

Le autorità amministrative indipendenti

Virtù e vizi di un modello istituzionale

1. **PREMESSA. LA CENTRALITÀ DEL MODELLO E LA SUA LOGICA DI FONDO**

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 (Clarich, 2018, pp. 2 ss.), 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 (Merusi, 2000, pp. 19 ss.; Manetti, 1994, pp. 152 ss.), 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.

Resta tuttavia fermo che il ruolo delle autorità, negli ambiti in cui sono state istituite, è centrale; e resta altresì ferma la logica di fondo a cui la loro creazione risponde.

Pur se tale logica è stata variamente declinata dalle diverse normative europee e nazionali che le hanno istituite, essa continua ad essere fondamentalmente riconducibile alla scelta legislativa di sottrarre la regolazione e/o la vigilanza sul corretto funzionamento di determinati mercati, o sui mercati in genere, ovvero la protezione di determinati diritti fondamentali, ad un criterio di mediazione tra gli interessi in gioco, per affidarla invece a criteri di ordine essenzialmente tecnico, nel perseguimento di un interesse pubblico individuato come esclusivo o principale e dunque come normalmente prevalente sugli altri (Clarich, 2005; Ramajoli, 2018; Bruti Liberati, 2019, pp. 67 ss.; Clarich, 2020a).

L'indipendenza delle autorità è coerente con tale scelta: una volta deciso che in determinati ambiti l'assetto degli interessi pubblici e privati coinvolti non debba essere di volta in volta stabilito in occasione delle singole scelte amministrative, ma debba invece rimanere – ovviamente, fino al successivo intervento del legislatore – cristallizzato sulla base di una predefinita gerarchia, il compito di dare attuazione alla stessa, con determinazioni ispirate essenzialmente alla ricerca del mezzo tecnico più idoneo, può essere affidato ad organismi estranei al circuito politico-rappresentativo e dunque non condizionati – o meno condizionati – dalla pressione degli interessi.

In passato, si è non di rado rappresentato questo modello ricorrendo all'immagine e al concetto dell'amministrazione «neutrale»: neutrale proprio perché sganciata dal gioco della composizione degli interessi. Oggi, questa formula non appare più appropriata sia perché essa ha l'effetto di svalutare la scelta profondamente politica sottesa all'istituzione di un'autorità indipendente – quella di individuare uno degli interessi pubblici rilevanti in una determinata materia come prevalente su tutti gli altri, così da escludere, in linea di principio, e salvo eccezioni, che lo stesso debba essere ponderato e bilanciato con tali altri interessi –; sia perché, comunque, la tecnicità delle scelte ordinariamente rimesse alle autorità indipendenti non significa che le stesse non possano essere espressione di visioni e di valori ben definiti e quindi tutt'altro che asettici e neutrali sul piano conoscitivo e anche su quello etico.

Si avrà modo di tornare nel prosieguo sulla logica di fondo del modello, e di precisare meglio come in esso tecnica e politica si rapportino, secondo regole e meccanismi che sono in realtà assai sfumati e problematici e non di rigida contrapposizione, ma che appaiono in ogni caso significativamente diversi da quelli propri delle amministrazioni tradizionali.

Qui, è bene ancora ricordare quali sono attualmente gli ambiti nei quali il modello trova applicazione nell'ordinamento italiano e in quello europeo.

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 (Chiti, 2010, pp. 57 ss.; Cerulli Irelli, 2012, pp. 137 ss.).

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 (Torchia, 2016, pp. 72 ss.), è quello del mercato dei contratti pubblici, in cui opera l'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC).

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 personali².

Nelle pagine che seguono si analizzeranno prima i vantaggi attesi dall'utilizzo del modello delle autorità (par. 2), e poi i problemi e limiti

¹ È noto che le tre autorità europee in questione sono state istituite, sotto l'incalzare della crisi finanziaria, dai regolamenti UE nn. 1093, 1094 e 1095 del 24 novembre 2010.

² Com'è noto, al Garante compete in particolare di controllare che il trattamento dei dati personali sia conforme alla disciplina dettata dal Regolamento (UE) 2016/279 e al Codice in materia di trattamento dei dati personali approvato con d. lgs. 30 giugno 1996, n. 196, recentemente modificato con d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101.

che si sono in concreto manifestati nella prassi delle autorità a causa dell'inadeguata formulazione delle norme che ne hanno definito compiti e poteri (par. 3), delle condotte poste in essere da governi e parlamenti (par. 4) o dalle stesse autorità (par. 5).

2. I PREGI DEL MODELLO

Il primo vantaggio del modello delle amministrazioni indipendenti – che è quello che più direttamente si riconnette alla logica dell'istituto come sopra richiamata ma è anche quello che più frequentemente è fatto oggetto di critiche e di contestazioni – attiene alla idoneità del medesimo a garantire livelli più elevati di coerenza e razionalità dell'azione pubblica, limitando l'ambito delle scelte rimesse ai mutevoli e talora contraddittori orientamenti degli organi democraticamente eletti.

Proprio perché sottrae un certo oggetto alla logica della composizione degli interessi, e lo affida ad un organismo indipendente (anche) dalla politica, chiamato in linea generale a perseguire un interesse unico o principale mediante l'applicazione di regole eminentemente tecniche, il meccanismo istituzionale delle autorità ha l'effetto di «legare la mani», almeno parzialmente, agli organi di direzione politica, impedendogli di interferire con le loro valutazioni e preferenze contingenti sul coerente e appropriato perseguimento di quell'interesse.

Così, ad esempio, l'affidamento ad un'autorità indipendente del compito di determinare le tariffe di un servizio pubblico (solo o fondamentalmente) sulla base del criterio della remunerazione dei costi efficienti sostenuti dal gestore consente di evitare, o di rendere più difficile, che gli organi politici possano condizionare o compromettere la realizzazione di tale obiettivo efficientistico con interventi ispirati a ragioni di mero calcolo elettorale. Analogamente, per citare un altro esempio ovvio (e anch'esso molto discusso), attribuire la responsabilità della politica monetaria ad una banca centrale indipendente, vincolata all'obiettivo principale di garantire la stabilità dei prezzi, esclude che i governi possano usare la leva monetaria per finalità differenti, così potenzialmente compromettendo la lotta all'inflazione.

Che tali effetti di vincolo rispetto a possibili scelte irrazionali della politica rappresentino un vantaggio per un sistema istituzionale, oltre a trovare una base concettuale nelle note teorie sulla razionalità limitata (Elster, 2000), è stato a lungo oggetto di un largo consenso, frutto anche, indubbiamente, del prevalere nel nostro contesto politico-culturale di orientamenti variamente

riconducibili ad una matrice liberista. Oggi, tale consenso appare meno diffuso, e le critiche ispirate al rifiuto di tale riduzione preventiva degli spazi di intervento della politica, formulate da punti di vista significativamente diversi tra loro, sono più accese e frequenti.

Tuttavia, se alle autorità viene ancora riconosciuto il ruolo centrale che si è prima evidenziato è perché, nonostante il ri-espandersi delle politiche industriali e sociali, individuare *taluni* ambiti sottratti all'incidenza delle stesse e più in generale all'incidenza diretta della politica è tuttora considerato in sede europea e/o nazionale utile e opportuno.

