria serve proprio a individuare la corretta imputazione degli addebiti*" con la conseguenza che l'imputazione degli addebiti "*si realizza appunto con la comunicazione delle risultanze istruttorie*" (Cons. St., VI, 1.3.2012, n. 1192).

<sup>91</sup> Al fine di ridurre ulteriormente la discrezionalità circa la quantificazione delle sanzioni, le varie Autorità indipendenti hanno adottato proprie Linee Guida. Sul punto, v. delibera adottata da ARERA n. ARG/com 144/08 in data 9.10.2008, *Linee guida sull'applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas ai sensi dell'art. 2, comma 20, lett. c, della legge 14 novembre 1995, n. 481*; la delibera adottata da AGCM in data 22.10.2014, n. 25152, *Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*; la delibera adottata da AGCom Delibera n. 265/15/CONS in data 28.4.2015, *Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*. Per il Garante della protezione dei dati personali non è stato invece necessario adottare apposite Linee guida, essendo la normativa di riferimento già specifica e dettagliata in ordine ai criteri per la quantificazione delle sanzioni.

<sup>92</sup> Si tratta di un potere connesso a quello sanzionatorio. È di particolare rilevanza il potere di adottare misure cautelari attribuito all'AGCM "*nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza*" ove sia constatata "*ad un sommario esame la sussistenza di un'infrazione*" (art. 14 bis, l. n. 287/1990). Per i poteri cautelari di ARERA, v. art. 45, co. 6 bis, d.lgs. n. 93/2011, inserito dall'art. 58, co. 1, lett. b), d.l. 9.2.2012, n. 5, conv. modif. l. 35/2012, ai sensi del quale "*nei casi di particolare urgenza l'Autorità per l'energia elettrica e il gas può, d'ufficio, deliberare con atto motivato, l'adozione di misure cautelari, anche prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio*".

Si tratta di una esigenza imprescindibile, al fine di rendere effettiva, flessibile e duttile la risposta a condotte degli operatori in contrasto con la disciplina di settore; risposta che non sarebbe parimenti sufficientemente efficiente – o in alcuni casi sarebbe del tutto impossibile – nel caso in cui le varie condotte integranti una violazione della normativa di settore fossero indicate con precisione.

Da tale considerazione, invero scontata, emergono tuttavia tre ordini di conseguenze di particolare rilievo: in punto di imprevedibilità della sanzione; in punto di effettivo rispetto del principio di legalità e dei suoi corollari; nonché circa gli effetti ulteriori (conformativi del settore e quindi sostanzialmente normativi) prodotti dall'esercizio del potere sanzionatorio da parte delle Autorità indipendenti.

Sotto il primo profilo, la determinazione concreta, di volta in volta, delle condotte illecite da parte delle Autorità indipendenti produce una imprevedibilità delle condotte sanzionabili da parte degli operatori interessati; imprevedibilità che non potrebbe essere adeguatamente compensata dalle garanzie del contraddittorio nell'ambito del procedimento sanzionatorio, in quanto il contraddittorio è una garanzia che rispetto all'esercizio di poteri amministrativi ricorre in ogni caso, anche quando si esercita potestà amministrativa non punitiva e non può quindi costituire una giustificazione o una legittimazione alla imprevedibilità.

La soluzione, secondo la dottrina, dovrebbe dunque essere rinvenuta in una particolare applicazione del principio di buona fede da parte delle Autorità indipendenti, le quali dovrebbero evitare di sanzionare condotte ritenute per la prima volta illecite, valorizzando quindi l'elemento soggettivo.<sup>93</sup>

Quanto al principio di legalità, si è detto che il potere sanzionatorio delle Autorità è comunque sottoposto ai principi sostanziali e procedurali contenuti nel capo I della l. n. 689/1981, e in particolare, a quelli di tassatività, determinatezza e irretroattività della fattispecie sanzionatoria, a loro volta corollari del principio di legalità. Tali principi impongono che la condotta vietata sia tipica e determinata e che debba essere prevista come illecita al momento in cui viene irrogata la sanzione.

“Sembra pertanto palesemente da escludere che possano essere comminate dalle Autorità sanzioni per la violazione di precetti non posti esplicitamente ed inequivocabilmente

---

<sup>93</sup> Sul tema della certezza delle regole e sulla adeguata valorizzazione dell'elemento soggettivo nell'ambito dei procedimenti sanzionatori, v. A TRAVI, *Certezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 627.

dalle stesse (o anche da norme di legge), bensì desunti da principi e regole generali introdotti con la regolazione e in particolare dagli obiettivi della stessa.

Nulla vieta ovviamente alle autorità di chiarire in sede applicativa la portata precettiva di determinati principi regolatori; ma, al di là del fatto che tali chiarimenti non devono rappresentare un modo per eludere le regole di ordine procedimentale sull'emanazione degli atti di regolazione, sembra in ogni caso non ammissibile, anche in relazione al necessario ricorrere dell'elemento soggettivo, che un precetto non limpidamente definito possa costituire la base per l'irrogazione di una sanzione".<sup>94</sup>

Potrebbe accadere, in molti casi, che sia l'intento di assicurare l'effettività delle proprie prescrizioni (o di quelle poste dalla legge) ad indurre le autorità a non attenersi puntualmente al principio di tassatività delle sanzioni amministrative. Ma non si può che auspicare che in queste ipotesi la giurisprudenza manifesti un atteggiamento categoricamente restrittivo per garantire il rispetto sostanziale del principio di legalità, imponendo alle autorità di formulare o di riformulare in modo più esplicito e univoco le regolazioni della cui mancata osservanza si dolgono o annullando totalmente dei provvedimenti sanzionatori.

Così ad esempio, ha statuito il Consiglio di Stato con la sentenza, n. 5883/2018 (Cons. St., V, 112.10.2018), secondo cui *“principio – immanente allo Stato di diritto – che trova base nell’art. 1, primo comma, della l. 24 novembre 1981, n. 689, secondo cui «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione», in applicazione dell’art. 25 Cost., per il quale «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». Ne deriva che le fattispecie soggette a sanzione amministrativa si caratterizzano per tipicità e determinatezza. Sicché resta esclusa l’integrazione analogica della norma sanzionatrice per estenderne l’applicazione a ipotesi ivi non contemplate“*, accogliendo il ricorso proposto avverso l'ANAC e annullando il provvedimento con il quale l'Autorità aveva irrogato la sanzione amministrativa pecuniaria.

Ora, affidare alle Autorità indipendenti il compito di verificare, caso per caso, se la condotta sottoposta a controllo rientri o meno nell'ambito delle condotte vietate – indicate genericamente dalla legge con l'utilizzo di concetti giuridici indeterminati – significa in sostanza demandarne alle stesse la individuazione, con evidente violazione del principio di

---

<sup>94</sup> E. BRUTI LIBERATI Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale, in riv. Analisi Giuridica dell'Economia - 1/2020 cit. pp. 71

legalità e, segnatamente, del principio di determinatezza della fattispecie sanzionatoria sotto tale profilo.

Come osservato in dottrina, sarebbe proprio tale caduta della legalità sostanziale a giustificare la centralità del contraddittorio nel procedimento sanzionatorio innanzi alle Autorità indipendenti <sup>95</sup>

A tal proposito in riferimento al fatto che molte sanzioni irrogate dalle Autorità amministrative indipendenti, per il loro elevato impatto economico e sociale, possano essere qualificate anche come sanzioni penali, nei procedimenti sanzionatori contro le stesse, se non espressamente derogato dalla legge, vigono i principi di garanzia dei procedimenti penali.

Questo è quanto affermato con la sentenza Grande Stevens c. Italia, del 4.3.2014, con la quale la Corte europea dei diritti dell'uomo qualificando, le sanzioni pecuniarie, in determinati casi, come sanzioni sostanzialmente penali, ha conseguentemente statuito delle regole generali rispetto alle quali il complessivo procedimento funzionale all'accertamento dell'illecito, anche in sede amministrativa, e alla loro conseguente irrogazione sanzionatoria si debba basare sui principi di un giusto processo, nel rispetto delle garanzie che l'art. 6 CEDU riserva ai processi penali. <sup>96</sup>

Recentemente anche la giurisprudenza nazionale si è mostrata conforme a quella europea in merito al rigido rispetto delle regole sul contraddittorio, previste nel sistema penale ed estese anche ai procedimenti sanzionatori davanti alle Autorità, qualora vengano inflitte sanzioni amministrative pecuniarie in sostituzione o equiparate, a quelle penali. <sup>97</sup>

---

<sup>95</sup>Sul punto, v. M. CLARICH, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, cit., secondo cui “il contraddittorio serve cioè anche a tradurre il concetto giuridico indeterminato in misura concreta, tenendo conto di tutti gli elementi che servono al perseguimento di questo scopo”.

<sup>96</sup> Depositata il 4 marzo 2014 la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo nella causa Grande Stevens e altri contro l'Italia in tema di ne bis in idem e diritto ad un equo processo. Ad avviso dei giudici della Corte Europea, dopo che sono state comminate sanzioni dalla Consob, l'avvio di un processo penale sugli stessi fatti violerebbe il principio giuridico del ne bis in idem, secondo cui non si può essere giudicati due volte per lo stesso fatto. I ricorrenti, infatti dopo essere stati sanzionati nel 2007 dalla Consob, erano stati rinviati a giudizio, per poi essere assolti in primo grado e condannati in appello. Anche se il processo davanti alla Consob è amministrativo, infatti, le sanzioni inflitte possono essere considerate a tutti gli effetti come penali, anziché amministrative, vista l'eccessiva severità delle stesse - sia per l'importo che per le sanzioni accessorie - oltre che per le ripercussioni sugli interessi del condannato.

<sup>97</sup> V. sentenza n. 10359 del 24 novembre 2022 del Consiglio di Stato, con la quale esso ha voluto “dare continuità all'indirizzo, già espresso dalla Sezione (09 maggio 2022, n. 3570), secondo cui le norme di principio contenute nel Capo I, L. 24 novembre 1981, n. 689, sono dotate di applicazione generale dal momento che, in base all'art. 12 della medesima legge, le stesse devono essere osservate con riguardo a tutte le violazioni per le quali è comminata la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di danaro.” Se quindi la legge nr. 689 del 1981, quale legge di modifica al sistema penale, ha in sé i principi del sistema penalistico - con l'obiettivo tuttavia di una depenalizzazione con sostituzione della sanzione penale con una sanzione amministrativa - è possibile ammettere, come riportato in sentenza, che “(l)'intento del legislatore è stato quello

Alle Autorità sarebbe demandato, quindi, non soltanto il potere di individuare quali siano le condotte vietate, ma anche quello di accertare l'illecito nei casi concreti.

Da tale constatazione deriva in via automatica il terzo ordine di conseguenze, relativo agli effetti ulteriori, sostanzialmente normativi, prodotti dall'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti e segnatamente dall'attività di accertamento e di qualificazione di una condotta come illecita.

In altri termini, una volta che l'Autorità indipendente abbia accertato e qualificato una condotta come illecita, detto accertamento produce un effetto ulteriore<sup>98</sup> di conformazione del mercato, in capo agli altri operatori economici, terzi rispetto al procedimento sanzionatorio; nel senso che gli altri operatori economici, a fronte della sanzione irrogata, saranno dissuasi dal porre in essere condotte analoghe a quella sanzionata, a meno di non voler incorrere anch'essi (consapevolmente) nella irrogazione di una sanzione.<sup>99</sup>

Sotto tale profilo, tuttavia, resta aperto il problema se il principio di tipicità sia effettivamente rispettato quando dal potere sanzionatorio derivino effetti ulteriori, in capo a soggetti terzi rispetto al procedimento, come l'effetto di conformazione del mercato.

---

di assoggettare ad un statuto unico ed esaustivo (e con un medesimo livello di prerogative e garanzie procedurali per il soggetto inciso) tutte le ipotesi di sanzioni amministrative, sia che siano attinenti a reati depenalizzati, sia che conseguano ad illeciti qualificati 'ab origine' come amministrativi, con la sola eccezione delle violazioni disciplinari e di quelle comportanti sanzioni non pecuniarie." La sentenza ha infine dichiarato l'illegittimità della sanzione irrogata senza la previa comunicazione della relazione di chiusura di istruttoria e senza il preventivo svolgimento del contraddittorio dinanzi all'Autorità amministrativa.

<sup>98</sup> Nel caso di violazioni della normativa antitrust, il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM produce un ulteriore effetto, e cioè il definitivo accertamento della condotta ai fini del giudizio di responsabilità civile per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese. In tal senso depone l'art. 7, d.lgs. 19.1.2017, n. 3, ai sensi del quale "*ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato ... non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima. Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno*".

<sup>99</sup> Secondo tale dottrina, infatti, le sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti nell'esercizio della c.d. funzione di regolazione non avrebbero di mira tanto la punizione del trasgressore quanto la tutela dell'interesse pubblico specifico affidato di volta in volta all'Autorità. V. M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, cit., il quale, pur evidenziando una "plurifunzionalità" delle sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti, evidenzia la inutilità di una classificazione delle sanzioni sulla base della funzione assoluta, con la conseguenza che "*non è scorretto sostenere che le AI, minacciando e applicando la sanzione, perseguono l'obiettivo di rendere effettivi i valori della regolazione; ma sarebbe certamente parziale ritenere che, in virtù di ciò, tali sanzioni siano prive del carattere afflittivo nei confronti del trasgressore e non svolgano funzione di prevenzione; e, al tempo stesso, sarebbe irragionevole negare che le sanzioni amministrative « ordinarie » spesso costituiscano strumenti di cura indiretta dell'interesse affidato all'amministrazione*".