È bene peraltro precisare che, contrariamente a quanto si è spesso ritenuto negli anni novanta del secolo scorso o nei primi anni di questo, la sottrazione alla politica dei settori o delle materie in relazione ai quali viene creata un'amministrazione indipendente non è di regola né piena né assoluta.

E, infatti, da un lato, come già sopra si è accennato, appare ormai chiaro che l'istituzione di un'autorità settoriale non preclude affatto la possibilità che nello stesso settore funzioni propriamente discrezionali siano parallelamente assegnate ad organi amministrativi inseriti nel circuito politico-rappresentativo (Bruti Liberati, 2019, pp. 70 ss.). Il che pone evidentemente, come pure si è già notato, un tema di raccordo tra l'azione delle autorità e quella delle amministrazioni di stampo tradizionale, ma nello stesso tempo attenua o dovrebbe attenuare le preoccupazioni di chi teme che il modello delle autorità indipendenti comporti un grave e drastico sacrificio di interessi pubblici costituzionalmente rilevanti, attinenti alla promozione della coesione sociale e dell'eguaglianza sostanziale.

D'altro canto, se di norma le autorità – proprio in quanto indipendenti – sono tenute a perseguire, mediante valutazioni e scelte di ordine tecnico, un interesse pubblico predefinito, questo non esclude in realtà che la legge possa prevedere, e non di rado in effetti preveda, che in talune ipotesi quell'interesse pubblico possa e debba essere ponderato con altri e diversi interessi pubblici. In tale ipotesi, la scelta politico-discrezionale non si colloca (per così dire) a fianco e all'esterno del perimetro delle scelte tecniche delle autorità indipendenti, come nel caso appena considerato delle amministrazioni tradizionali che operano in un determinato settore parallelamente alle autorità, ma penetra all'interno delle funzioni spettanti a queste ultime.

Quando tale evenienza si verifica, si produce una deviazione significativa rispetto a quello che, almeno secondo una parte della dottrina, deve considerarsi il modello ordinario delle amministrazioni indipendenti (Sorace, 2002, pp. 348 ss.; Trimarchi Banfi, 2016, pp. 45 ss., 94 ss.; Bruti Libe-

rati, 2019, pp. 75 ss.), senza peraltro che debba ritenersi che lo stesso sia irrimediabilmente alterato o compromesso.

E ciò per due ragioni concomitanti. La prima è che comunque, anche nel caso in cui un'autorità indipendente sia chiamata a ponderare una pluralità di fini pubblici, l'interesse primario ad essa affidato, diversamente da quanto accade di regola per gli apprezzamenti politico-discrezionali delle amministrazioni tradizionali, non è mai recessivo, non può mai essere sacrificato a favore di interessi secondari: per riprendere i due esempi prima richiamati, appare da escludere, alla luce della pertinente normativa europea e nazionale, che un'autorità di regolazione settoriale possa fissare la tariffa di un servizio pubblico in una misura che – tenuto conto anche degli eventuali contributi pubblici previsti per tale servizio – non sia idonea ad assicurare la copertura dei costi efficienti del gestore, neanche quando le relative norme attributive prevedano che, accanto all'interesse primario all'economicità del servizio, debbano essere considerati altri interessi, come quello alla tutela dell'ambiente e/o allo sviluppo infrastrutturale di determinate aree territoriali³; così pure, non sembra in nessun caso ammissibile, in forza delle norme del TFUE, che la BCE adotti misure monetarie suscettibili di mettere in qualsiasi modo in pericolo la stabilità dei prezzi, neanche quando sia chiamata a sostenere, con le sue determinazioni, «le politiche economiche generali nell'Unione»⁴.

La seconda ragione per la quale la logica di fondo del modello è comunque rispettata anche laddove alle autorità indipendenti sia richiesto di operare ponderazioni di interessi è che, in ogni caso, tale ponderazione non può mai essere espressione di un loro autonomo indirizzo politico – che esse, a causa della loro carenza di legittimazione democratica, non possono avere né manifestare –, ma deve invece necessariamente fondarsi sull'indirizzo

³ Le normative europee sui mercati dei servizi di interesse economico generale enunciano tutte, in termini più o meno espliciti, il principio c.d. del *full cost recovery*, in forza del quale, appunto, le tariffe dei servizi mantenuti in regime di monopolio legale devono garantire la copertura dei costi efficienti del gestore, fatta salva la possibilità che una parte di tali costi sia invece coperta con contributi pubblici. Fermo restando tale principio di fondo, è poi possibile che le normative europee e nazionali richiedano alle autorità di regolazione tariffaria di tenere conto *anche* di altri interessi pubblici, che possono ad esempio giustificare la previsione di meccanismi perequativi a favore di aree meno sviluppate o di componenti tariffarie volte ad incentivare investimenti a tutela dell'ambiente. Per un esempio particolarmente chiaro di norme così strutturate si veda, per il settore del gas naturale, l'art. 13, par. 1, del Regolamento (UE) 715/2009 del 13 luglio 2009 e l'art. 23 del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164.

⁴ Si vedano gli artt. 127 ss. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e lo Statuto del Sistema Europeo delle Banche Centrali e della Banca Centrale Europea.

politico espresso dalle norme di legge pertinenti e/o da orientamenti di politica generale del governo o anche di organi europei. Ferma pienamente restando l'indipendenza delle autorità quanto alla definizione del contenuto puntuale delle misure da adottare – rispetto al quale esse non possono accettare né tanto meno sollecitare istruzioni da parte degli organi politici (su tale regola v. *infra* par. 4) –, qualora le stesse siano chiamate a ponderare interessi, devono farlo sulla base e nel rispetto dell'assetto dato agli stessi dagli organi di direzione politica (Bruti Liberati, 2019, pp. 75 ss.).

La creazione di un'autorità indipendente sembra quindi, in conclusione, implicare realmente la tecnicizzazione della relativa attività amministrativa di regolazione e/o di vigilanza: ma non in termini rigidi ed assoluti. Permangono infatti, all'esterno del perimetro di azione delle autorità ma anche all'interno dello stesso, spazi di incidenza della politica, sia pure significativamente limitati tanto dall'obbligo degli organi politico-amministrativi di rispettare la competenza e l'indipendenza delle autorità (e si vedrà successivamente che il rispetto di tale obbligo è presidiato con rigore dalla giurisprudenza europea e nazionale), quanto dal vincolo per le stesse autorità di valutare interessi solo quando ciò gli sia inequivocabilmente richiesto dalla normativa di riferimento e di farlo comunque senza sacrificare l'interesse pubblico ad esse primariamente affidato e senza esprimere un proprio indirizzo politico.

Si tratta dunque di un modello istituzionale complesso, ricco di chiaroscuri, che non può essere applicato esigendone o affermandone un'assoluta purezza, perché questo comporterebbe una compressione eccessiva di interessi e valori costituzionalmente rilevanti, difficilmente tollerabile – almeno nel medio-lungo periodo – all'interno di un ordinamento democratico (come del resto era stato acutamente evidenziato, sia pure in una prospettiva molto diversa, già da alcuni dei primi studi sul tema) (Schmitt, 1929; 1931).

Anche in questa versione non del tutto «pura», esso appare comunque ben in grado di fornire le utilità di ordine istituzionale per le quali è stato creato. E, in particolare, di assicurare una maggiore adeguatezza tecnica e qualità delle attività di regolazione e vigilanza rispetto a quelle svolte da apparati amministrativi tradizionali, una più elevata coerenza e prevedibilità delle stesse e dunque un più serio rispetto dell'affidamento degli operatori economici sulla stabilità delle regole su cui hanno basato le loro scelte di investimento, e una più credibile imparzialità e terzietà rispetto ai destinatari pubblici e privati delle loro scelte. Nessuno di tali vantaggi appare infatti intaccato o ridotto dalla circostanza che le autorità siano talora chiamate a tenere conto anche di interessi ulteriori rispetto a

quello primario e a farlo coerentemente con l'indirizzo politico generale espresso dagli organi democraticamente eletti.

Occorre aggiungere che la capacità delle autorità (o, meglio, di quelle dotate di poteri di tipo normativo) di dettare regole più adeguate sul piano tecnico, e anche di adattarle più tempestivamente ai mutamenti derivanti dall'evoluzione tecnologica e delle prassi dei mercati, è incrementata anche dalla circostanza, ben nota, che i loro procedimenti regolativi sono obbligatoriamente aperti alla consultazione degli interessati e devono necessariamente tenere in considerazione, nella definizione dei contenuti degli atti che li concludono, le osservazioni formulate dagli interessati (Clarich, 1999; Chiti, 2004; Ramajoli, 2011).

L'obbligo per le autorità di attenersi ad un meccanismo di *notice and comment*, che è stato imposto ad esse dalla giurisprudenza amministrativa prima ancora che venisse sancito in norme di legge o di regolamento⁵, risponde anche – com'è stato più volte sottolineato – all'esigenza di compensare con un rafforzamento sul piano procedimentale la carenza di legittimazione democratica delle autorità e la tendenziale genericità delle norme che definiscono i poteri delle stesse, ma ha innanzitutto l'effetto di migliorare l'adeguatezza tecnica delle regole da esse introdotte, oltre che la trasparenza e controllabilità dei relativi processi decisionali.

La maggiore accuratezza e ponderazione della regolazione di norma prodotta dalle autorità – che è figlia sia della loro specializzazione tecnica sia, appunto, dell'apertura dei loro procedimenti al dialogo con i destinatari della stessa – e insieme la minore esposizione delle stesse alla pressione di esigenze contingenti legate alla ricerca di un consenso elettorale, contribuisce d'altra parte a spiegare perché esse siano in linea generale più capaci di evitare quei cambiamenti improvvisi, imprevedibili ed irrazionali delle regole – o anche dell'interpretazione delle regole – che, pure secondo il sin troppo cauto orientamento della nostra Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia UE (Travi, 2016), sono incompatibili con il legittimo affidamento dei destinatari delle stesse e che possono incidere in termini molto negativi sulla propensione degli operatori economici ad investire.

Per quanto riguarda, infine, l'imparzialità nei confronti dei soggetti destinatari delle attività di regolazione e di vigilanza, è ovvio che la recente forte ripresa delle politiche industriali, che pure nell'odierna esperienza italiana si realizza largamente anche per il tramite di imprese pubbliche (Averardi, 2018), rafforza ulteriormente l'esigenza che funzioni

⁵ V., tra le altre, Cons. Stato, VI, 20 aprile 2006, n. 2201; Cons. Stato, VI, 29 maggio 2006, n. 3272; Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2006, n. 7972.

amministrative cruciali per la concorrenza tra le imprese siano affidate non al governo ma ad organismi che non hanno legami proprietari né diretti né indiretti con nessuna di esse e non sono soggetti alle direttive governative.

La autorità, grazie ai molteplici presidi di indipendenza funzionale e strutturale per essi previsti (dei quali si dirà nel prosieguo), sono in astratto pienamente in grado di assicurare tale terzietà.

3. I VIZI NELLA CONCRETA ATTUAZIONE DEL MODELLO

3.1. *I DIFETTI DELL'ASSETTO LEGISLATIVO*

Se, dopo avere richiamato i pregi – assai rilevanti – del modello, si vogliono ora considerare i difetti che esso ha mostrato nella sua concreta attuazione, in Italia e in Europa, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso⁶, appare necessario distinguere con chiarezza tra i vizi e gli errori imputabili al legislatore europeo e nazionale, quelli dei governi (e dei parlamenti, al di fuori della loro attività legislativa) e quelli attribuibili direttamente alle autorità.

Sul primo versante, non si può non notare che in non pochi casi le norme che hanno istituito le autorità o ne hanno comunque definito o ridefinito i poteri sono formulate in modo inadeguato e tradiscono una insufficiente consapevolezza da parte del legislatore della logica del modello e delle sue implicazioni sul piano giuridico.

Emblematiche sono, al riguardo, le disposizioni dettate dalla legge n. 481 del 1995, che reca ancora oggi la disciplina generale sulla regolazione dei servizi di pubblica utilità e sulle autorità indipendenti ad essi preposte.

Com'è stato a più riprese evidenziato dalla dottrina (Sorace, 2002; Trimarchi, 2016; Bruti Liberati, 2019), tale normativa, emanata nel pieno della transizione dal vecchio al nuovo paradigma di disciplina dei mercati dei servizi, presenta due profili particolarmente problematici.

⁶ È ben noto che nell'esperienza nord-americana l'istituto è stato utilizzato, via via sempre più largamente, a partire da fine Ottocento (Bernstein, 1955; Mceraw, 1984; Shapiro, 1994) e che anche in Gran Bretagna il ricorso allo stesso ha ampiamente preceduto il suo successo nei Paesi dell'Europa continentale (Baldwin e Mac Crudden, 1987; Ogus, 1994; Prosser, 1997).

Da un lato, essa risulta palesemente ambigua in merito alla natura delle valutazioni e delle scelte regolatorie affidate alle autorità, e in particolare di quelle di ordine tariffario: riguardo alle quali la formulazione letterale delle disposizioni contenute nella legge sembrerebbe di per sé autorizzare tanto un'interpretazione che attribuisca a quelle scelte carattere politico-discrezionale e che dunque richieda alle autorità di ponderare direttamente una pluralità di interessi pubblici⁷, quanto una lettura che configuri invece quelle scelte come basate su apprezzamenti essenzialmente tecnici, preordinati solo o principalmente a garantire l'economicità e l'efficienza dei servizi.

A tale difetto di impianto, la riflessione dottrinale ha posto rimedio evidenziando le ragioni di ordine sistematico che impongono di accogliere la seconda interpretazione: la carenza di legittimazione democratica, diretta o indiretta, delle autorità indipendenti implica che alle stesse, in linea di principio, e fatte salve solo le ipotesi in cui vi sia un'univoca indicazione contraria del legislatore, debbano riconoscersi soltanto poteri di scelta tecnica e non propriamente politico-discrezionale (Sorace, 2002, pp. 348 ss.; Trimarchi Banfi, 2016, pp. 45 ss., 94 ss.; Bruti Liberati, 2019, pp. 75 ss., 154 ss.).

E in questa direzione, del resto suffragata dalla formulazione delle norme che disciplinano più puntualmente le singole potestà tariffarie, sembra muoversi anche la giurisprudenza amministrativa, che, sia pure senza particolari riflessioni in merito alla natura delle determinazioni tariffarie delle autorità, sottopone le stesse ad un sindacato imperniato fondamentalmente, al di là delle singole censure, su un criterio di ragionevolezza tecnica e non politico-discrezionale.