Tali considerazioni sollecitano un'ulteriore e necessaria riflessione circa la natura del potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti (se connotato da discrezionalità o da vincolatività), anche in considerazione delle conseguenze che comporta in punto di riparto di giurisdizione.<sup>100</sup>

Ed infatti, sostenere che l'irrogazione delle sanzioni costituisca esercizio di un potere autoritativo riconosciuto dalla legge alle Autorità indipendenti, strettamente collegato con gli altri incisivi poteri attribuiti (e segnatamente con il potere di regolazione), tutti finalizzati alla cura dell'interesse pubblico cui la singola Autorità è deputata, significa ritenere che il potere sanzionatorio sia caratterizzato - oltre che a momenti di discrezionalità tecnica (quanto, ad esempio, all'accertamento dell'illecito) - da vera e propria discrezionalità amministrativa (non solo nel quantum, ma anche nell'an) intesa come ponderazione tra vari interessi per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico primario, e non da vincolatività, intesa come obbligo della Autorità, una volta accertata l'infrazione, di procedere – senza poter operare alcun margine di valutazione – all'irrogazione della sanzione.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> Sul potere sanzionatorio sia in generale che con riferimento alla specifica tematica delle Autorità indipendenti, con particolare riguardo alla natura delle situazioni soggettive che con tale potere si confrontano, nonché al tema della tutela giurisdizionale e del riparto di giurisdizione, v. S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 2017, che ricostruisce il potere sanzionatorio come “*potere autoritativo, per cui la correlata posizione giuridica soggettiva del privato non può che avere la consistenza di interesse legittimo*” (part. cap. I), osservando come “*il provvedimento sanzionatorio, perseguendo (anche) un interesse pubblico ed essendo comunque il risultato di un procedimento amministrativo, abbia tutte le caratteristiche di un normale provvedimento amministrativo (che può essere discrezionale o vincolato), per cui il cittadino destinatario della sanzione amministrativa è titolare di un interesse legittimo*”. E, soprattutto con riguardo alle Autorità indipendenti, l'A. rileva come il potere sanzionatorio sia caratterizzato da marcati tratti di discrezionalità anche nella fase di irrogazione delle sanzioni “*non foss'altro perché è lo stesso legislatore a lasciare margini di scelta all'Autorità, che può scegliere se utilizzare lo strumento sanzionatorio o altri strumenti per perseguire e tutelare l'interesse pubblico ad essa affidato*” (p. 395). E proprio dalla esistenza di uno spazio di discrezionalità lasciato dal legislatore all'Amministrazione nell'esercizio del potere sanzionatorio l'A. fa derivare la sussistenza di un obbligo in capo alla stessa di predeterminare (attraverso regolamenti, linee guida) i criteri di applicazione della sanzione (part. pp. 134 ss.). La necessità di una predeterminazione da parte dell'Amministrazione di detti criteri appare necessaria, nella prospettiva dell'A., anche al fine, da un lato, di consentire una maggiore intellegibilità del provvedimento sanzionatorio e, dall'altro lato, di evitare che il giudice (dotato di una giurisdizione di merito) si sostituisca all'amministrazione, utilizzando criteri diversi (pp. 441 ss.); rischio che, secondo l'A., viene evitato anche attraverso le garanzie procedurali in tema di contraddittorio e di diritto di difesa dell'interessato.

<sup>101</sup> Sulla discrezionalità tecnica, in dottrina v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano 1993, part. pp. 54 ss. secondo il quale in alcuni casi il testo normativo attribuisce all'autorità non potestà discrezionali, ma “*il compito di addivenire a dei giudizi a contenuto scientifico*”, connotati da quella che in dottrina è comunemente denominata discrezionalità tecnica (p. 55). L'A. distingue nettamente la discrezionalità c.d. pura da quella c.d. tecnica, osservando che mentre la “*discrezionalità si riferisce ... ad una potestà, e implica giudizio e volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo, e implica solo giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo, e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione. discrezionale*” (p. 56). In alcuni casi, soprattutto quando si tratti di applicare “*canoni della c.d. discipline non esatte*” i “*giudizi tecnici*” che in astratto dovrebbero essere “*sempre dei giudizi di esistenza*”, in concreto “*possono divenire dei giudizi di probabilità, ipotetici*”, e cioè “*in una parola si possono avvicinare ai giudizi valutativi propri della potestà discrezionale*” (p. 56). E tuttavia, in tali casi, “*malgrado il carattere fortemente valutativo che possiedono siffatti giudizi, essi rimangono nell'ambito dell'apprezzamento tecnico, e non debordano nella*

Ma vi è un'altra caratteristica delle sanzioni amministrative irrogate dalle Autorità indipendenti, tale da distinguerle nettamente dalle sanzioni amministrative "ordinarie", che attiene alla finalità perseguita attraverso l'esercizio del potere sanzionatorio; una finalità non soltanto afflittiva e di prevenzione generale e speciale (tipica della sanzione amministrativa) ma anche ripristinatoria e riparatoria.

Tale finalità appare con maggior chiarezza facendo riferimento a due istituti, strettamente connessi e collegati con il procedimento sanzionatorio, in quanto traenti origine dalla stessa matrice: gli impegni e i programmi di clemenza.

L'istituto degli impegni, di origine europea, è stato introdotto nel nostro ordinamento, dapprima per l'AGCM e l'AGCOM<sup>102</sup> e poi esteso anche ad altre Autorità<sup>103</sup>. L'istituto degli impegni costituisce un sub-procedimento ad iniziativa di parte che si inserisce in un

---

*potestà discrezionale: abbiamo sempre dei giudizi tecnici giuridicamente distinti dai giudizi di opportunità e dal momento decisionale"* (p. 57). Secondo l'A. quindi le due discrezionalità, quella c.d. pura e quella tecnica, pur restando distinte dal punto di vista ontologico (l'una dà luogo ad un giudizio di opportunità, l'altra ad un giudizio di esistenza), non si escludono a vicenda, potendo coesistere nell'ambito di un singolo episodio di esercizio del potere giudizi connotati da discrezionalità tecnica e successive valutazioni di natura più propriamente discrezionale.

<sup>102</sup> L'art. 14 d.l. 4.7.2006, n. 223, conv. modif. l. 4.8.2006, n. 248, integrando i poteri già conferiti ad AGCM, ha introdotto l'art. 14 *ter* nella l. n. 287/1990, relativo all'istituto degli impegni. Con delibera AGCM 6.9.2012, n. 23863 è stata adottata la *Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14 ter della legge 10 ottobre 1990 n. 287*, al fine di rendere edotte le imprese circa le modalità di presentazione degli impegni e le procedure di valutazione degli stessi.

Il d.l. n. 223/2006, cit., così come modif. dalla l. conv. n. 248/2006, all'art. 14 *bis* ha attribuito analogo potere ad AGCom, prevedendo che al di fuori dell'ambito di competenza dell'AGCM qualora "*occorra promuovere la concorrenza nella fornitura delle reti e servizi di comunicazione elettronica e delle risorse e servizi correlati*" l'AGCom "*qualora ritenga gli impegni proposti idonei ai fini rispettivamente indicati, può approvarli con l'effetto di renderli obbligatori per l'impresa proponente. In caso di mancata attuazione degli impegni resi obbligatori dall'Autorità trovano applicazione le sanzioni previste dalle discipline di settore. Qualora la proposta di impegno provenga da un'impresa incorsa in illecito non ancora punito, l'Autorità tiene conto dell'attuazione dell'impegno da essa approvato ai fini della decisione circa il trattamento sanzionatorio applicabile al caso concreto*". In attuazione dell'art. 14 *bis*, d.l. n. 223/2006 cit., l'AGCom ha adottato il Regolamento in materia di impegni (delibera n. 645/06/Cons, modif. delibera n. 131/08/Cons), al fine di disciplinare modalità e termini per la presentazione della proposta e dunque la procedura per la formulazione degli impegni da parte degli operatori del settore.

<sup>103</sup> La possibilità di accettare impegni è prevista anche per ARERA. L'art. 45, co. 3, d.lgs. n. 93/2011 prevede infatti che entro 30 giorni dalla notifica dell'avvio del procedimento sanzionatorio "*l'impresa destinataria può presentare all'Autorità per l'energia elettrica e il gas impegni utili al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle norme o dai provvedimenti violati. L'Autorità medesima, valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per l'impresa proponente e concludere il procedimento sanzionatorio senza accertare l'infrazione*"; tuttavia "*l'Autorità per l'energia elettrica e il gas può riavviare il procedimento sanzionatorio qualora l'impresa contravvenga agli impegni assunti o la decisione si fondi su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti. In questi casi l'Autorità per l'energia elettrica e il gas può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria aumentata fino al doppio di quella che sarebbe stata irrogata in assenza di impegni*".

Gli artt. 16-20 del Regolamento ARERA sul procedimento sanzionatorio (All. A, delibera n. 243/2012/E/COM cit. succ. modif.) sono dedicati agli impegni, e disciplinano le modalità di presentazione, l'ammissibilità e pubblicazione, l'istruttoria sugli impegni e il provvedimento finale. ARERA ha poi adottato specifiche Linee Guida, le quali illustrano le procedure ivi descritte e, in particolare, le modalità di presentazione delle proposte di impegni nonché di valutazione delle medesime da parte dell'Autorità.

Analogamente, l'art. 37, co. 3, lett. f), d.l. n. 201/2011, estende l'istituto degli impegni anche al procedimento sanzionatorio innanzi all'ART.



procedimento sanzionatorio già avviato dalle Autorità, cui è possibile ricorrere nei soli casi di violazioni non gravi. La presentazione di impegni rappresenta infatti una reazione, eventuale e spontanea, all'apertura di un'istruttoria formale.

L'intima connessione con il procedimento sanzionatorio risulta evidente se si considera che soltanto l'avvio di un procedimento sanzionatorio consente la proposizione di impegni e che la chiusura positiva del sub-procedimento con impegni preclude la prosecuzione del procedimento sanzionatorio.

Gli impegni sono iniziative assunte volontariamente dall'operatore destinatario del provvedimento di avvio del procedimento sanzionatorio che diventano per quest'ultimo veri e propri obblighi, se valutati idonei, a seguito della loro approvazione da parte delle Autorità.

Il provvedimento di approvazione degli impegni chiude il procedimento sanzionatorio senza l'accertamento dell'infrazione, ad eccezione dei casi in cui il soggetto proponente contravviene agli impegni assunti, ovvero in cui il provvedimento si fonda su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti, che danno luogo a riavvio del procedimento sanzionatorio.

L'accettazione degli impegni le Autorità, lungi dal punire una condotta illecita, in contrasto con la normativa di settore – ciò che risponderebbe alla finalità afflittiva, tipica della sanzione – mirano piuttosto a ripristinare la situazione qua ante, perseguendo una finalità riparatoria.<sup>104</sup>

Un'ultima considerazione merita il profilo della tutela giurisdizionale avverso le decisioni delle Autorità di accoglimento o di rigetto degli impegni.

È infatti pacifico che, essendo il contenuto degli impegni determinato dal soggetto proponente e sottoposto alla sola valutazione di idoneità da parte dell'Autorità, una volta che l'Autorità abbia adottato il provvedimento di approvazione, quest'ultimo non potrà essere impugnato dal destinatario, ma soltanto dai soggetti terzi eventualmente interessati all'accertamento dell'infrazione. Al contrario, il provvedimento con cui l'Autorità decide di respingere gli impegni proposti dal soggetto sottoposto a istruttoria può essere impugnato, ma

---

<sup>104</sup>S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, cit. pp. 272 ss.

In giurisprudenza, è stata sottolineata l'ampia discrezionalità di cui godono le Autorità indipendenti nella scelta in ordine alla accettazione degli impegni. Si v. Tar Lazio, 18.1.2011, n. 449, secondo cui la decisione con impegni "comporta una valutazione ampiamente discrezionale da parte dell'Autorità, tenuto conto del fatto che l'accettazione degli impegni non produce quell'effetto di chiarimento della regola giuridica che deriva, invece, dalle decisioni di infrazione", e ancora "la regola è, dunque, quella dell'accertamento dell'infrazione, laddove l'accettazione degli impegni è evenienza rispetto alla quale la discrezionalità dell'Autorità è massima, in quanto impinge nelle scelte, alla stessa esclusivamente rimesse, circa le proprie priorità di intervento.

soltanto unitamente al provvedimento finale (di irrogazione della sanzione), trattandosi di un atto endoprocedimentale, privo del carattere della lesività.<sup>105</sup>

Altro istituto in cui la finalità ripristinatoria-riparatoria appare prevalente rispetto alla finalità afflittivo-punitiva (presente, ma secondaria), è quello dei c.d. programmi di clemenza.<sup>106</sup>

I programmi di clemenza sono previsti, per la materia antitrust, sulla scorta del diritto europeo, dall'art. 15, co. 2 bis l. n. 287/1990, inserito dall'art. 14, d.l. n. 223/2006 cit. e recentemente modificato dal d.lgs. n. 185/2021 (di recepimento della direttiva n. 2019/1 cit.), ai sensi del quale l'AGCM, in conformità all'ordinamento europeo, definisce “con proprio provvedimento generale” i casi in cui “in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza”, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero può essere ridotta.