La questione, peraltro, si è posta e si pone anche per altre disposizioni e per altre autorità, relativamente alle quali l'incertezza del legislatore rispetto al ruolo solo o principalmente tecnico o anche politico-discrezionale delle autorità continua a determinare dubbi e problemi interpretativi gravi e ben noti.

Il caso più rilevante è ovviamente quello della Banca Centrale Europea, le cui misure monetarie non convenzionali sono state di recente al centro del noto contenzioso che ha coinvolto la Corte costituzionale tedesca e la

⁷ Si vedano in particolare l'art. 1, comma 1, e soprattutto l'art. 2, comma 12, lett. e) della legge, secondo cui le tariffe devono essere definite «in modo da assicurare la qualità, l'efficienza del servizio e l'adeguata diffusione del medesimo sul territorio nazionale, nonché la realizzazione degli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse di cui al c. 1 dell'art. 1».

Corte di Giustizia UE⁸. Contenzioso che si è imperniato anche sull'interpretazione da dare, alla luce del principio democratico e tenendo conto della carenza di legittimazione politica della BCE, alle norme del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea che ne definiscono – in modo, appunto, non univoco – compiti e poteri⁹.

È ovvio che, nei casi sopra richiamati come in molti altri, l'ambiguità della formulazione normativa dipende non solo, come si è già notato, da una non piena consapevolezza da parte del legislatore dei caratteri e dei limiti propri dell'istituto delle autorità indipendenti, ma anche dalla difficoltà di trovare in sede politica un sufficiente consenso su una scelta chiara e coerente e sulla conseguente necessità di accontentarsi di soluzioni di compromesso. Tuttavia, dato che, come proprio la vicenda ancora irrisolta delle misure non convenzionali della BCE mostra con evidenza, l'ambivalenza sul ruolo delle autorità può contribuire a determinare crisi istituzionali di rilevante gravità, sarebbe certamente opportuno che tale ruolo venisse più attentamente valutato e definito nel momento in cui le relative normative vengono adottate (o modificate).

La parziale inadeguatezza di non poche di tali normative è del resto emersa con chiarezza nella prassi anche da un diverso punto di vista: che è quello della genericità con cui non di rado vengono disciplinati i poteri assegnati alle autorità, senza una chiara definizione dei limiti, dei criteri di esercizio e degli effetti giuridici degli stessi.

E' chiaro, ed è stato anche di recente sottolineato dal giudice amministrativo, che tale genericità, quanto meno nelle sue forme più estreme, non è coerente con il principio di legalità dell'azione amministrativa¹⁰. Né appare

⁸ Sulla sentenza del 5 maggio 2020 del Tribunale Costituzionale tedesco che, contestando la sentenza della Corte di Giustizia dell'11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Weiss*, ha messo in discussione la legittimità del programma di acquisti della Banca Centrale Europea, si è già sviluppato un amplissimo dibattito dottrina, di cui qui non è possibile dare conto compiutamente. Si vedano comunque, tra gli altri, Tesauro e De Pasquale, 2020; Clarich, 2020b, Caravita, Condinanzi, Morrone e Poggi, 2020.

⁹ Assai più chiare sono, ad esempio, le norme dettate dai tre regolamenti UE sulle autorità di vigilanza dei mercati finanziari, le quali prevedono che le norme tecniche di regolamentazione assegnate alla loro competenza «sono di carattere tecnico, non implicano decisioni strategiche o scelte politiche e il loro contenuto è limitato dagli atti legislativi su cui si basano» (così l'art. 10 dei tre regolamenti n. 1093, 1094 1095 del 2010).

¹⁰ V. ad esempio Cons. Stato, VI, 9/11/2018, n. 6330, secondo cui «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 ed ai presupposti. Sebbene in molto settori dell'ordinamento la legalità amministrativa abbia dovuto abbandonare ogni velleità di compiuta tipizzazione

in definitiva condivisibile il frequente rilievo secondo cui essa sarebbe giustificata dalla dinamicità dei settori economici di cui le autorità sono chiamate ad occuparsi e dalla conseguente difficoltà del legislatore di prefigurarne l'evoluzione e dunque di definire *a priori* i poteri necessari alle autorità per lo svolgimento della missione loro affidata.

Tale rilievo è in parte esatto, ma non sembra poter esimere il legislatore dal compito di individuare nei loro termini essenziali, eventualmente anche su segnalazione delle stesse autorità, gli strumenti giuridici che le stesse sono legittimate ad utilizzare per il perseguimento degli obiettivi ad esse assegnati.

È vero che la giurisprudenza, mentre è incline ad esigere un rispetto rigoroso del canone di legalità per gli atti delle autorità che impongano ai destinatari obblighi specifici e puntuali, in particolare laddove abbiano carattere ablatorio o sanzionatorio, viceversa per gli atti di carattere normativo sembra ritenere sufficiente la formale attribuzione della relativa competenza alle autorità e l'indicazione dei relativi fini, senza nessuna necessaria tipizzazione delle prescrizioni che sulla base di essa possono essere adottate (Morbidelli, 2007, pp. 731 ss.)

Tuttavia, appare corretto rilevare che anche sotto questo profilo molte delle norme che disciplinano l'azione delle autorità e anzitutto quelle che ne definiscono i poteri meriterebbero oggi, anche alla luce dell'esperienza maturata in questi anni, di essere sottoposte ad un'accurata revisione, che ovviamente non dovrebbe escludere la spettanza alle autorità di margini adeguati di scelta alla luce delle circostanze concrete, ma dovrebbe però prevedere «un corredo minimo di direttrici sostanziali riferite agli scopi, all'oggetto e ai presupposti»¹¹.

dell'attività e degli effetti, quantomeno 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). Ciò in quanto la riserva di legge, nel regolare i rapporti fra le fonti, restringe la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'esecuzione della legge».

¹¹ V. ancora Cons. Stato, VI, 9/11/2018, n. 6330, cit.

3.2. *LE PRASSI APPLICATIVE DI GOVERNI E PARLAMENTI*

Non è solo, ovviamente, il legislatore ad avere dato in questi anni un'attuazione imperfetta al modello delle autorità: anche i governi e gli stessi parlamenti, al di fuori delle loro competenze legislative, hanno non di rado contribuito a rendere l'assetto per esse in concreto definito meno coerente ed efficace rispetto a quanto astrattamente possibile.

Tre appaiono, in particolare, i profili di maggiore criticità: quello delle nomine dei vertici delle autorità, quello del rispetto in concreto della loro indipendenza e quello dell'*accountability*.

Per quanto attiene innanzitutto alle nomine, è bene anzitutto rilevare che sino ad oggi il legislatore europeo ha in linea generale, e salvo eccezioni, ignorato il tema, che pure appare per più aspetti cruciale; e che, d'altra parte, il legislatore italiano ha fatto uso della sua conseguente, pressoché totale, autonomia normativa per dettare discipline significativamente diversificate per le varie autorità¹².

Non interessa qui analizzare nei dettagli tali discipline: basti dire che quasi tutte, con l'eccezione di quelle relative all'Autorità garante della concorrenza e del mercato¹³ e della Banca d'Italia¹⁴, prevedono il coinvolgimento, in varia forma, tanto del governo quanto del parlamento; che esse fissano per la nomina requisiti estremamente generici¹⁵; e che la diversificazione delle procedure appare nella sostanza il frutto di una mera stratificazione delle relative discipline e non sembra in alcun modo giustificata da ragioni obiettive.

Ma, prescindendo per il momento dai rilievi inerenti all'assetto normativo in materia, ciò che si deve qui sottolineare è che le prassi applicative di governi e parlamenti si sono in questi anni, sia pure con alcune significative eccezioni, sempre più allontanate dall'ispirazione originaria di designare nei collegi delle autorità persone dotate di particolare autorevolezza e competenza e quindi realmente in grado di assicurare l'indipendenza e l'adeguatezza sul piano tecnico delle stesse.

¹² Per un'analisi puntuale di tali discipline e dei diversi modelli a cui le stesse appaiono riconducibili si rinvia a Bruti Liberati (2019), pp. 107 ss.

¹³ Per la quale, com'è ben noto, la nomina è affidata congiuntamente ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

¹⁴ Per la quale invece la nomina è di competenza del governo, senza il coinvolgimento del parlamento.

¹⁵ Ad esempio, l'art. 2, comma 8, della legge n. 481 del 1995 richiede solo che vengano nominate «persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore».

Coerentemente con una ben nota tradizione nazionale, le scelte di fatto operate, oltretutto non di rado con notevole e ingiustificato ritardo, hanno spesso privilegiato pratiche spartitorie anziché criteri di merito, con una complessiva opacità dei processi di selezione che certamente non ha giovato alla qualità di tali scelte.

Giocano ovviamente, al riguardo, profili di cultura istituzionale e di etica pubblica che nessuna disciplina legislativa è in grado di governare, com'è del resto confermato dalla circostanza che tale tendenza è emersa con riferimento a tutte le autorità, qualunque fosse la procedura di nomina prevista dalla legge, e che anche le eccezioni virtuose hanno riguardato indistintamente le varie autorità.

Tuttavia, alcuni correttivi normativi potrebbero risultare utili per orientare il sistema verso prassi almeno parzialmente più virtuose.

In particolare, premesso che sembrerebbe oggettivamente assai ragionevole uniformare le diverse procedure generalizzando il modello che appare per svariate ragioni più idoneo – che è quello oggi stabilito per le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità dalla legge n. 481/1995 e che, com'è noto, prevede la nomina governativa, previo parere favorevole vincolante delle commissioni parlamentari competenti, reso con la maggioranza qualificata di due terzi –, potrebbe essere d'aiuto prescrivere che la preventiva designazione governativa venga obbligatoriamente preceduta da un'analisi indipendente delle candidature e che il parere parlamentare venga reso solo dopo audizioni pubbliche dei designati volte a verificarne il curriculum e la competenza e sia analiticamente motivato.

D'altra parte, poiché, se il sistema attuale non appare soddisfacente, questo non esclude che lo stesso possa essere ulteriormente peggiorato, è bene sottolineare che in nessun modo è compatibile con la logica dell'istituto delle autorità indipendenti l'idea, anche di recente riemersa nel dibattito politico, secondo cui le nomine dei vertici delle autorità dovrebbero rispecchiare un rapporto fiduciario tra gli stessi e gli organi di direzione politica. Appare infatti ovvio che l'indipendenza delle autorità, mentre non impedisce affatto appropriati raccordi organizzativi tra esse e gli apparati amministrativi inseriti nel circuito politico-rappresentativo, non è invece minimamente conciliabile con la eventuale pretesa delle forze di governo di affidare la guida delle autorità a soggetti disponibili a recepirne «fedelmente» preferenze ed indicazioni.

Si arriva in tal modo al cuore della questione, ovviamente cruciale, dell'indipendenza, e del modo in cui in concreto hanno funzionato i diversi presidi previsti dalle norme europee e nazionali a difesa della stessa.

È bene preliminarmente ricordare che tali presìdi attengono da un lato all'autonomia funzionale delle autorità, cioè alla loro sottrazione (totale o parziale) al potere di indirizzo degli organi politici e, più in generale, a qualunque potere idoneo ad incidere formalmente sul contenuto delle scelte ad esse affidate; dall'altro, alla loro autonomia strutturale, mediante regole e istituti volti ad assicurare che le persone fisiche nominate ai vertici delle stesse abbiano in concreto incentivi adeguati a non sottostare alle indicazioni anche informali o comunque alle preferenze degli organi politici o delle imprese¹⁶.

Ciò premesso, non può evidentemente stupire, ed è anzi entro certi limiti inevitabile, che dalla prassi di questi anni, non solo italiana, emergano non pochi casi nei quali governi e anche parlamenti hanno cercato di interferire con l'esercizio delle competenze riservate alle autorità.

Ciò che invece rileva è se a fronte di tali tentativi i meccanismi di tutela dell'indipendenza sopra richiamati abbiano o meno operato efficacemente.

E, al riguardo, deve rilevarsi che i giudici tanto europei quanto nazionali, quando sono stati chiamati a valutare atti governativi o anche legislativi diretti ad incidere illegittimamente sulle scelte delle autorità, hanno mostrato di intendere in modo estremamente rigoroso tali meccanismi di tutela.

In particolare, per quanto riguarda l'indipendenza funzionale, va sottolineato che, anche prima che il legislatore europeo sancisse, con riferimento a tutte le autorità nazionali ed europee (e anche alle agenzie europee di coordinamento tra le autorità), il divieto assoluto per le stesse di sollecitare o accettare istruzioni da organi politici¹⁷, sia la Corte di Giustizia

¹⁶ Tali regole e istituti (per i quali si rinvia all'analisi svolta in Bruti Liberati 2019, pp. 107 ss.) si concretano nei sopra ricordati requisiti e procedure di nomina, nei regimi di incompatibilità, nei divieti o vincoli al rinnovo delle cariche, e nei limiti alla revocabilità degli incarichi.

¹⁷ Tale divieto è stato sancito dal legislatore europeo per tutte le autorità indipendenti nazionali ed europee con norme relative ai diversi settori. Per quanto attiene alle autorità nazionali v.: per l'energia elettrica v. l'art. 35, par. 4, lett. b) ii), della direttiva 2009/72/CE; per il gas naturale v. l'art. 39, par. 4, lett. b) ii), della direttiva 2009/73/CE; per le comunicazioni elettroniche v. l'art. 3 della direttiva 2002/21/CEE, come modificato dall'art. 1 della direttiva 2009/140/CE; per il trasporto ferroviario v. l'art. 55, par. 3, comma 4, della direttiva 2012/34/UE. Per le autorità (e agenzie di coordinamento) europee v.: V. gli artt. 40 ss. dei regolamenti UE n. 1093/2010 (relativo all'Autorità bancaria europea), n. 1094/2010 (relativo all'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali, e n. 1095/2010 (relativo all'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati); nonché gli artt. 12 ss. del regolamento (CE) n. 713/2009 (relativo all'Agenzia per la cooperazione dei regolatori nazionali dell'energia; e gli artt. 4 ss. del regolamento

UE che il Consiglio di Stato avevano censurato con nettezza gli atti – in materia di comunicazioni elettroniche e di energia – con cui legislatori e/o governi nazionali si erano sostituiti o comunque avevano interferito con le decisioni puntuali rimesse alle autorità¹⁸; e che tale orientamento è stato poi inequivocabilmente ribadito anche in tempi più recenti¹⁹.