Si tratta di uno strumento premiale, utilizzato nelle ipotesi di violazioni più gravi della normativa in materia di concorrenza, il cui accertamento sarebbe particolarmente complesso – o in alcuni casi impossibile – in assenza di una proficua collaborazione dell'impresa.

I programmi di clemenza sono utilizzati soprattutto per contrastare e reprimere i cartelli – e cioè le intese che fissano i prezzi di acquisto o di vendita, limitano la produzione o le vendite, o ripartiscono i mercati tra le imprese, comprimendo fortemente la concorrenza e danneggiando i consumatori – e assolvono una funzione premiale nei confronti del membro del cartello che “dissociandosi per primo dal «pactum sceleris», denuncia gli altri componenti del cartello e si trasforma in un «collaboratore di giustizia»”, cui viene concessa “l'immunità”, o comunque una riduzione della sanzione.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup>Cons. St., VI, 20.7.2011, n. 4393, secondo cui “l'atto di rigetto degli impegni (in sé, sprovvisto di un autonomo carattere di lesività) non risulta idoneo ad incidere in modo diretto ed immediato sulla posizione giuridica del soggetto sottoposto ad istruttoria (se non in base a un mero dato probabilistico, ex se inidoneo a giustificare il carattere di diretta impugnabilità”); e ancora “l'atto in questione (laddove di segno negativo), lungi dal costituire un arresto procedimentale in senso proprio, si limita a segnare la riconduzione di questo particolare tratto procedimentale nel più ampio alveo di un unitario procedimento istruttorio (il cui esito finale resta, comunque, aperto ad ogni possibile soluzione)”.

<sup>106</sup> S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, cit., pp. 270 ss., M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, cit.,

<sup>107</sup> Sui programmi di clemenza v. anche S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, cit., part. pp. 270 ss., il quale evidenzia un aspetto di criticità circa la convenienza per l'impresa a collaborare nella circostanza che la partecipazione al programma di clemenza, che può escludere o comunque mitigare il trattamento sanzionatorio amministrativo, non fa venir meno la responsabilità civilistica dell'impresa stessa; ciò che “pone delicati problemi circa i rapporti tra private e public enforcement del diritto antitrust, dal momento che si devono bilanciare l'interesse dell'impresa partecipante alla riservatezza delle “confessioni” rese e della relativa documentazione con l'esercizio del diritto di difesa degli altri partecipanti all'infrazione

È evidente, pertanto, che anche nel caso dei programmi di clemenza, e dunque a fronte di violazioni particolarmente gravi del diritto antitrust, la finalità perseguita sia quella di garantire e ripristinare il corretto funzionamento del mercato, e, in via soltanto secondaria (ed eventuale), punire il soggetto che si è reso colpevole della violazione.<sup>108</sup>

Dall'esame del potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti, nonché degli istituti ad esso connessi (decisione con impegni e programmi di clemenza), appare quindi evidente come finalità prioritaria delle Autorità indipendenti, anche nell'esercizio del potere sanzionatorio, sia garantire il corretto funzionamento dei settori cui sono deputate; obiettivo che viene raggiunto, a seconda delle circostanze e in base a considerazioni di convenienza e di opportunità, mediante l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie ovvero mediante l'assunzione di impegni da parte delle imprese che hanno posto in essere condotte illecite, ovvero ancora mediante il riconoscimento ad esse dell'immunità, totale o parziale.

In altri termini, il potere sanzionatorio delle Autorità persegue non soltanto una finalità afflittiva, quanto piuttosto una finalità ripristinatoria, a volte con effetti conformativi del mercato (che sarebbero invece propri del potere di normazione).

Ciò induce a ritenere che i vari poteri di cui consta la funzione di regolazione, nonché il potere normativo (di cui alcune Autorità sono dotate, come visto) – accomunati tutti dalla finalità propria del settore cui ciascuna Autorità è deputata – sono così strettamente e intimamente collegati da comportare, spesso, una certa confusione e commistione negli effetti prodotti.

---

*nell'ambito del procedimento sanzionatorio, nonché con le esigenze di tutela dei terzi sotto il profilo risarcitorio*" (p. 271).

<sup>108</sup>In dottrina si è sostenuto che dall'istituto dei programmi di clemenza emergerebbe la "dimensione regolatoria del sistema sanzionatorio": M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, cit., p. 74.

### Paragrafo 3

#### Il potere prescrittivo.

Si è detto che la finalità principale perseguita attraverso l'esercizio del potere sanzionatorio è quella di punire mediante l'irrogazione di una sanzione il soggetto che si sia reso colpevole della violazione della normativa in materia, e che soltanto in determinati casi, in ragione di considerazioni di opportunità, la finalità ripristinatoria-riparatoria prevalga sulla prima.

Ma vi è – almeno per le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, e segnatamente per ARERA e AGCom – un altro potere che, nell'intento del legislatore, assolve una funzione riparatoria: il c.d. potere prescrittivo.<sup>109</sup>

Ed infatti, l'art. 2, co. 20, l. n. 481/95 cit. prevede espressamente in capo alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, oltre al potere sanzionatorio di cui si è detto (lett. c), il potere di cui alla lettera d), ai sensi della quale l'Autorità “ordina al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo, ai sensi del comma 12, lettera g), l'obbligo di corrispondere un indennizzo”. Ai sensi del comma 12 lett. g) cit. l'Autorità, nel perseguire le proprie finalità, svolge alcune funzioni, tra cui “controlla lo svolgimento dei servizi con poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili, determinando altresì i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell'utente ove il medesimo soggetto non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio ... nel contratto di programma ...”.

Dunque, è riconosciuto in capo a dette Autorità il potere non solo di inibire la prosecuzione da parte delle società dell'attività lesiva dei diritti degli utenti, ma anche di imporre alle società stesse, che non abbiano rispettato le clausole contrattuali ovvero che abbiano erogato un servizio di qualità inferiore agli standard, un indennizzo in favore degli utenti.

La ratio della norma (e del relativo potere) è chiara: occorre, da un lato, ripristinare il corretto funzionamento del mercato e, dall'altro, garantire un ristoro – anche automatico – al

---

<sup>109</sup>Sul punto, è chiara la giurisprudenza: “*alla stregua della chiara tassonomia legislativa, dettata dall'art. 2, comma 20, della legge n. 481 del 1995, al potere sanzionatorio, di cui alla lettera c), è estranea qualunque finalità ripristinatoria o riparatoria, propria del potere prescrittivo, di cui alla lettera d)*” (Cons. St., VI, 15.2.2021, n. 1392, in materia di sbilanciamenti di energia elettrica).

soggetto che dallo svolgimento dell'attività mediante condotte lesive abbia subito un pregiudizio. È evidente pertanto la finalità riparatorio-restitutiva, e non afflittiva.

Tale norma, tuttavia, è stata interpretata estensivamente dalla giurisprudenza, la quale ha ritenuto che, in presenza dei presupposti previsti dalla norma (e cioè a fronte di violazioni di clausole contrattuali ovvero dell'erogazione di un servizio di qualità inferiore agli standard fissati), l'Autorità possa imporre al soggetto interessato la restituzione di somme indebitamente percepite nell'esercizio della propria attività che si è concretizzata in condotte lesive dei diritti degli utenti. E così si è osservato che "l'obbligazione restitutiva rientra tra le misure prescrittive suscettibili di essere assunte dall'Autorità ex art. 2, comma 20, lettera d), della legge n. 481 del 1995".<sup>110</sup>

Finché le Autorità impongono, nell'esercizio del potere prescrittivo, la restituzione di somme in presenza delle condotte lesive richieste dalla norma per l'attivazione del potere stesso (violazione di clausole contrattuali o erogazione di un servizio di qualità inferiore agli standard fissati), non si pongono particolari problemi circa l'effettiva sussunzione del relativo provvedimento nell'ambito del potere prescrittivo.

Laddove invece, l'esercizio del potere prescrittivo, venisse utilizzato in assenza di una espressa disposizione legislativa, potrebbe sorgere il dubbio circa la sua eventuale incompatibilità con il principio di legalità.

Occorre sottolineare, tuttavia, a tal riguardo, come la recente giurisprudenza, abbia ritenuto legittimo, che le Autorità indipendenti in esercizio del potere prescrittivo, abbiano imposto, in alcuni casi, alle imprese di settore, la restituzione di somme percepite nello svolgimento della propria attività di impresa, anche in assenza dei presupposti previsti dalla norma (senza cioè che le società destinatarie del provvedimento si siano rese colpevoli di condotte lesive degli utenti), ma a fronte di violazioni di propri atti di regolazione, con efficacia etero-integrativa dei contratti di utenza.<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> Cons. St. n. 1392/2021 cit

<sup>111</sup> Si v. ad esempio, Tar Lombardia, I, 25.8.2020, n. 1608, che ha ritenuto legittimo il provvedimento ARERA adottato in esercizio del potere prescritto di cui all'art. 2, co. 20, lett. d) cit., con cui si imponeva ad una società elettrica la restituzione degli importi percepiti nell'ambito dell'attività di fornitura dell'energia elettrica, ritenuti non dovuti in quanto contrastanti con atti di regolazione dell'Autorità (Regolamento TrovaOfferte e Codice di condotta commerciale) e, quindi, collegati indirettamente alla violazione di clausole contrattuali in ragione del meccanismo di eterointegrazione di contratti. Analogamente, v. anche Cons. St., VI, 4.2.2020, n. 879 sull'ordine di restituzione di somme impartito da AGCom ad una società di telecomunicazioni, nell'esercizio del potere prescrittivo di cui all'art. 2, co. 20, lett. d) cit., per violazione delle norme contenute in un atto di regolazione dell'Autorità e, indirettamente, per effetto della etero-integrazione di clausole contrattuali.

## Paragrafo 4

### **I poteri consuntivi, di segnalazione. Intervento regolativo mediante tecniche di “moral suasion” e fonti di “soft law”.**

Le Autorità indipendenti sono poi dotate di poteri consultivi e di segnalazione, nell'esercizio dei quali si esplica l'attività di collaborazione con gli altri soggetti istituzionali (Parlamento e Governo, in primis, ma anche le pubbliche Amministrazioni in generale) al fine di garantire un raccordo della propria attività con le attività di competenza degli altri “attori” dello “spazio regolatorio”.<sup>112</sup>

Innanzitutto, le Autorità indipendenti sono tenute a trasmettere al Parlamento (a volte al Governo che a sua volta procede con la trasmissione alle Camere) la relazione annuale sull'attività svolta nei settori di riferimento. Si tratta di un importante passaggio istituzionale, non solo perché consente alle Autorità di evidenziare, oltre al lavoro svolto, anche gli interventi necessari per il corretto funzionamento dei settori cui sono preposte (suggerendo così anche a Parlamento e Governo le priorità di intervento), ma anche perché attraverso la relazione si consente al Parlamento e al Governo di esercitare un “controllo” (in senso a-tecnico) sull'operato delle Autorità indipendenti; controllo che favorisce la c.d. accountability di cui, da più parti, si critica la carenza.<sup>113</sup>

Ma l'attività consultiva delle Autorità indipendenti si attua anche attraverso la redazione di pareri, anche su atti legislativi in corso di approvazione oltre che su specifici provvedimenti amministrativi.<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, pag. 79.

Per le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità v. art. 2, co. 6, l.n. 481/1995, ai sensi del quale “*le Autorità, in quanto autorità nazionali competenti per la regolazione e il controllo, svolgono attività consultiva e di segnalazione al Governo nelle materie di propria competenza anche ai fini della definizione, del recepimento e della attuazione della normativa comunitaria*”. Per AGCom in particolare, v. anche art. 1, co. 6, lett. c), n. 1), l. n. 249/1997 ai sensi del quale il Consiglio “*segnala al Governo l'opportunità di interventi, anche legislativi, in relazione alle innovazioni tecnologiche ed all'evoluzione, sul piano interno e internazionale, del settore delle comunicazioni*”.

<sup>113</sup> Secondo M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., la relazione annuale, oltre alla possibilità di convocare i componenti degli organi di vertice delle Autorità indipendenti innanzi alle Commissioni parlamentari competenti costituiscono “*un momento di verifica del buon andamento del mandato*”, evidenziando tuttavia che “*l'efficacia di questi strumenti dipende dalla sensibilità del Parlamento nei confronti della funzione di monitoraggio e di indagine*”.

<sup>114</sup> Sul punto, v. art. 22 l. n. 287/1990 che attribuisce all'AGCM il potere di “*esprimere pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato quando lo ritenga opportuno, o su richiesta di amministrazione ed enti pubblici interessati. Il Presidente del Consiglio dei Ministri può chiedere il parere dell'Autorità sulle iniziative legislative e regolamentari che abbiano direttamente per effetto: a) di sottoporre l'esercizio di un'attività o l'accesso ad un mercato a restrizioni quantitative; b) di stabilire diritti esclusivi in certe aree; c) di imporre pratiche generalizzate in materia di prezzi e di condizioni di*”.

Le vesti degli atti sopraccitati (relazione annuale, pareri), assumono, unitamente a un insieme disomogeneo di atti e fatti normativi (raccomandazioni, dichiarazioni, comunicazioni, orientamenti, codici di condotta, lettere al mercato, circolari, linee guida ecc.) un carattere di tipo esortativo che assumono il ruolo di veri e propri moniti per i destinatari.

La dottrina ha coniato in proposito la locuzione “soft law”, per la quale non esiste una definizione precisa e stabilmente condivisa, ma che comporta, l’adozione di regole contenute in atti amministrativi, di carattere non vincolante, caratterizzati da un alto tasso di informalità; espressione perciò di poteri non autoritativi, ma che si impongono - in considerazione dell’autorevolezza della fonte da cui promanano - agli operatori che (pur non essendovi costretti) conformano comunque la propria attività alle relative prescrizioni.<sup>115</sup>

In dottrina è stato osservato che l’utilizzo di tali tipi di atti è sintomo della “crisi delle fonti normative sub-lesiglativa”, che investe la distinzione tra norme interne ed esterne e che si esprime appunto mediante atti di soft law in cui la “funzione formale, autoritativa-prescrittiva ...tende a degradare progressivamente verso una funzione informale, essenzialmente persuasiva, di promozione di comportamenti ritenuti auspicabili dall’autorità di regolazione”; crisi che deriverebbe anche dal “diffondersi nella nostra cultura giuridica della nozione propriamente anglosassone di “regulation”, che dà rilievo “soprattutto al contenuto e all’effettività nell’induzione e conformazione dei comportamenti”.<sup>116</sup>

Ha chiarito il Consiglio di Stato 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.”<sup>117</sup>

---

*vendita*”; per l’AGCM v. anche art. 21 *bis*, co. 2, l.n. 287/1990 ai sensi del quale l’AGCM trasmette pareri motivati alle pubbliche amministrazioni che abbiano adottato un atto in violazione della normativa in materia di tutela della concorrenza. Analogamente, v. art. 2, co. 12, lett. a) l.n. 481/1995 per le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, ai sensi del quale ciascuna Autorità “*formula osservazioni e proposte da trasmettere al Governo e al Parlamento sui servizi da assoggettare a regime di concessione o di autorizzazione e sulle relative forme di mercato ... proponendo al Governo le modifiche normative e regolamentari necessarie in relazione alle dinamiche tecnologiche, alle condizioni di mercato ed all’evoluzione delle normative comunitarie*”.

<sup>115</sup> M.E.BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Giappichelli, Torino, 2018, p.17.

<sup>116</sup> M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., pp. 137-138.

<sup>117</sup> Cons.St., Comm.spec., 14 settembre 2016, n. 1920, cit.

Senza dubbio la manifestazione più importante di tale categoria, che ha suscitato maggiori riflessioni dottrinarie, è costituita dalle Linee guida adottate dall'ANAC.

Sulla natura giuridica delle Linee guida non vi è uniformità di vedute.

Il Consiglio di Stato – in sede di espressione del parere sullo schema di codice dei contratti pubblici (parere n. 855/2016) ha ricondotto le Linee guida adottate dall'ANAC non vincolanti nella categoria degli atti amministrativi ordinari, e quelle vincolanti nella categoria degli “atti di regolazione” che “non sono regolamenti in senso proprio, ma atti amministrativi generali”<sup>118</sup>

In dottrina, alcuni riconducono le Linee guida vincolanti nella categoria degli atti normativi, e in particolare in quella dei regolamenti di esecuzione e/o di integrazione e di attuazione, sottolineando l'inutilità della riconduzione delle stesse nella categoria (di dubbio pregio concettuale) degli atti di regolazione.<sup>119</sup> Secondo altri, si tratterebbe più genericamente di atti riconducibili alla c.d. soft law.<sup>120</sup>

E recentemente il legislatore è intervenuto a ridimensionare – ma non a sopprimere – la categoria delle Linee guida vincolanti, prevedendo l'adozione da parte dell'ANAC di un regolamento unico contenente disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> Nel parere il Consiglio di Stato ha distinto tra le Linee guida adottate con D.M. su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari, quelle adottate con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes* e, infine, quelle adottate con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante, riconducendo le prime alla categoria degli atti normativi, avendo “una chiara efficacia innovativa dell'ordinamento, che si accompagna ai caratteri della generalità e astrattezza” e, in particolare, dovendo essere qualificati regolamenti ministeriali ai sensi dell'art. 17, co. 3 l.n. 400/1988. Quanto alle Linee guida adottate con delibera dell'ANAC, il Consiglio di Stato riconduce quelle non vincolanti nella categoria degli atti amministrativi, mentre quelle vincolanti nella categoria degli atti amministrativi generali.

<sup>119</sup> G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in Riv. Trimestrale Dir. Amm. 3/2016 pp. 273 ss.

<sup>120</sup> Pretesa precettiva e flessibilità della Linee guida Anac, in F. Liguori e S. Tuccillo (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, 2017 Editoriale scientifica, pp. 79-92, cit. ove l'A. evidenzia che “il codice lega infatti gli strumenti di regolazione flessibile all'obiettivo della promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, che sono i tipici risultati attesi dalla soft law. In questa logica, le linee guida dell'Anac potrebbero assolvere a una funzione di orientamento, che è propria degli atti di soft law”. L'A. sottolinea inoltre come la giurisprudenza tenda a negare alle linee guida la natura di vincolo puntuale e a “scolorire e diluire la pretesa precettiva delle linee guida in nome della loro necessaria rispondenza al valore della flessibilità”.

<sup>121</sup> V. sul punto, il comma 27 *octies* dell'art. 216 d.lgs. 50/2016, introdotto dal d.l. n. 32/2019 conv. modif. l. n. 55/2019 (c.d. decreto sblocca cantieri), che ha previsto subingresso della fonte regolamentare nell'ambito oggettivo di intervento dell'originario potere di regolazione vincolante dell'ANAC, stabilendo la perdita di efficacia delle linee guida di cui all'articolo 213, co. 2 cit. recanti una disciplina incompatibile con le disposizioni del regolamento unico. Fino alla data di entrata in vigore di quest'ultimo, si dispone la transitoria conservazione degli effetti delle linee guida e dei decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni. Ed infatti a seguito degli interventi di riforma previsti dal d.l. 32/2019 cit. il potere di adottare linee guida vincolanti deve ritenersi limitato alle residue ipotesi in cui le norme del codice dei contratti pubblici



Anche in tale ambito non si può non rilevare che, pur a fronte della natura amministrativa degli atti di c.d. soft law, tra cui, in particolare, le Linee guida adottate dall'ANAC, si assiste a un progressivo avvicinamento tra categorie concettuali quanto ad effetti concretamente prodotti. Ed infatti, non si può negare che le Linee guida dell'ANAC – sia vincolanti che non vincolanti (ma in concreto generalmente osservate dagli operatori), così come gli altri atti di “regolazione flessibile” adottati dalle altre Autorità – producano, nella sostanza, effetti sovrapponibili a quelli generati da veri e propri atti normativi, pur derivando la loro vincolatività non dalla natura giuridica dell'atto (che, per l'appunto, è e resta amministrativo), quanto invece dalla particolare autorevolezza della fonte dalla quale promanano.

E ciò appare confermato anche dal recente intervento del legislatore che, almeno in alcuni ambiti, ha sostituito le Linee guida – invero criticate dagli operatori del settore sotto il profilo dell'assenza di certezza del diritto e di chiara e immediata percepibilità della disciplina – con un regolamento unico, vero e proprio atto normativo, a riprova del fatto che per raggiungere lo scopo della conformazione delle condotte degli operatori sia indifferente lo strumento utilizzato (atto amministrativo generale ovvero atto di normazione secondaria).

Tuttavia, pur a fronte di tale progressivo avvicinamento tra categorie – almeno quanto ad effetti in concreto prodotti sui settori regolati – non si può prescindere dalla diversa natura giuridica dei due tipi di atti, da cui deriva, come visto, un diverso regime giuridico applicabile.

---

espressamente rinviino all'apporto attuativo o integrativo dell'Autorità, oltre che ai settori diversi dai contratti pubblici (trasparenza, anticorruzione). Su tali aspetti, v. il parere Cons. St., sez. consultiva atti normativi, Ad. 19.12.2019, n. 3235/2019.

## Paragrafo 5

### I poteri contenziosi

Infine, alcune Autorità indipendenti sono dotate di poteri contenziosi, di soluzione delle controversie insorte tra operatori e utenti, e tra imprese concorrenti, ovvero dei conflitti in materia di trattamento dei dati personali insorti tra l'interessato e il titolare dei dati.

Si tratta di rimedi che l'ordinamento prevede al fine di assicurare agli interessati ulteriori di strumenti di tutela delle proprie situazioni soggettive, specie in settori nei quali gli ordinari strumenti giurisdizionali non riescono a fornire una tutela adeguata (in termini di efficienza e celerità, oltre che di risultati); rimedi ascrivibili nell'ampia (e indefinita) categoria delle Alternative Dispute Resolution (c.d. ADR), di origine statunitense, che trova ora spazio anche in ambito europeo.<sup>122</sup>

Il potere di soluzione delle controversie, previsto dal diritto europeo e recepito quindi dal diritto nazionale, imputato ad organi appunto indipendenti dotate delle competenze tecniche che potrebbero difettare in capo agli organi giurisdizionali (e che generalmente difettano in ragione della diversità delle discipline specialistiche che a ciascuna di esse, Autorità indipendenti e autorità giurisdizionali, competono), è finalizzato, da un lato, a garantire agli utenti e agli operatori economici dei vari settori una tutela veloce, non dispendiosa ed effettiva, e, dall'altro, persegue finalità deflative del contenzioso.

Sono dotate di tali poteri innanzitutto le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (segnatamente, ARERA e AGCom), presso le quali vengono esperite procedure di conciliazione, anche in modalità telematica.<sup>123</sup> È dotato poi di poteri contenziosi il Garante

---

<sup>122</sup> Sulle ADR in dottrina v. M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, pp. 11 ss e V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione tra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pp. 55 ss. e in particolare par. 4 con riferimento alle Autorità indipendenti.

<sup>123</sup> L'art. 2, co. 24, lett. b), l.n. 481/1995 prevede, per le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità che, con uno o più regolamenti ex art. 17, co. 1, l. n. 400/1988 siano definiti “i criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento di procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio presso le Autorità nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio”, che “fino alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle istanze di conciliazione o di deferimento agli arbitri, sono sospesi i termini per il ricorso in sede giurisdizionale che, se proposto, è improcedibile” e che “il verbale di conciliazione o la decisione arbitrale costituiscono titolo esecutivo”. Tale regolamento governativo non è stato mai emanato. Tuttavia, il legislatore, con l'art. 44, co. 3 d.lgs. 93/2011 ha demandato ad ARERA l'emanazione di “specifiche direttive per la disciplina, ai sensi dell'articolo 2, comma 24, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481, delle procedure di risoluzione delle controversie di cui al comma precedente”. A oggi, per quanto attiene alla conciliazione, la disciplina è contenuta nel Testo integrato conciliazione – TICO (allegato A, deliberazione n. 209/2016/E/com, e succ. modif.). In particolare, il TICO disciplina le modalità di svolgimento del tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie tra clienti finali di energia elettrica alimentati in bassa e/o media

della protezione dei dati personali, adito dall'interessato che ritenga lesi i propri diritti riconosciuti dalla normativa in materia di privacy.<sup>124</sup> Come anticipato, secondo parte della

---

tensione, clienti finali di gas alimentati in bassa pressione, e operatori o gestori. Il tentativo obbligatorio di conciliazione – condizione di procedibilità della domanda giudiziale – si svolge presso il Servizio conciliazione di ARERA. Per l'arbitrato, in attesa della adozione del regolamento governativo citato, la disciplina (provvisoria) è contenuta nel *Regolamento per lo svolgimento delle procedure arbitrali presso l'Autorità per l'energia elettrica e il gas* (allegato A delibera n. 127/03 in data 27.11.2003), e nella delibera recante n. 42/05, in data 17.5.2005, recante *Disposizioni in materia di procedure arbitrali per la risoluzione delle controversie in materia di accesso alle reti dell'energia elettrica e del gas*. L'art. 44, d.lgs. n. 93/2011 ha poi attribuito alla competenza di ARERA la decisione dei reclami “*presentati contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione per quanto concerne gli obblighi a tali gestori imposti in attuazione delle direttive comunitarie sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale*”, che deve avvenire entro 2 mesi dalla ricezione del reclamo. La disciplina della procedura è contenuta nella delibera in data 18.5.2012, n. 188/2012/E/com. La struttura responsabile è l'Unità Arbitrati e Decisioni Controversie, inserita all'interno della Direzione Advocacy Consumatori e Utenti, che può essere adita soltanto dopo aver presentato un reclamo al gestore e non aver ottenuto risposta (ovvero aver ottenuta risposta negativa). Analogamente, procedure di conciliazione sono previste (oltre che nell'art. 2, co. 24, lett. b) l.n. 481/1995 cit.) anche dalla l. n. 249/1997 con specifico riferimento ad AGCom. In particolare, l'art. 1, co. 11 e 12, l.n. 249/1997 prevedono che l'Autorità disciplini con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro, sottolineando che “*per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità*”, con conseguente sospensione dei termini per agire in sede giurisdizionale. e che detti provvedimenti “*definiscono le procedure relative ai criteri minimi adottati dalle istituzioni dell'Unione europea per la regolamentazione delle procedure non giurisdizionali a tutela dei consumatori e degli utenti*”, criteri che “*costituiscono principi per la definizione delle controversie che le parti concordino di deferire ad arbitri*”.