Analogamente, per quanto attiene all'indipendenza strutturale, la Corte di Giustizia ha dichiarato l'illegittimità dei provvedimenti con cui, pur nel quadro di una riforma complessiva del sistema delle autorità considerata in sé del tutto legittima, era stata disposta la revoca anticipata dei componenti di un'autorità di regolazione²⁰, e il Consiglio di Stato ha sanzionato severamente la violazione delle norme in tema di incompatibilità successiva alla cessazione dalla carica²¹.

Tale giurisprudenza attesta univocamente la piena effettività delle norme volta a garantire l'indipendenza delle autorità.

È chiaro, peraltro, che il rispetto delle stesse dipende anche, e in larga misura, dalla capacità delle stesse autorità di reagire con decisione alle indebite interferenze degli organi politici. Anche perché se, in presenza di un atto legislativo o amministrativo che incida in modo formale sulle prerogative delle autorità, l'iniziativa di contestarlo può essere assunta anche da un soggetto diverso – ad esempio, com'è in concreto avvenuto, dalla Commissione europea²² o da un'impresa regolata²³ –, viceversa solo le autorità e i loro vertici possono respingere le pressioni operate, in particolare dai governi, in modo informale e sotterraneo.

Si pone infine il problema – apparentemente opposto, ma in realtà complementare – dell'*accountability*: cioè, della verifica della coerenza dell'azione delle autorità con gli obiettivi e più in generale con la missione

(CE) n. 1211/2009 del 25 novembre 2009 (relativo all'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche).

¹⁸ V. Corte Giustizia, IV, 3 dicembre 2009, causa C-424/07, *Commissione contro Repubblica Federale di Germania*; Cons. Stato, IV, 9 aprile 2008, n. 1274.

¹⁹ V. Corte Giustizia, IV, 26 luglio 2017, causa C-560/15, *Europa Way e Persidera*; TAR Lombardia, Milano, I, 28 novembre 2019, n. 2538.

²⁰ V. Corte Giustizia, II, 19 ottobre 2016, causa C-424/15, *Xabier Ormaetxea Garai e Bernardo Lorenzo Almedros contro Administracion del Estado*.

²¹ Cons. Stato, VI, 30 gennaio 2007, n. 341.

²² Così nei due casi decisi dalla Corte di Giustizia nelle sentenze 3 dicembre 2009, *Commissione contro Repubblica Federale di Germania* e 26 luglio 2017, *Europa Way e Persidera*.

²³ Così nella fattispecie oggetto della citata sentenza del TAR Lombardia, n. 2538/2019.

ad esse affidata. Verifica che non può evidentemente spettare ad organi di governo, pena il sacrificio del connotato dell'indipendenza, ma che certamente non è di per sé incompatibile con il rispetto della stessa.

Anche sotto questo profilo, la prassi italiana di questi anni appare in misura non lieve insoddisfacente. Perché se è indubbio che ha operato largamente, e spesso in modo incisivo, il sindacato di legittimità del giudice amministrativo (Clarich, 2005, pp. 177 ss.; Ramajoli, 2006, pp. 80 ss.), è apparso invece assai meno efficace ed effettivo il controllo svolto in sede parlamentare sull'attività da esse complessivamente svolta nei diversi ambiti di competenza.

Solo in occasione di scandali e polemiche che abbiano assunto un qualche rilievo politico o mediatico le audizioni dei vertici delle autorità dinanzi alle competenti commissioni parlamentari sono risultate non meramente formali – e anzi in tali casi sono state sin troppo inquisitorie. Nella normalità dei casi, viceversa, tanto quelle audizioni quanto la presentazione delle relazioni annuali delle diverse autorità sono state intese assai più come incontri rituali, di formale ossequio alla sovranità del parlamento, che non come occasioni utili per valutare seriamente l'efficacia dell'azione delle autorità.

Certamente più significativo, sul piano dell'*accountability* delle autorità, è stato in questi anni il loro inserimento in reti europee di organismi consimili e, ormai da qualche tempo, la loro sottoposizione al coordinamento delle autorità o agenzie europee, nei cui organi peraltro esse stesse sono direttamente rappresentate (Chiti, 2010, pp. 57 ss.; Cerulli Irelli, 2012, pp. 137 ss.). Tali meccanismi di raccordo orizzontale – che in alcuni casi si saldano con quelli assai più verticali facenti capo alla Commissione europea – assumono infatti rilievo anche sul versante della verifica di eventuali deviazioni ingiustificate di singole autorità rispetto agli orientamenti comuni e condivisi.

È evidente, tuttavia, che tali forme sovra-nazionali di controllo operano soltanto con riferimento alle competenze attribuite alle autorità dalle normative europee. Per le funzioni ad esse assegnate esclusivamente dal legislatore nazionale, che investono interi ambiti della loro attività (come ad esempio i servizi idrici e quelli ambientali per ARERA, o i servizi postali per AGCOM), il controllo complessivo di aderenza delle autorità alla loro missione può essere svolto solo dal parlamento.

E sembrerebbe quindi palese la necessità di un rafforzamento dei meccanismi di verifica affidati alle competenti commissioni della camera e del senato, fermo restando ovviamente il pieno rispetto dell'indipendenza delle autorità.

3.3. *LA PRASSI DELLE AUTORITÀ TRA LUCI E OMBRE*

La storia dell'azione delle autorità indipendenti nell'ordinamento italiano ed europeo non è stata ancora scritta. E nemmeno esiste per il nostro sistema un'opera analoga a quella realizzata per l'esperienza nord-americana da Thomas K. McCraw (McCraw, 1990).

Vi sono ovviamente analisi e valutazioni parziali, di norma occasionate da singole vicende di particolare rilievo politico, e vi è anche la documentazione raccolta nelle indagini parlamentari svolte, in un passato non recentissimo, sulle autorità nel loro complesso o su talune di esse. Ma i dati fattuali disponibili non sono comunque sufficienti per esprimere un giudizio organico sull'impatto e sull'efficacia dell'operato delle autorità e sui risultati da esse raggiunti nei loro diversi ambiti e periodi di attività.

In questa sede ci si dovrà dunque limitare a formulare qualche considerazione non sistematica, basata su quanto risulta dal ricchissimo contenzioso relativo agli atti delle autorità e sull'osservazione diretta delle prassi più chiaramente emergenti in questi anni.

Al riguardo, può anzitutto rilevarsi che la valutazione dell'azione delle autorità appare particolarmente agevole nei casi in cui alle stesse siano state attribuite funzioni già previste dall'ordinamento e in precedenza attribuite ad amministrazioni non indipendenti. In tali casi, è facile rendersi conto dell'impatto fortemente positivo che l'entrata in scena di un organismo sottratto all'influenza diretta della politica – e dunque più incline ad operare sulla base di ponderati criteri tecnici e in una prospettiva di medio-lungo periodo, e aperto nei suoi procedimenti al confronto con i soggetti del mercato – normalmente determina.