Da ultimo, con *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche* (allegato A delibera n. 353/19/CONS) è stata disciplinata l'attività di risoluzione delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti e operatori inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale e ai diritti degli utenti stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi. Il tentativo obbligatorio di conciliazione può essere esperito sia innanzi ai Corecom (organi funzionali decentrati dell'AGCom, su cui v. Cap. I), presso organismi di negoziazione paritetica o di ADR iscritti in apposito albo, ovvero dinanzi alle Camere di conciliazione istituite presso le Camere di commercio. Per quanto qui interessa, la procedura di conciliazione presso i Corecom si svolge in modalità telematica attraverso la piattaforma ConciliaWeb.

<sup>124</sup> Si tratta di una forma di tutela amministrativa, alternativa rispetto alla tutela giurisdizionale. L'Art. 140 bis d.lgs. n. 196/2003, infatti, prevede che l'interessato “*qualora ritenga che i diritti di cui gode sulla base della normativa in materia di protezione dei dati personali siano stati violati*” può proporre reclamo al Garante o ricorso dinanzi all'autorità giudiziaria; tuttavia, qualora sia stata già adita l'autorità giudiziaria, “*il reclamo al Garante non può essere proposto*” e, al contrario, qualora sia stato già presentato reclamo al Garante l'eventuale domanda giudiziaria tra le medesime parti e con il medesimo oggetto è improponibile.

Si tratta del diritto di accesso (di ottenere la conferma circa l'esistenza o meno di un trattamento concernente i dati nonché il diritto di ricevere ogni informazione relativa al medesimo trattamento); del diritto alla rettifica (di ottenere la rettifica dei dati, qualora gli stessi siano incompleti o inesatti); del diritto alla cancellazione (c.d. “diritto all'oblio”) (e, cioè, il diritto di ottenere, in talune circostanze, la cancellazione dei dati presenti all'interno degli archivi qualora non rilevanti ai fini della prosecuzione del rapporto contrattuale o necessari per obbligo di legge); il diritto alla limitazione del trattamento (di ottenere, al verificarsi di talune condizioni, la limitazione del trattamento, qualora non rilevante ai fini della prosecuzione del rapporto contrattuale o necessario per obbligo di legge); il diritto alla portabilità (di ottenere il trasferimento dei dati in favore di un diverso titolare); il diritto di opposizione (il diritto di opporsi, in qualsiasi momento per motivi connessi alla propria situazione particolare, al trattamento dei dati che riguardano l'interessato basati sulla condizione di liceità del legittimo interesse o dell'esecuzione di un compito di interesse pubblico o dell'esercizio di pubblici poteri); il diritto di revoca del consenso (di revocare il consenso al trattamento dei tuoi dati in qualsiasi momento, restando ferma la liceità del trattamento basata sul consenso prima della revoca).

dottrina poteri contenziosi sono attribuiti anche all'ANAC con riferimento alle questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara.<sup>125</sup>

I poteri contenziosi esercitati dalle Autorità indipendenti sono ascrivibili all'attività di amministrazione giustiziale, propria delle pubbliche amministrazioni in generale, ma con la particolarità in questi casi che le "crisi di cooperazione" insorte investono rapporti intercorrenti non tra pubblica amministrazione titolare del potere contenzioso e privati, ma appunto tra privati (utenti e fornitori dei servizi, imprese concorrenti, etc.).<sup>126</sup>

Resta quindi ferma l'impugnabilità delle decisioni adottate dalle Autorità indipendenti nella risoluzione delle controversie innanzi al giudice competente, trattandosi pur sempre di atti amministrativi – espressione della particolare funzione giustiziale – inidonei come tali a passare in giudicato.

Nell'esercizio dei poteri contenziosi, dunque, le Autorità indipendenti sono chiamate a risolvere la controversia insorta, in posizione di terzietà rispetto agli interessi dei soggetti in conflitto.

Anche nello svolgimento di tale attività di risoluzione delle controversie – analogamente a quanto accade con riferimento all'esercizio del potere sanzionatorio – sussiste il rischio che le Autorità indipendenti, anche in ragione della commistione (e della confusione negli effetti) dei vari poteri di cui si compone la funzione di regolazione, nonché in alcuni casi dell'attribuzione di veri e propri poteri di normazione secondaria, non riescano ad assicurare una effettiva indifferenza e neutralità rispetto all'interesse pubblico alla cui cura sono deputate, ed utilizzino appunto l'attività di soluzione delle controversie a fini regolatori.

---

La disciplina del reclamo è contenuta negli artt. 141 ss. d.lgs. n. 196/2003 e negli artt. 77 ss. Regolamento n. 2016/679/UE, nonché nel Regolamento sulle procedure interne aventi rilevanza esterna del Garante (deliberazione in data 4.4.2019, n. 98). Il reclamo viene proposto mediante compilazione di un apposito modello, pubblicato sul sito web del Garante.

<sup>125</sup> L'art. 211, co. 1, d.lgs.n. 50/2016 prevede lo svolgimento di un procedimento innanzi all'ANAC, su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, inteso ad ottenere – previo contraddittorio – un parere c.d. di precontenzioso, da rendere entro 30 giorni dalla richiesta. Detto parere è vincolante, ed è impugnabile innanzi al giudice amministrativo ai sensi dell'articolo 120 c.p.a. È previsto che, in caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuti il comportamento della parte ricorrente ai fini della condanna alle spese del giudizio.

<sup>126</sup> M. RAMAJOLI, Brevi note sui rimedi di precontenzioso dell'ANAC tra legalità processuale e termine di decadenza, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 174 ss.;

## CAPITOLO IV

### Autorità indipendenti e giurisdizione.

#### Paragrafo 1

#### Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti.

A fronte dell'evoluzione del processo di integrazione europea, la gran parte dei poteri delle Autorità indipendenti trova il proprio fondamento oltre che nel diritto nazionale, nel diritto europeo; e tuttavia, un ulteriore fattore di legittimazione dei poteri delle Autorità può essere rintracciato proprio nel penetrante sindacato che la giurisdizione dovrebbe esercitare sugli atti delle Autorità indipendenti.

La tendenza dell'ordinamento è quella di estendere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che assume il ruolo di giudice naturale ed esclusivo sui provvedimenti delle autorità indipendenti salvo eccezioni. Come noto, infatti, appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, co. 1, lett. l) c.p.a. le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti adottati dall'AGCM, dall'AGCOM, dall'ARERA e dalle altre Autorità istituite ai sensi della l. n. 481/1995, dall'ANAC, dall'IVASS; mentre restano di competenza del giudice ordinario i provvedimenti adottati dalla Banca d'Italia e della Consob (a seguito del riparto di giurisdizione così come ridisegnato dalle due pronunce della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 133, co. 1, lett. l) cit. per eccesso di delega contenuta nell'art. 44 l. n. 69/2009: Corte cost. n. 162/2012 per Consob; n. 94/2014 per Banca d'Italia), nonché i provvedimenti adottati dal Garante della privacy. Per i provvedimenti soggetti alla giurisdizione amministrativa è previsto un rito speciale (art. 119 c.p.a.) che prevede una procedura accelerata per la definizione del giudizio. Nelle controversie sui provvedimenti che irrogano sanzioni pecuniarie irrogate delle Autorità indipendenti, inoltre, la giurisdizione del giudice amministrativo è estesa al merito (art. 134 c.p.a.), con possibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione nella definizione del quantum della sanzione.<sup>127</sup>

Tale tendenza all'attribuzione al giudice amministrativo delle controversie sui provvedimenti delle Autorità indipendenti appare del resto in linea con la tesi sostenuta circa

---

<sup>127</sup> v. 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*, 2019, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) pp. 4 e ss.

la natura autoritativa dell'attività delle Autorità, chiamate a perseguire – seppur con l'utilizzo di competenze e conoscenze altamente specialistiche, e dunque con commistioni di discrezionalità tecnica – gli specifici interessi pubblici alla cui cura sono deputate mediante l'esercizio di poteri di diversa natura (dal potere normativo, a quello di controllo e vigilanza, a quello sanzionatorio, e così via), ma tutti caratterizzati (seppur con differenti gradualità) da discrezionalità, intesa come ponderazione tra vari interessi e quindi come scelta tra varie soluzioni possibili per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico.

Ciò, come già anticipato nel capitolo precedente, vale anche con riguardo al potere sanzionatorio esercitato dalle Autorità – invero centrale nella ricostruzione del sistema dei poteri – in ordine al quale non potrebbe essere sostenuta la tesi della natura vincolata in ragione della previsione di una giurisdizione del giudice amministrativo estesa al merito. Come visto, infatti, tale estensione è frutto di una consolidata elaborazione giurisprudenziale di matrice europea che fa perno sull'art. 6 CEDU, richiedendo una compensazione *ex post*, in sede di giudizio, delle carenze in punto di contraddittorio che si verificano nella fase amministrativa, mediante la garanzia della *c.d. full jurisdiction*.

È evidente, infatti, che a fronte di norme attributive dei poteri contenenti formule particolarmente ampie, l'esigenza di un sindacato giurisdizionale intenso risponde non soltanto ad una esigenza di controllo circa la legittimità dell'attività compiuta dalle Autorità, ma anche come fattore di legittimazione del modello stesso dell'amministrazione indipendente.

Anzi, si può sostenere che un sindacato giurisdizionale penetrante sugli atti delle Autorità costituisca l'espedito attraverso il quale si può riportare (*ex post*) il sistema (sbilanciato quanto ad attribuzione legislativa di poteri) in equilibrio, operando una sorta di compensazione successiva.<sup>128</sup>

L'esigenza di un pieno e intenso controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti non è stata sempre avvertita nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale sul tema, almeno per quanto attiene al contenuto degli atti adottati dalle Autorità indipendenti, a differenza di quanto rilevato in ordine al rispetto delle garanzie partecipative.<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> v. S. TORRICELLI, Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità indipendenti, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 97 ss., secondo il quale “la controllabilità esterna degli atti diviene in questa prospettiva un surrogato del difetto di rappresentatività che attanaglia l'ente, perché la copertura del giudice assicura che la decisione ultima sulla correttezza della scelta tecnica si innesti su un soggetto che ha una sua legittimazione ordinamentale”.

<sup>129</sup> v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, pp. 177 ss.

Ed infatti, come visto nel Capitolo II con riferimento al tema della legittimità procedimentale delle Autorità indipendenti, la giurisprudenza è stata fin dall'inizio particolarmente rigorosa sulla necessità della concreta partecipazione degli interessati ai procedimenti intesi all'adozione degli atti espressione dei vari tipi di poteri attribuiti alle Autorità (in primis, quello normativo, essendo in questo caso la partecipazione necessaria per rimediare ex post alla carenza di rappresentanza democratica che investe le Autorità stesse); e anche la dottrina ha insistito sull'importanza della partecipazione, anche sotto il profilo concettuale, per la ricostruzione di un modello di Amministrazione indipendente che fosse compatibile con la Costituzione.

Ma un tale rigore non è dato riscontrare – almeno in una fase iniziale – nel controllo giurisdizionale avente ad oggetto le scelte discrezionali (spesso tecnico-discrezionali) delle Autorità indipendenti. Ed anche l'atteggiamento di parte della dottrina in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti adottati dalle Autorità indipendenti è stato di “prudenza”, in considerazione della necessità di evitare che il giudice si sostituisse ad Amministrazioni dotate di elevata expertise, al fine di sottrarre le Autorità ad “un controllo giurisdizionale troppo rigoroso, esercitato senza un bagaglio di conoscenze altrettanto approfondite e senza il sussidio di uno staff di esperti” che “rischia di porsi in contraddizione con la ragion d'essere più profonda delle autorità indipendenti”.<sup>130</sup>

È evidente che la non necessarietà del successivo controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti, in tale ricostruzione, deriva proprio dalla natura giuridica delle stesse – così come formulata da tale dottrina, come visto nel cap. II – considerate come organi aventi natura para-giurisdizionale.

In altri termini, secondo tale impostazione se si consentisse agli organi giurisdizionali (privi della stessa expertise delle Autorità indipendenti) di esercitare un sindacato giurisdizionale rigoroso sull'attività delle Autorità stesse, si finirebbe per privare di concreta

---

<sup>130</sup> Si vedano le chiare affermazioni di M. CLARICH, Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello, cit. part. p. 47 ove l'A. afferma chiaramente che “quanto più le autorità indipendenti adottano modelli procedurali che si ispirano al principio del contraddittorio processuale, con spazio anche alla discussione orale nell'audizione finale di fronte al collegio, e assumono decisioni corredate da ampie motivazioni in punto di fatto e di diritto che prendono posizione su tutte le argomentazioni delle parti private, tanto meno sembra avere senso un controllo giurisdizionale pieno, che si risolverebbe in una duplicazione di attività da parte di organi giurisdizionali”. L'A. tuttavia, rileva comunque la necessità di un controllo giurisdizionale pieno “indispensabile non solo in relazione ai principi generali dello Stato di diritto, ma anche per far sì che esse, reciso o allentato il legame con il potere esecutivo, siano comunque obbligate in altre sedi a render conto delle proprie decisioni”, sottolineando che “nel sistema dei check and balances in cui sono inserite le autorità indipendenti la garanzia del controllo giurisdizionale costituisce l'elemento forse più importante” .

utilità la scelta del legislatore di ricorrere al modello dell'Amministrazione indipendente, come risposta “tecnica” apprestata dall'ordinamento a fronte delle esigenze pressanti esistenti in alcuni settori particolarmente sensibili della vita economica e sociale dello Stato.

Anche se non sono mancate voci contrarie, che hanno sottolineato la necessità della piena sottoposizione degli atti delle Autorità indipendenti al controllo giurisdizionale, valorizzando proprio l'assenza di una legittimazione democratica delle stesse.<sup>131</sup>

Così nella giurisprudenza amministrativa, si è distinto tra “valutazioni tecniche complesse” che comportano un margine di opinabilità della soluzione prescelta, trattandosi di scienze inesatte, e “accertamento tecnico semplice” che consente di conoscere in modo univoco un determinato fatto, applicando conoscenze tecniche (ad esempio, la misurazione), e che perciò non è caratterizzato dalla opinabilità.

Dalla distinzione tra “accertamento tecnico semplice” e “valutazione tecnica complessa” la giurisprudenza ha fatto derivare conseguenze in punto di intensità di sindacato.

E così, l'accertamento tecnico, che implica l'utilizzo di conoscenze specialistiche suscettibili “di tradursi in una legge scientifica universale, caratterizzata dal requisito della certezza, nei limiti connaturati alle basi epistemologiche di ogni conoscenza”, dovrebbe poter essere sindacato pienamente dal giudice amministrativo, non incontrando alcun limite di sorta.

Al contrario, le “valutazioni tecniche complesse”, che implicano l'applicazione di una scienza o di una tecnica non assistite dalla qualità della certezza o della probabilità prossima alla certezza sono come tali opinabili; tuttavia, l'opinabilità non esclude la possibilità per il giudice di verificare, attraverso un controllo “intrinseco”, la correttezza delle operazioni tecniche “quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo”.<sup>132</sup>

Successivamente, dapprima in generale con riguardo ad attività connotate da discrezionalità tecnica, con risultati poi estesi all'attività delle Autorità indipendenti connotata da discrezionalità tecnica, è stata elaborata la distinzione tra “sindacato debole” cioè limitato al mero controllo della legittimità dell'atto, e segnatamente delle scelte tecnico-discrezionali, sotto i profili della ragionevolezza, della proporzionalità, della logicità, e “sindacato forte”,

---

<sup>131</sup> v. G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., part. p. 251

<sup>132</sup> v. Cons. St., 5.3.2001, n. 1247



cioè un sindacato più incisivo che consente al giudice di accertare in modo autonomo i fatti rilevanti e sostituire il proprio giudizio a quello operato dall'Autorità.<sup>133</sup>

E l'esercizio di un sindacato di tipo forte è stato escluso in relazione alle “valutazioni tecniche complesse”, cioè quelle valutazioni che implicano l'applicazione di norme che rinviano a “concetti giuridici indeterminati” e nelle quali non è chiara e netta la distinzione tra valutazione tecnica e opportunità amministrativa, rimessa alla competenza di una particolare articolazione della pubblica amministrazione, dotata di elevata qualificazione tecnica per la tutela di interessi primari. Tali valutazioni tecniche complesse restano pertanto riservate alla specifica amministrazione, potendo essere soggette soltanto ad un controllo giurisdizionale di logicità e ragionevolezza (sindacato “debole”, appunto), anche mediante l'ausilio di consulenze tecniche, senza tuttavia alcuna possibilità di sostituzione giurisdizionale della valutazione.<sup>134</sup>

Soggetti ad un sindacato forte (sostitutivo) – in cui la giurisdizione è estesa al merito per espressa previsione legislativa, come visto nel capitolo precedente – sono invece, secondo pacifica e consolidata giurisprudenza, anche europea, sorretta da unanime dottrina, i provvedimenti che irrogano sanzioni pecuniarie, in relazione alle quali “la tutela giurisdizionale deve essere riconosciuta in maniera piena, tenuto conto della vigenza, in materia di sanzioni pecuniarie, del principio di legalità, che tutela il diritto del privato a non

---

<sup>133</sup>Per la distinzione tra “sindacato debole” e “sindacato forte” sulle valutazioni tecnico-discrezionali in generale si v. Cons. St., IV, 6.10.2001, n. 5287. Per l'applicazione della distinzione con riferimento al sindacato sugli atti delle Autorità indipendenti (e segnatamente, dell'AGCM) v. Cons. n. 2199/2002 cit. secondo cui “*il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica, esercitata dall'Autorità antitrust, [è] un sindacato di tipo debole, che non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del "concetto indeterminato" all'operato dell'Autorità*”. Il concetto di sindacato di tipo debole è stato poi ulteriormente precisato dal Consiglio di Stato (Cons. St., VI, 2.3.2004, n. 926), ove si precisa che “*il sindacato del giudice amministrativo non è un mero sindacato di tipo estrinseco, ... ma è un sindacato intrinseco, che non incontra alcun limite con riguardo all'accertamento dei fatti oggetto di indagine*” e che “*con l'espressione sindacato "di tipo debole" la Sezione non ha inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata*”, ma ha “*inteso porre solo un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere*”. In altri termini, secondo il Consiglio di Stato “*il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di "contestualizzazione" della norma posta a tutela della concorrenza che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro "contestualizzato"*”.

<sup>134</sup> v. anche Corte Cass., sez. un., 20.1.2014, n. 1013

subire imposizioni patrimoniali al di fuori dei casi previsti dalla legge (art. 23 della Costituzione)”.<sup>135</sup>

Sotto il profilo del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti non è dato rinvenire un andamento univoco della giurisprudenza, che a volte opera un sindacato intenso sulle valutazioni tecniche complesse operate dalle Autorità, altre volte si limita ad un controllo di ragionevolezza sull’operato delle stesse, confinandosi dietro l’indubbia competenza altamente specialistica di cui le Autorità sono portatrici e non sfruttando a pieno gli strumenti istruttori che nel processo amministrativo sono a disposizione degli organi giurisdizionali per garantire l’effettività della tutela giurisdizionale.

L’atteggiamento ancora talvolta cauto e “timido” della giurisprudenza non può non destare perplessità, sia per ragioni di carattere ordinamentale che per ragioni di effettività della tutela giurisdizionale.

Sotto il primo profilo, si è già evidenziata l’importanza del controllo giurisdizionale sull’operato di organismi che, privi di legittimazione rappresentativa, esercitano incisivi poteri sulla base di deleghe che potremmo quasi definire “in bianco”. Dunque, sotto tale aspetto, un controllo giurisdizionale forte vale a fondare (o meglio, a compensare ex post) l’esercizio delle varie competenze delle Autorità, fungendo da “valvola di sfogo” del sistema, almeno laddove il fondamento dei singoli poteri non trovi la propria base legale anche nel diritto europeo.

Quanto al secondo profilo, limitare il controllo giurisdizionale ai soli profili esterni di ragionevolezza e proporzionalità senza indagare sulla effettiva intrinseca correttezza delle valutazioni tecniche complesse operate dalle Autorità comporta una perdita di effettività della tutela dal punto di vista degli operatori del settore, che spesso vedono incise le proprie situazioni soggettive protette sulla base di poteri esercitati non soltanto in virtù di attribuzioni legislative (seppur vaghe ed ampie), ma anche implicitamente ricavati dal sistema. Poteri che a volte si manifestano attraverso l’adozione di provvedimenti fortemente pregiudizievoli, talvolta in grado addirittura di determinare la fuoriuscita degli operatori dai mercati regolati.

In questi casi, un atteggiamento remissivo della giurisdizione finisce per rendere le Autorità sostanzialmente irresponsabili del loro operato; e di tale irresponsabilità finirebbero per pagarne le conseguenze in ultima istanza proprio i soggetti che dal complesso delle attività delle Autorità indipendenti dovrebbero trarne beneficio. Dunque, un atteggiamento

---

<sup>135</sup> Cons. St., n. 5287/2001 cit.

deferente della giurisdizione non è auspicabile né per le conseguenze di sistema che esso comporta, né tantomeno per le conseguenze pregiudizievoli che ne deriverebbero in capo agli operatori del settore.

## Paragrafo 2

### La legittimazione a ricorrere di alcune Autorità Indipendenti.

Si è accennato nei precedenti capitoli che il legislatore ha attribuito ad alcune Autorità indipendenti, al fine di garantire il perseguimento dell'interesse pubblico di cui portatrici, non soltanto poteri di natura sostanziale (di carattere normativo e amministrativo), ma anche poteri di natura processuale, prevedendo speciali ipotesi di legittimazione straordinaria ad agire in giudizio innanzi al giudice amministrativo in veste di ricorrenti.

In verità, l'attribuzione alle Autorità indipendenti del potere processuale di agire in giudizio per l'impugnazione degli atti adottati dalle pubbliche Amministrazioni in contrasto con le normative di settore a tutela dell'interesse pubblico specifico perseguito dalle prime (specialmente nel settore dei contratti pubblici) ha sollecitato in dottrina riflessioni non soltanto sulle conseguenze derivanti sotto il profilo della natura soggettiva o oggettiva della giurisdizione amministrativa, ma anche sulle possibili frizioni sistemiche che tali speciali legittimazioni a ricorrere, unitamente agli altri poteri attribuiti alle Autorità (e segnatamente, ai poteri di controllo e vigilanza e ai poteri sanzionatori), determinano sull'azione dell'Amministrazione pubblica in generale, rappresentando un freno e un ostacolo all'agire dei funzionari pubblici che, soprattutto nel settore dei contratti pubblici, sarebbero indotti a non "fare" piuttosto che ad agire assumendo il rischio di commettere (incolpevolmente) errori, di cui potrebbero essere chiamati a rispondere in sede penale, contabile, e, per quanto interessa, nell'ambito di un giudizio di legittimità sugli atti adottati promosso dall'Autorità indipendente deputata alla regolazione del settore <sup>136</sup>

---

<sup>136</sup> In dottrina, per un'analisi di tali aspetti, v. M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia, in Riv. trim. dir. pubbl., 2019, pp. 61 ss., ove si evidenzia che "l'intensificazione dei controlli non si rileva necessariamente efficace e, al contrario, alimenta resistenza nell'agire dell'amministrazione. La vita quotidiana delle singole amministrazioni mostra come l'eccesso di regolazione, di controlli, d'attività richiesti possa rappresentare un nuovo ostacolo in grado di irrigidire, rallentare e infine peggiorare il funzionamento dell'amministrazione"; ed ancora, "l'amministrazione sotto il peso del carico di controlli e del timore di compiere errori e di essere perciò sanzionata finisce per non decidere o soprassedere alle istanze". Sempre nella stessa prospettiva v. anche S. BATTINI, F. DECAROLIS, L'amministrazione si difende, in Riv. trim. dir. pubbl., 2019, pp. 293 ss. ove si osserva che "una parte consistente del diritto amministrativo (e del diritto penale amministrativo) mira a contrastare il rischio che il funzionario amministrativo assuma, colposamente o dolosamente, decisioni o condotte orientate alla soddisfazione di un interesse particolare, proprio o altrui, in luogo dell'interesse collettivo al cui perseguimento quelle decisioni o condotte dovrebbero indirizzarsi", mentre "molto più trascurata è invece una diversa preoccupazione, relativa al rischio che il funzionario amministrativo non assuma decisioni o condotte utili alla realizzazione dell'interesse pubblico, e ne assuma invece altre, o resti inerte, per timore che da quelle scelte possano derivare disutilità individuali e, in particolare, perdite a proprio carico, connesse ...[n.d.r. ad un]

Tutto ciò premesso, con specifico riguardo alle possibili ricadute sulla natura della giurisdizione, ciò che merita di essere rilevato è che nei casi di attribuzione legislativa di una speciale legittimazione a ricorrere innanzi al giudice amministrativo in favore delle Autorità indipendenti il processo amministrativo viene a rappresentare uno strumento di cura (accanto a quelli di diritto sostanziale) di interessi pubblici che si assumono lesi nelle fattispecie concrete.

È questo il secondo profilo problematico del rapporto tra Autorità indipendenti e giurisdizione, che comporta (secondo alcuni) importanti conseguenze con riferimento ad alcune caratteristiche fondamentali del processo amministrativo, e segnatamente al carattere soggettivo dello stesso.