Emblematico, sotto questo profilo, è tutto il perimetro della regolazione tariffaria e della qualità dei servizi di interesse economico generale, nel quale la creazione delle autorità ha determinato un cambiamento radicale, con il passaggio da un sistema farraginoso, opaco e instabile – di fatto incompatibile con l'operare di normali dinamiche di mercato e con una tutela adeguata delle ragioni degli utenti – ad un assetto in cui, in linea di principio, e salvo eccezioni, criteri tariffari e requisiti di qualità sono ispirati ad una logica chiara e controllabile e consentono quindi, da un lato, agli operatori economici di effettuare le loro scelte di investimento in modo razionale, dall'altro agli utenti di conoscere e far valere seriamente i loro diritti.

D'altra parte, per chi volesse ipotizzare che la maggiore attenzione verso i meccanismi di mercato sia ormai penetrata in profondità anche negli apparati ministeriali, è forse opportuno segnalare che in non pochi casi

recenti di esercizio di potestà (in senso lato) regolatorie da parte di questi ultimi emerge viceversa che, sul piano della propensione ad approfondire puntualmente presupposti e implicazioni tecnico-economiche di determinate scelte e, corrispondentemente, su quello della garanzia di una minima stabilità delle medesime, progressi significativi rispetto al passato non sono stati fatti. Esempio al riguardo è la vicenda, ben nota, degli incentivi alle fonti rinnovabili di energia, la cui quantificazione è stata a lungo rimessa al ministero competente per l'energia, con esiti quanto meno discutibili dal punto di vista della coerenza e dell'efficacia dell'azione svolta.

Nei casi in cui ad un'autorità siano invece assegnate funzioni nuove, in precedenza non contemplate da alcuna norma di legge, la valutazione dell'impatto dell'operato delle autorità risulta meno agevole e richiede il ricorso a scenari contro-fattuali. Ma le conclusioni non sembrano poter essere molto diverse: se si pensa agli esempi ovvi delle funzioni di tutela della concorrenza e di garanzia della privacy, risulta difficile immaginare, al di là dei vincoli derivanti dalle norme europee, che l'attribuzione delle stesse ad organismi amministrativi non indipendenti dalla politica potesse produrre risultati migliori o anche solo equivalenti in termini di garanzia dei diritti da tutelare. E anche l'ipotesi di affidare tali funzioni agli organi giurisdizionali – secondo il modello notoriamente proprio di altri ordinamenti, e auspicato in passato anche da autorevoli studiosi (come Guido Rossi) – non sembra allo stato, all'interno del nostro ordinamento, particolarmente auspicabile, se si considerano, da una parte, la persistente scarsa efficienza del nostro sistema di giustizia civile, e, dall'altra, la circostanza che l'esistenza di un'autorità amministrativa specializzata consente sia lo svolgimento di un'azione costante e almeno potenzialmente coerente nel tempo, sia il suo inserimento in una rete europea di organismi titolari della medesima missione.

Quanto si è ora rilevato non significa, ovviamente, che dalla prassi delle autorità non emergano rischi, problemi e deviazioni anche significative rispetto al modello ottimale di amministrazione indipendente.

Volendo tentare una sia pur approssimativa sistematizzazione di tali problemi, sembra ragionevole ipotizzare che molti degli stessi siano riconducibili alla – per certi aspetti fisiologica – propensione delle autorità a perseguire in modo radicale, talora troppo radicale, gli obiettivi ad esse assegnati.

È il problema che Sabino Cassese ha chiamato dell'«ardore regolatorio» (Cassese, 2002) e che può riguardare non soltanto le autorità munite di poteri di regolazione normativa ma anche quelle a cui siano affidati solo compiti di vigilanza e di sanzione.

Non è difficile – né raro – cogliere nella prassi gli effetti di tale inclinazione ad una eccessiva radicalità: autorità antitrust che per promuovere una struttura maggiormente concorrenziale del mercato impongono – di fatto – ad operatori sottoposti ad istruttoria impegni di carattere strutturale (o anche funzionale) non proporzionati rispetto alla condotta in ipotesi anti-competitiva posta in essere e alle conseguenze negative che ne sono derivate; autorità di regolazione di servizi di interesse economico generale che, anziché limitarsi ad orientare ragionevolmente i gestori verso una maggiore efficienza attraverso una graduale riduzione dei costi riconosciuti in tariffa, finiscono per voler conformare il mercato adottando regole e criteri tariffari così stringenti e penalizzanti da costringere le imprese che, per le loro dimensioni o per altre ragioni oggettive hanno costi superiori alla media considerata efficiente, ad uscire dal mercato o ad aggregarsi con altre imprese; autorità di vigilanza sul mercato dei contratti pubblici che, per circoscrivere nel massimo grado possibile il rischio di inquinamento o alterazione delle gare, riducono irragionevolmente ai minimi termini i margini di valutazione e di scelta grazie ai quali le stazioni appaltanti dovrebbero poter individuare la proposta contrattuale più conveniente sul piano tecnico ed economico.

È chiaro che nei casi appena evocati, e nei molti altri che potrebbero analogamente prospettarsi anche per altre autorità, ai destinatari delle misure è riconosciuta tutela giurisdizionale contro gli atti in cui essa si sia concretata. E va sottolineato che in questi anni il sindacato del giudice amministrativo sulle scelte tecniche anche complesse delle autorità indipendenti è divenuto sempre più incisivo²⁴.

Tuttavia, il tema di un'applicazione non equilibrata degli strumenti e dei poteri d'intervento – in sé del tutto apprezzabili – attribuiti alle autorità si è posto e si pone non saltuariamente. E impone di ricordare che esse sono state istituite per garantire diritti fondamentali e/o per far funzionare efficientemente i mercati, e non per sostituirsi agli stessi o comunque per conformarli autoritativamente.

Come si è già sopra sottolineato, infatti, decisioni e misure di politica industriale e di politica redistributiva – certamente ammissibili, sia pure nel rispetto dei limiti costituzionali ed europei – competono non alle autorità ma agli organi democraticamente legittimati.

Occorre aggiungere che all'ardore regolatorio delle autorità sembra ricollegarsi anche la tendenza delle stesse, già sopra parzialmente rilevata, ad esercitare poteri regolatori – normativi o provvedimentali – non espressa-

²⁴ Emblematica è, al riguardo, la sentenza del Cons. Stato, VI, 15 luglio 2019, n. 4967.

mente previsti dalla legge ma considerati funzionali al perseguimento dei loro fini istituzionali, come pure a comminare sanzioni per la violazione di regole da esse non chiaramente e univocamente esplicitate.

È il problema del rapporto tra autorità indipendenti e principio di legalità, che si è prima considerato nella prospettiva dell'inadeguata formulazione delle norme attributive dei poteri alle autorità, e che ora è necessario valutare con specifico riferimento alle prassi delle stesse, in particolare per quanto concerne l'uso fatto delle potestà sanzionatorie ad esse assegnate.