Ed infatti, l'impianto processuale amministrativo è stato costruito come giudizio a tutela di situazioni giuridiche protette, aventi in generale consistenza di interesse legittimo e, nelle particolari ipotesi di giurisdizione esclusiva, di diritto soggettivo; e non come giudizio volto al ripristino della legalità violata. La giurisdizione amministrativa è perciò una giurisdizione di carattere soggettivo, ancorata alla sussistenza delle condizioni dell'azione (legittimazione a ricorrere e interesse a ricorrere) e governata dal principio c.d. dispositivo, per cui è onere della parte che agisce in giudizio provare la fondatezza della propria pretesa.<sup>137</sup>

I caratteri di tale giurisdizione di tipo soggettivo sono stati chiaramente indicati dalla dottrina, che ha evidenziato che “per mettere in moto il processo occorre che un soggetto (“individui o enti morali giuridici”, persona fisica o persona giuridica o altre entità soggettivate) eserciti l'azione (“il ricorso”) accampando di essere titolare di una situazione soggettiva protetta (diritto o interesse legittimo), situazione di cui esso abbia la disponibilità, e della quale chiede la tutela nel proprio interesse, lamentando l'ingiusto sacrificio subito per effetto dell'esercizio (o del non esercizio) del potere amministrativo in un caso concreto; sacrificio al quale il provvedimento richiesto al giudice, tra quelli previsti dall'ordinamento, possa rimediare (producendo al ricorrente un vantaggio praticamente perseguibile): legittimazione e interesse ad agire. A tal fine, il soggetto è tenuto a predisporre (ne ha l'onere)

---

collaudato sistema di controlli e sanzioni”. Si tratta di quella che gli A. denominano “amministrazione difensiva” che indica “una distorsione delle scelte dell'amministrazione indirizzate all'autotutela rispetto ai rischi, sia patrimoniali che non, conseguenti all'analisi del funzionamento dell'azione dell'amministrazione pubblica italiana”.

<sup>137</sup> V. CERULLI IRELLI, Corso di giustizia amministrativa, Roma 2016, part. pp. 118 ss.

i mezzi e le modalità della tutela consentiti e ritenuti nella sua valutazione come necessari a conseguire il risultato agognato attraverso il processo”.<sup>138</sup>

Dunque, riconoscere ad alcune Autorità indipendenti il potere di agire in giudizio avverso atti di altre amministrazioni pubbliche, a tutela non di situazioni giuridiche protette (diritti soggettivi/interessi legittimi) di cui sono portatrici, ma per la cura di un determinato interesse pubblico alla cui cura sono preposte parrebbe porsi in contrasto con l’impianto soggettivo del processo amministrativo, conducendolo verso tendenze “oggettivizzanti”.

E sul punto vivace è il dibattito in dottrina.

Da una parte, vi è chi ritiene che tali eccezionali ipotesi di legittimazioni ex lege a ricorrere si porrebbero in contrasto con il modello di giurisdizione amministrativa delineato dalla Costituzione (art. 103) di stampo soggettivo, per la tutela di diritti soggettivi e interessi legittimi (sussistenti in concreto), evidenziando che “il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui agli artt. 24 e 113 Cost. ... si spiega sul piano strutturale e funzionale solo se (e sempre che) si parta dal presupposto che il processo serva a proteggere i singoli anziché ad attuare la legalità in termini generali e assoluti” e cioè che il processo “tutela l’intera situazione soggettiva in modo pieno, ma solo quella”. Detta dottrina, quindi, ritiene che le speciali ipotesi di legittimazione ex lege a ricorrere delle Autorità indipendenti rappresentino delle vere e proprie ipotesi di c.d. giurisdizione oggettiva: non si potrebbe infatti ascrivere l’interesse di cui le stesse sono portatrici alla categoria di un “interesse legittimo in senso proprio”, a pena di rendere evanescente lo stesso concetto di interesse legittimo.<sup>139</sup>

E dunque, detta dottrina al fine di salvare le norme che attribuiscono alle Autorità indipendenti la legittimazione a ricorrere da vizi di incostituzionalità, ne suggerisce una interpretazione costituzionalmente orientata, evidenziandone il carattere della eccezionalità.

Altra dottrina ancora, al fine di riportare le ipotesi di legittimazione ex lege a ricorrere nei canoni del processo soggettivo, percorre una diversa strada, e cioè quella del

---

<sup>138</sup> V. CERULLI IRELLI, Corso di giustizia amministrativa, Roma 2016, part. pp. 118 ss. e pp. 127 ss

<sup>139</sup> Questa la tesi di F. CINTIOLI, Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti, in Concorrenza e mercato, 2013, pp. 107 ss.. Secondo l’A., comunque, l’AGCM potrebbe agire in giudizio soltanto per il perseguimento dello specifico interesse pubblico alla tutela della concorrenza, e non per la tutela di altri interessi pubblici di cui siano portatrici altre amministrazioni. Si tratterebbe, perciò, di un interesse generale di contenuto delimitato

riconoscimento della consistenza di interesse legittimo della situazione legittimante il ricorso delle Autorità indipendenti.<sup>140</sup>

In base a tale ricostruzione dottrinale, quindi, a fronte della “soggettivizzazione” dell’interesse di cui le Autorità indipendenti sarebbero portatrici, non sussisterebbe alcun profilo di contrasto con il modello di giurisdizione amministrativa delineato dalla Costituzione.

Entrambe tali tesi dottrinali sono criticate da altra dottrina, che evidenzia come le disposizioni della Costituzione dedicate alla giurisdizione amministrativa non contengano una riserva di “giurisdizione soggettiva”, non essendo esclusa la possibilità che in determinati casi il giudice amministrativo possa conoscere della tutela di interessi generali. In tali casi, piuttosto che di giurisdizione c.d. oggettiva si dovrebbe correttamente parlare di c.d. legittimazione oggettiva, restando il processo comunque governato dal principio dispositivo ed essendo comunque caratterizzato da connotati marcatamente soggettivistici.<sup>141</sup>

Anche la giurisprudenza è oscillante sul punto.

A fronte di pronunce in cui si afferma che la norma attributiva della legittimazione a ricorrere “lungi dall’introdurre una ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo, in cui l’azione giurisdizionale mira alla tutela di un interesse generale e non di situazioni giuridiche soggettive di carattere individuale, che porrebbe problemi di compatibilità specie con l’art. 103 Cost. ... delinea piuttosto un ordinario potere di azione,

---

<sup>140</sup> M. A. SANDULLI, Introduzione ad un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell’AGCM nell’art. 21 bis l. n. 287 del 1990, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2012, la quale collega la legittimazione *ex lege* alla tutela di un interesse proprio dell’Autorità rapportandola ad un interesse legittimo: “*la lesione di un interesse personale, specifico e qualificato è a mio avviso riconoscibile in capo ad un soggetto istituito per la garanzia di un determinato interesse pubblico, nell’ipotesi di violazione delle regole poste, da esso o da altri, a tutela di tale interesse*”. Ed ancora, con riferimento alla legittimazione a ricorrere *ex lege* dell’AGCM, l’A. evidenzia che l’AGCM è “*per legge l’affidataria dell’interesse alla concorrenza, sicché è effettivamente portatrice di un interesse sostanziale protetto dall’ordinamento (nella specie, nella forma dell’interesse legittimo), che si soggettivizza in capo ad essa e ne riceve immediata lesione anche nel caso degli atti a contenuto normativo o generale*”. Ma, nello stesso senso, v. anche R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere della legittimazione a ricorrere dell’AGCM*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2012, che fa riferimento alla “*soggettivazione per legge di un interesse giuridicamente rilevante*”.

<sup>141</sup> È la tesi di V. CERULLI IRELLI, Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo, cit., pp. 341 ss., che chiaramente afferma come “*è la tutela dei cittadini nei confronti del potere pubblico che la Costituzione vuole assicurare mediante norme incisive e cogenti. Ma questa chiara impostazione delle norme costituzionali, non si può tradurre in un divieto posto al legislatore di prevedere casi di legittimazione “oggettiva” (cioè a tutela di interessi generali piuttosto che a tutela di situazioni soggettive protette) e finanche casi di giurisdizione “di diritto oggettivo*”. In materia di giurisdizione sussiste riserva di legge, non riserva di Costituzione”. Allo stesso modo, parla di casi di “legittimazione oggettiva” piuttosto che di “giurisdizione oggettiva” A. MASSERA, “Giustizia nell’amministrazione” e “ingiustizie amministrative” tra passato e presente, in Riv. trim. dir. pubbl., 2020, pp. 33 ss., secondo cui nelle ipotesi in esame “*il processo amministrativo non cambia natura e non acquista i caratteri del processo «a contenuto oggettivo», perché non si deroga al principio della domanda fondamento del processo di parti*”.

riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad una autorità pubblica”<sup>142</sup> vi sono pronunce in cui il giudice amministrativo – premesso che l’introduzione di tali speciali legittimazione ex lege a ricorrere hanno introdotto nel processo amministrativo “elementi in grado di alterarne la tradizionale struttura soggettiva, di processo di parti fondato sul principio dispositivo” – afferma chiaramente che “l’Autorità non persegue il soddisfacimento di un interesse personale e concreto, ma agisce per la realizzazione dell’interesse generale alla concorrenza”, così tentando di riportare la speciale legittimazione a ricorrere ex lege nei gangli del processo di stampo soggettivo.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> TAR Lazio, III *ter*, 15.3.2013, n. 2720, ove il giudice specifica altresì che l’Autorità “è per legge affidataria dell’interesse alla concorrenza, in quanto effettivamente portatrice di un interesse sostanziale protetto dall’ordinamento (nella specie, nella forma dell’interesse legittimo), che si oggettivizza in capo ad essa come posizione differenziata rispetto a quella degli altri attori del libero mercato”, salvo poi comunque evidenziare la difficoltà di ricondurre l’interesse di cui l’AGCM è portatrice alla categoria dell’interesse legittimo: “il nuovo potere dell’AGCM, più che come potere di azione nell’interesse generale della legge in uno specifico settore, effettivamente di difficile riconduzione all’interesse legittimo, diventa così, per scelta del legislatore, uno degli strumenti volti a garantire l’attuazione dell’interesse pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato, alla migliore attuazione del valore “concorrenza”, di cui è specifica affidataria l’Autorità”.

Nello stesso senso, v. anche Cons. St., Ad. Plen., 26.4.2018, n. 4, che con riferimento alla legittimazione a ricorrere dell’ANAC, esclude che “la disposizione di cui all’art. 211 del d. lgs. n. 50/2016 si muova nella logica di un mutamento in senso oggettivo dell’interesse ... a che i bandi vengano emendati immediatamente da eventuali disposizioni (in tesi) illegittime, seppure non escludenti: essa ha subiettivizzato in capo all’Autorità detto interesse, attribuendole il potere diretto di agire in giudizio nell’interesse della legge”.

V. più recentemente Cons. St., V, 3.11.2020, n. 6787, che ritiene sussistente un “collegamento soggettivo ... tra l’Autorità e gli interessi e funzioni pubbliche che la legge affida alla sua cura; questi non hanno ad oggetto la mera tutela della concorrenza nel settore concorrenza per il mercato, ma sono più in generale orientati - per scelta legislativa e configurazione generale di questa Autorità, come ricavabile dalle sue molte funzioni - a prevenire illegittimità nel settore dei contratti pubblici ... anche indipendentemente da iniziative o interessi dei singoli operatori economici o dei partecipanti alle procedure di gara (il cui interesse è piuttosto individuale, non generale come quello curato dall’Anac, ed è diretto al bene della vita connesso all’aggiudicazione...)”.

<sup>143</sup>Tar Lazio, II, 6.5.2013, n. 4451. Nella pronuncia, il giudice amministrativo chiarisce che “la creazione di una autorità amministrativa indipendente (sebbene forse, come sostenuto da alcuni, costituzionalmente necessitata), rimane comunque il frutto di una scelta politica discrezionale che conferisce a tale organismo non già diritti, bensì potestà amministrative, sia pure non consistenti nella tutela di un interesse pubblico tradizionale quanto nella garanzia di un bene comune, perseguito attraverso la regolazione neutrale degli interessi di imprese, consumatori, utenti”.



### **Paragrafo 3**

#### **La configurazione della legittimazione ex lege a ricorrere come potere inteso alla cura dell'interesse pubblico nell'ambito di un processo di stampo soggettivo. Considerazioni critiche.**

Appare preferibile la tesi che riconduce le ipotesi di legittimazione ex lege a ricorrere delle Autorità indipendenti nella categoria della c.d. legittimazione oggettiva, che comporta l'accesso ad un processo che resta di stampo soggettivo, governato dal principio dispositivo.

Innanzitutto, perché non può non destare perplessità la riconduzione di veri e propri interessi pubblici (propri dell'intera collettività) di cui le Autorità sono portatrici nella categoria degli interessi legittimi al fine di superare le criticità che la ricostruzione di tali speciali ipotesi legislative comporta in punto di oggettivizzazione della giurisdizione.

Ed infatti, una volta riconosciuta la natura amministrativa delle Autorità indipendenti, non si può non ritenere che le stesse siano portatrici di un vero e proprio interesse pubblico, che sono chiamate a perseguire nell'interesse della collettività, talvolta contemperandolo con gli altri interessi (privati, collettivi e pubblici) che con l'interesse pubblico si confrontano, talaltra operando valutazioni di carattere altamente specialistico. Ma anche in tale ultimo caso, pur nella diversità delle attività compiute, la Autorità agiscono pur sempre per la tutela dell'interesse pubblico cui sono per legge deputate.

In secondo luogo perché non si può non tener conto che in tali casi, il processo amministrativo – seppur avviato da un'amministrazione sulla base di una speciale legittimazione riconosciuta in base alla legge – continua a svolgersi secondo le regole del processo di stampo soggettivo e, quindi, resta onere della parte ricorrente (e segnatamente dell'Autorità indipendente ricorrente) dimostrare e dare compiuta prova degli elementi (di fatto e di diritto) su cui si fonda la dedotta illegittimità degli atti impugnati.

Ciò che sotto altro profilo merita di essere osservato, in disparte tali considerazioni circa le pretese tendenze “oggettivizzanti” del processo amministrativo, è che tali speciali legittimazioni a ricorrere sembrerebbero essere state introdotte dal legislatore come strumento ulteriore di tutela (questa volta non mediante l'esercizio di poteri di diritto c.d. sostanziale, ma di un potere processuale di accesso alla tutela giurisdizionale) degli interessi pubblici di cui le stesse sono portatrici.

E su questo punto la giurisprudenza, anche costituzionale, sembrerebbe concorde.

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi nell'ambito di un giudizio principale sulla legittimità costituzionale dell'art. 21 bis l.n. 287/1990, ha infatti chiaramente affermato che “la norma – integrando i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della legge n. 287 del 1990 – prevede un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato”.<sup>144</sup>

E anche il Consiglio di Stato, nel rendere il parere sullo schema di regolamento ANAC per l'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, ha osservato che la speciale legittimazione a ricorrere riconosciuta ex lege all'Autorità è “un peculiare strumento di vigilanza collaborativa (con le stazioni appaltanti) che si coniuga con i più generali poteri di vigilanza e controllo (delineati dall'art. 213 del Codice) per assicurare - quanto più possibile - il pieno ed effettivo rispetto dei principi su cui sono imperniati gli appalti pubblici”.<sup>145</sup>

E sempre con riferimento all'ANAC – ma con affermazioni facilmente estensibili anche alle altre Autorità dotate del potere di agire in giudizio – ha sottolineato che “è titolata a curare anche in giustizia, seppure nei termini generali e nelle forme proprie del processo amministrativo, gli interessi e le funzioni cui è preposta dalla legge e sintetizzate dai precetti di questa”.<sup>146</sup>

Quindi, la speciale legittimazione a ricorrere riconosciuta ad alcune Autorità indipendenti, lungi dal connotare in senso oggettivo il processo amministrativo, rappresenta un ulteriore strumento (espressione questa volta di un potere di natura processuale) di tutela dell'interesse pubblico che le Autorità indipendenti sono chiamate a perseguire.

Un potere che si pone come cerniera di un complesso sistema di poteri che il legislatore – a volte sotto la forte spinta del diritto europeo – ha inteso attribuire a queste particolari amministrazioni, al fine di garantire una maggiore effettività ed efficacia dell'attività dalle stesse svolta. Sistema che, come abbiamo visto, comporta non pochi problemi di ricostruzione sulla base dei concetti tradizionali del diritto amministrativo, sostanziale e processuale, ma che si spiega proprio a fronte della pregnanza degli interessi

---

<sup>144</sup> Corte cost. n. 20/2013, nell'ambito di un giudizio principale proposto dalla Regione Veneto per preteso contrasto dell'art. 21 bis cit. con articoli 3, 97, 1° co., 113, 1° co., 117, 6° co. e 118, 1° e 2° co. Cost. nonché con la l. cost. n. 3/2001, in quanto sottoponendo gli atti regolamentari ed amministrativi regionali ad un nuovo e generalizzato controllo di legittimità, su iniziativa di un'autorità statale, reintrodurrebbe un controllo per certi aspetti analogo a quello che era previsto dal previgente art. 125, primo comma, Cost., norma poi abrogata con l. cost. n. 3/2001 cit.

<sup>145</sup> V. il parere del Consiglio di Stato, Ad. Commissione speciale 4.4.2018, n. 1119/2018

<sup>146</sup> V.Cons. St.,V, 3.11.2020, n. 6787.

pubblici di cui le Autorità sono portatrici, che giustifica ed impone la necessità di dotare le Autorità della vasta gamma di poteri, espliciti e impliciti, ad esse riconosciuti.

In altri termini, ciò che dovrebbe costituire il fine dell'attività delle Autorità indipendenti (e cioè la più ampia tutela dell'interesse pubblico di cui sono portatrici) sembrerebbe costituire un ulteriore fondamento delle Autorità indipendenti e dei loro poteri.



## Bibliografia

G. AMATO, *Le autorità indipendenti nella costituzione economica*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, [Quaderni Rivista trim. dir. e proc. civ.](#), Nr. 2, Giuffrè, 1997, p. 16.

A. AZARA, *Fonti sub-primarie e integrazione del contratto*

S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, pp. 293 ss

E. BRUTI LIBERATI *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *riv. Analisi Giuridica dell'Economia - 1/2020* pp. 51 ss.

E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, Giappichelli, 2019, cit., pp. 107 ss..

M.E.BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Giappichelli, Torino, 2018, p.17.

V.CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il dir. Pubblico della proprietà e dell'impresa*, Giappichelli, 2019,. p. 24

V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, pp. 96 ss.

V. CERULLI IRELLI *poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti su [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it)* pp.2 e ss.

V. CERULLI IRELLI *Prima lezione di diritto amministrativo*, cit., pp. 95, 183

V. CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016, part. pp. 118 ss.

V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*

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.CHIARELLI, *L'Autorità garante della concorrenza non è giudice: nota a Corte costituzionale 31 gennaio 2019, n.13*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 14/2019

F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, pp. 107 ss

F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, relazione al convegno su "Le Autorità

*amministrative indipendenti”, tenuto in memoria di V. CAIANIELLO in Roma in data 9.5.2003, pubblicato in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)*

*M. CLARICH Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?, in Riv. della regolazione dei mercati, n. 1/2018, pp. 2 ss*

*M. CLARICH, Sanzioni delle Autorità indipendenti e garanzie del contraddittorio, in Riv. trim. dir. ec., 2020, pp. 40 ss.;*

*M. CLARICH, Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle autorità indipendenti nel settore finanziario, in Giur. comm., 2021, pp. 100 ss.*

*M. CLARICH, Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello, pp. 47 ss.*

*V. CRISAFULLI Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti, in Riv. trim. dir. pubbl., 1960, pp. 775 ss.*

*M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, La prevenzione della corruzione e l’illusione di un’amministrazione senza macchia, in Riv. trim. dir. pubbl., 2019, pp. 61 ss*

*V. DOMENICHELLI, La giustizia nell’amministrazione tra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie, in Riv. trim. dir. pubbl., 2020, pp. 55 ss.*

*DOMENICHELLI, La giustizia nell’amministrazione tra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie, in Riv. trim. dir. pubbl., 2020, pp. 55 ss*

*C. FERRARI, Integrazione autoritativa e integrazione autentica nei contratti regolati, in Riv. dir. civ., 2021, pp. 310 ss.*

*C. FRANCHINI, Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, I garanti delle regole, Il Mulino, 1996 cit., pp. 69 ss.*

*R. GAROFOLI, G. FERRARI, Manuale di diritto amministrativo, Molfetta, Nel diritto editore, 2018, p. 352*

*M.S. GIANNINI, Diritto amministrativo, II, Milano 1993*

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

*F. LIGUORI e S. TUCCILLO, Pretesa precettiva e flessibilità della Linee guida Anac, in Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi, 2017 Editoriale scientifica, pp. 79-92*

*R. MANFRELOTTO, Lo statuto costituzionale del garante della concorrenza nella prospettiva dell’accesso alla Corte Costituzionale, in Rivista AIC, 3/2019*

*A. MASSERA, “Giustizia nell’amministrazione” e “ingiustizie amministrative” tra passato e presente, in Riv. trim. dir. pubbl., 2020, pp. 33 ss*

- G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *riv.Diri. Amm* (2007)
- G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit. p. 178
- G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Riv. Trimestrale Dir. Amm.* 3/2016 pp. 273 ss.
- F. POLITI, *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 6.
- G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, pp. 265 ss.
- M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Giuffrè Editore 2013, pp. 53 ss
- M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, pp. 11 ss ,
- M. RAMAJOLI , *Brevi note sui rimedi di precontenzioso dell'ANAC tra legalità processuale e termine di decadenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 174 ss.;
- A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, pp. 67 ss.
- A. M. SANDULLI, *Introduzione ad un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2012
- A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit.; P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, pp. 143 ss , in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).
- A TRAVI, *Certeza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 627.
- A. TRAVI, *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto*, *L'opera scientifica di Aldo Travi a cura di E.BRUTI LIBERATI, M. CLARICH*, edizioni ETS 2022
- 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*, 2019, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) pp. 4 e ss.
- S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 97 ss
- M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 2017,
- S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, pp. 272 ss.

G. VITALE, *Autorità amministrative indipendenti e tentativi di riforma*, 4/2009, in [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com).

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



## *Giurisprudenza*

- Cass. Civ., Sez. Un., 6 aprile 2006, n. 798*  
*Cass. Civ., Sez. III, 23 marzo 2011, n. 6681*  
*Cass. Civ., Sez. 20 maggio 2002, n. 7341*  
*Cass., S.U., 28.11.1994, n. 10124*  
*Cass., sez. un., 20.1.2014, n. 1013*  
*Cass., VI, 31.10.2014, n. 23184*  
*Cass. n. 23184/2014*  
*Cass. n. 23184/2014*  
*Cedu sentenza del 4 marzo 2014(Grande Steven v. Italia)*  
*Corte Cass. ord. 10.5.2019, n. 117*  
*Cons. St., V, 112.10.2018*  
*Cons. St., VI, 17 ottobre 2005, n. 5827*  
*Cons. St., VI, 9 novembre 2018, n. 6330, Pres. Santoro, est. Simeoli*  
*Cons. St., Sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652*  
*Cons. St. Sez. I, 16 marzo 2011, n. 4478*  
*Cons. St., Sez. VI, 28 novembre 2012, n. 6014*  
*Cons. Stato, n. 10359 del 24 novembre 2022*  
*Cons. St., Ad. plen., 4.5.2012, n. 9*  
*Cons. St., VI, 17.10.2005, n. 5827*  
*Cons. St., VI, 20.3.2015, n. 1532*  
*Cons. St., VI, n. 5622/2008*  
*Cons. St., VI, 27.12.2006, n. 7972*  
*Cons. St., VI, 8.2.2021, n. 1140*  
*Cons. St., VI, 20.3.2015, n. 1532*  
*Cons. St., n. 1532/2015*  
*Cons. St., VI, 18.11.2016, n. 4825*  
*Cons. St., sez. cons. atti normativi, n. 11603/2005*  
*Cons. St., VI, 27.6.2019, n. 4422*  
*Cons. St., VI, 24.5.2016, n. 2182*  
*Cons. St., VI, 25.10.2019, n. 7296*  
*Cons. St., VI, 23.7.2009, n. 4597*

*Cons. St., VI, 19.1.2021, n. 584*  
*Cons. St., VI, 11.3.2021, n. 2081*  
*Cons. St., VI, 1.3.2012, n. 1192*  
*Cons. St., V, 112.10.2018, n. 5883*  
*Cons. St., VI, 20.7.2011, n. 4393*  
*Cons. St., VI, 15.2.2021, n. 1392*  
*Cons. St. n. 1392/2021*  
*Cons.St.,Comm.spec.,14 settembre 2016, n. 1920*  
*Cons. St., 5.3.2001, n. 1247*  
*Cons. St., IV, 6.10.2001, n. 5287*  
*Cons. St., VI, 2.3.2004, n. 926*  
*Cons. St., n. 5287/2001Cons. St., Ad. Plen., 26.4.2018*  
*Cons. St.,V, 3.11.2020, n. 6787*  
*Corte Cost., sentenza del 31 gennaio 2019, n. 13*  
*Corte Cost. n. 227/2010*  
*Corte Cost. n. 278/2010*  
*Corte Cost. n. 69/2017*  
*Corte cost. n. 20/2013*  
*Corte di Giustizia (9.3.2010, C-518/07, Commissione/Germania)*  
*Corte di Giustizia 2.2.2021, C-481/19*  
*Corte di Giustizia 2.2.2021, C-481/19*  
*parere Cons. St., sez. consultiva atti normativi, Ad. 19.12.2019, n. 3235/2019*  
*parere del Consiglio di Stato, Ad. Commissione speciale 4.4.2018, n. 1119/2018*  
*Tar Lazio, III, 19.1.2017*  
*Tar Lazio 13.12.2016, n. 12421*  
*Tar Lazio, 18.1.2011, n. 449*  
*Tar Lazio, III ter, 15.3.2013, n. 2720*  
*Tar Lazio, II, 6.5.2013, n. 4451*  
*Tar Lombardia, III, 17.10.2013, n. 2311*  
*Tar Lombardia, II, 20.8.2019, n. 1901*  
*Tar Lombardia (II, 5.1.2021, n. 18*  
*Tar Lombardia (n. 2538 del 28.11.2019*  
*Tar Lombardia, I, 25.8.2020, n. 1608*  
*Tar Lombardia, sez. II, 4 aprile 2002, n. 1331*

*Tar Lombardia, sez. IV, 6 febbraio 2006, n. 246*

*Tar Lombardia, sez. III, 14 marzo 2013, n. 683*