Al riguardo, sembra necessario rilevare che, se per i poteri regolatori di tipo normativo appare ragionevole ammettere, come ritiene anche la giurisprudenza, che le autorità nell'esercizio dei medesimi possano adottare anche prescrizioni specifiche non espressamente previste dalla legge – purché l'attribuzione del potere regolatorio sia in sé inequivoca e purché l'autorità si attenga ai limiti contenutistici (che dovrebbero essere) fissati nella norma²⁵ –, per quanto riguarda i poteri di carattere sanzionatorio appare invece indubbio che gli stessi debbano essere intesi anche dalle autorità come tipici e pienamente soggetti al principio di tassatività (Goisis, 2018, pp. 41 ss.).

Sembra pertanto palesemente da escludere che possano essere comminate dalle autorità sanzioni per la violazione di precetti non posti esplicitamente ed inequivocabilmente 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 (Bruti Liberati, 2014), 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.

È verosimile che, in molti casi, sia l'intento in sé comprensibile 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 amministrativa e anche quella civile – che, contrariamente alla prima, appare ancora oggi incline ad un'ec-

²⁵ V. ancora Cons. Stato, VI, n. 6330/2018, cit.

cessiva deferenza verso i provvedimenti sanzionatori che rientrano nella sua giurisdizione (Bindi, 2020) – intervengano 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.

Deve d'altra parte rilevarsi che, a fronte dei problemi legati alla propensione delle autorità ad intendere in modo talora troppo radicale ed estensivo il proprio mandato, vi sono le questioni connesse alla tendenza opposta: soprattutto per le autorità di vigilanza sui mercati finanziari si è posto non di rado in questi anni il tema del loro mancato o tardivo intervento su attività o iniziative degli operatori finanziari suscettibili di determinare un pregiudizio ai risparmiatori.

Per quanto non poche delle critiche loro rivolte e delle polemiche che ne sono derivate si siano successivamente rivelate infondate, è però un fatto accertato – in sede giudiziale – che in alcuni casi una carenza di tempestività e di efficienza nell'intervento delle autorità vi è stata. E occorre quindi sottolineare che la giurisprudenza riconosce ormai inequivocabilmente la responsabilità delle stesse per i danni derivanti da omessa vigilanza²⁶.

Rientrano in una certa misura in questo stesso ambito tematico anche le questioni relative al mancato esercizio dei suoi poteri da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sia che questo si traduca nella mancata apertura di un'istruttoria sia che invece si tratti dell'archiviazione di un procedimento.

È ovvio che l'Autorità deve poter valutare in piena autonomia se nei diversi casi ricorrono o meno i presupposti per l'avvio o la prosecuzione di una procedura: ma appare del tutto apprezzabile che in tempi relativamente recenti il giudice amministrativo abbia chiaramente riconosciuto la sindacabilità di tali decisioni, che non potevano essere lasciate in uno spazio di sostanziale arbitrarietà²⁷.

L'apprezzamento per l'istituto delle amministrazioni indipendenti non può infatti andare disgiunto – come si è sottolineato anche sopra, trattando della questione della loro *accountability* – dalla previsione e attivazione di strumenti puntuali di verifica del loro operato o del loro mancato operato.

²⁶ V. al riguardo, di recente, Cass., III, 19 gennaio 2019, n. 1070; Cass., III, 5 settembre 2019, n. 22164.

²⁷ V. Cons. Stato, VI, 3 febbraio 2005, n. 280; TAR Lazio, Roma, I, 10 luglio 2017, n. 8109; TAR Lazio, Roma, I, 4 marzo 2019, n. 2803.

E se è da escludere, per ragioni evidenti, che questo compito possa essere svolto da organi governativi, sembra invece palese, anche alla luce dell'esperienza di questi anni, che un esteso e puntuale controllo giudiziale sia, insieme ad una più sostanziale ed effettiva vigilanza parlamentare, indispensabile perché il modello che si è qui analizzato possa, nella sua concreta attuazione, produrre i risultati vantaggiosi, sul piano istituzionale, che in astratto è certamente in grado di offrire.

Eugenio Bruti Liberati
Università del Piemonte Orientale
Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze politiche, economiche e sociali
Via Cavour 84
15121 Alessandria
eugenio.brutiliberati@duselex.org

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Averardi F. (2018), *Potere pubblico e politiche industriali*, Napoli, Jovene.
- Baldwin R. e Mac Crudden C. (1987), *Regulation and Public Law*, London, Weidenfield & Nicolson.
- Bernstein M.H. (1955), *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton, Princeton University Press.
- Bindi E. (2020), *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob: un'anomalia del sistema italiano*, in *Riv. della regolazione dei mercati* (in corso di pubblicazione).
- Bruti Liberati E. (2014), *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, n. 2, pp. 47 ss.
- Bruti Liberati E. (2019), *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, Giappichelli.
- Caravita B., Condinanzi M., Morrone A. e Poggi A.M. (2020), *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *Federalismi.it*.
- Cassese S. (2002), *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Mercato concorrenza regole*, pp- 265 ss.
- Gerulli Irelli V. (2012), *Dalle agenzie europee alle autorità europee di vigilanza*, in M.P. Chiti E A. Natalini (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo*, Bologna, Il Mulino, pp. 137 ss.
- Chiti E. (2004), *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, pp. 679 ss.
- Chiti E. (2010), *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, pp. 57 ss.
- Clarich M. (1999), *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, Giappichelli, pp. 9 ss.

- Clarich M. (2005), *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino.
- Clarich M. (2018), *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, n. 1, pp. 2 ss.
- Clarich M. (2020a), *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2020, n. 2 (in corso di pubblicazione).
- Clarich M. (2020b), *Corte Costituzionale tedesca, Corte di Giustizia dell'Unione Europea e Banca centrale europea, ovvero oportet ut scandala eveniant*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.* (in corso di pubblicazione).
- Elster J. (2000), *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment and Constraints*, Cambridge University Press, Cambridge, trad. it. *Ulisse liberato. Razionalità e vincoli*, Bologna, Il Mulino, 2004.
- Goisis F. (2018), *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli.
- Manetti M. (1994), *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè.
- Morbidei G. (2007), *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, pp. 703 ss.
- McCraw T.K. (1984), *Prophets of Regulation*, Cambridge, Harvard University Press.
- Merusi F. (2000), *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino.
- Ogus A. (1994), *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Clarendon Press.
- Prosser T. (1997), *Law and the Regulators*, Oxford, Clarendon Press.
- Ramajoli M. (2006), *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, pp. 80 ss.
- Ramajoli M. (2010), *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. Bruti Liberati E F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, pp. 189 ss.
- Ramajoli M. (2018), *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, n. 2, pp. 1 ss.
- Schmitt C. (1929), *L'epoca delle nazionalizzazioni e delle neutralizzazioni*, trad. it. in (a cura di) G. Miglio e P. Schiera, *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 1972, pp. 169 ss.
- Schmitt C. (1931), *Il custode della costituzione*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1981.
- Shapiro S. (1994), *Political Oversight and the Deterioration of Regulatory Policy*, in *Administrative Law Review*, pp. 37 ss.
- Sorace D. (2002), *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2, pp. 337 ss.
- Tesauro G. e De Pasquale P. (2020), *La BCE e la Corte di Giustizia sul banco degli accusati del Tribunale Costituzionale tedesco*, in *dUE*.
- Torchia L. (2016), *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, n. 2, pp. 72 ss.
- Travi A. (2016), *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alla incentivazione ad attività economiche)*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, n. 2, pp. 6 ss.
- Trimarchi Banfi F. (2016), *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli.