



19 GIUGNO 2019

Il pensiero giuridico di Giuseppe  
Morbidelli e le autorità amministrative  
indipendenti, ieri e oggi

di Fabio Cintioli

Professore ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi Internazionali di Roma (UNINT)



# Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli e le autorità amministrative indipendenti, ieri e oggi \*

**di Fabio Cintioli**

Professore ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi Internazionali di Roma (UNINT)

**Sommario:** 1. Il contributo di Giuseppe Morbidelli sulle autorità indipendenti; 2. Legittimazione costituzionale e neutralità; 3. Regolazione e principio di legalità; 4. Il regime giuridico delle autorità indipendenti come amministrazioni; 5. Le autorità indipendenti dieci anni dopo (alle soglie della grande crisi economico-finanziaria). Il consolidamento; 6. Segue. Procedimento, processo e potere sanzionatorio delle autorità. 7. L'attualità e l'amministrazione tradizionale in crisi; 8. Stabilità e potere delle autorità indipendenti, oggi; 9. Ricerca di nuove forme di legittimazione? 10. Ancora sul regime amministrativo: procedimento, processo, tipicità e garanzie.

## 1. Il contributo di Giuseppe Morbidelli sulle autorità indipendenti

Le autorità indipendenti, sul finire degli anni '90, erano tra gli istituti sui quali la dottrina del diritto pubblico più incentrava le proprie attenzioni. Giuseppe Morbidelli lo ricorda in apertura del suo scritto *“Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti?”*, che viene pubblicato nel 1997, quando Egli decide di dedicarsi ad un'analisi approfondita e sistematica di questo fenomeno <sup>1</sup>. Questo saggio ha il carattere dell'organicità, a dispetto della complessità e varietà del fenomeno preso in esame, e mira a dare, come sempre accade nella produzione del suo autore, risposte concrete a problemi altrettanto concreti. L'ampiezza di respiro di questo saggio – quasi una monografia – ha fatto sì che esso fosse destinato a diventare la cornice dei successivi scritti che Morbidelli avrebbe pubblicato su profili specifici dell'*arcipelago* (il riferimento alla nota espressione di Predieri è voluta) delle autorità indipendenti, i quali verranno ciascuno ad incastonarsi in un discorso che appare unitario. E lo scopo di questo mio scritto è anche quello di dimostrare non solo tale unitarietà e completezza di indagine, ma soprattutto la sua attualità. Penso, quindi, ai due articoli sui regolamenti di Isvap del 2006 e 2007 <sup>2</sup>, al saggio sul principio

---

\* Riceviamo e volentieri pubblichiamo. Testo riveduto e ampliato della relazione tenuta a Firenze, il 10 maggio 2019, in occasione del convegno *Costituzione e pubblica amministrazione. Un itinerario di Giuseppe Morbidelli*.

<sup>1</sup> G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, A. PREDIERI (a cura di), Firenze, 1997, pp. 145-257, nonché in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 165 e ss.

<sup>2</sup> *I regolamenti dell'ISVAP*, in *Il nuovo Codice delle Assicurazioni*, S. AMOROSINO-L. DESIDERIO (a cura di), Milano, 2006, pp. 35-59. *Il potere regolamentare di Isvap dopo il codice delle assicurazioni*, in A. PISANESCHI e L. VIOLINI (a cura di), in *Poteri, garanzie e Diritti a sessanta anni dalla Costituzione, Scritti per Giovanni Grottanelli De' Santi*, Milano, 2007, pp. 897-927

di legalità ed i poteri impliciti comparso in *Diritto amministrativo* nel 2007<sup>3</sup>, a quello sui poteri normativi delle autorità indipendenti in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* del 2010<sup>4</sup>, a quello del 2012 su regolazione e concorrenza nei mercati dell'energia in *Vita e pensiero*<sup>5</sup> e infine a quello recentissimo sulle Linee guida dell'ANAC in materia di contratti pubblici del 2016<sup>6</sup>.

Lo scritto del 1997 non manca di originalità, se lo si cala nel contesto del dibattito di allora, influenzato dalla novità delle autorità indipendenti.

In quegli anni Alberto Predieri vedeva nelle autorità indipendenti dei contropoteri titolari di una cruciale funzione di eterocorrezione del mercato e, più in generale, di garanzia nella *politeia* che cercava un equilibrio (non facile ma necessario) tra stato-società-mercato-nazione-Europa/metastato, spettando allo Stato solo la eterocompensazione con gli interventi di redistribuzione possibile dei beni economici<sup>7</sup>. Augusto Barbera considerava le autorità come Istituzioni delle libertà, intendendo riferirsi appunto alle libertà costituzionali, cosicché le autorità indipendenti, benché non menzionate nella Costituzione, proprio in essa e nei valori costituzionali avrebbero trovato la loro principale matrice e giustificazione ordinamentale, perché il loro compito sarebbe stato quello di attuare valori costituzionali nella protezione di interessi "sensibili"<sup>8</sup>. Sabino Cassese sosteneva la natura non amministrativa delle autorità, in nome di un ruolo arbitrale e squisitamente tecnico che le avrebbe allontanate sia dalla vera e propria discrezionalità amministrativa – le autorità indipendenti avrebbero dovuto solo applicare leggi e non ponderare interessi – sia dalla sfera dell'indirizzo politico; e nel dibattito chi seguiva quest'ultima posizione si spingeva persino a negare che le decisioni delle autorità (o quantomeno alcune di esse) potessero essere sottoposte ad un controllo giurisdizionale<sup>9</sup>. Giuliano Amato avvertiva l'esigenza di distinguere all'interno di un fenomeno eterogeneo e così attribuiva solo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato una funzione quasi-giurisdizionale di aggiudicazione (dall'esperienza anglosassone dell'*adjudication*), mentre definiva le autorità di regolazione "semi-indipendenti"<sup>10</sup>.

Intervenendo in questo dibattito Morbidelli preferisce sottoporre le autorità indipendenti ad una valutazione preliminare che fosse anche critica, se di necessità. E vi provvede utilizzando gli schemi

<sup>3</sup> *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, *Dir. amm.*, 2007, 703 e ss.

<sup>4</sup> *I poteri normativi delle autorità indipendenti* (profili problematici e spunti tratti dalla giurisprudenza statunitense), in *Riv. Italiana per le scienze giuridiche*, 1/2010, Napoli, 2010, pp. 85-99.

<sup>5</sup> *Regolazione e concorrenza nei mercati energetici in Italia*, in *Osservatorio sulla regolazione amministrativa*, 4, Milano, 2012, pp. 43-77.

<sup>6</sup> *Linee Guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 3, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 273-319.

<sup>7</sup> A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, in part. 120 e ss. Cfr. altresì, *Il potere della banca centrale: isola o modello?*, Firenze, 1996, in part. 232 e ss.

<sup>8</sup> A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, 1997, 90.

<sup>9</sup> In particolare, si rinvia ai contributi raccolti in *I garanti delle regole*, S. CASSESE-C. FRANCHINI, Bologna, 1996.

<sup>10</sup> G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, *Riv. trim. dir. pubbl.* 1997, 645.

tradizionali del giurista e gli strumenti propri del diritto pubblico. E' un tratto che contraddistingue tutta la sua produzione: unire tradizione e modernità, trovando nella prima il modo per accogliere la seconda nel sistema, senza accelerazioni che rischiassero di comprometterne l'armonia, ma senza negare alla seconda la sua ragion d'essere e le relative istanze progressiste.

Dato che le autorità indipendenti manifestano la loro "ragion per cui" con l'essere, appunto, sia indipendenti dal Governo e dal suo indirizzo politico sia autonome rispetto ai poteri imprenditoriali, che sono anch'essi una delle presenze dello "stato osmotico" descritto da Predieri, e con l'assommare in questo unitario modello le tre funzioni classiche dello Stato costituzionale di diritto (quella normativa, quella amministrativo/esecutiva, quella paragiurisdizionale/arbitrale)<sup>11</sup>, il primo e principale problema è quello di comprendere la loro legittimazione costituzionale.

Più avanti, guardando all'attualità, scopriremo che questo problema è tutt'altro che risolto.

## 2. Legittimazione costituzionale e neutralità

La questione della legittimazione costituzionale delle autorità indipendenti, come sappiamo, ha due volti: da un lato, si deve constatare che le autorità non sono previste in Costituzione come forma "propria" di manifestazione del potere pubblico (e non a caso costanti sono stati i tentativi di inserire una tale previsione nei molti e vani progetti di riforma costituzionale succedutisi nei decenni, nei quali, peraltro, forse mancava una analisi del perché e con quali connotati fosse opportuno prevedere le autorità in Costituzione, limitandosi il dibattito ad avvertire l'esigenza di prevederle *tout court*); dall'altro lato, si sottolinea la distanza dell'autorità indipendente dal modello descritto dall'art. 95 Cost., perché le amministrazioni si raccordano naturalmente all'indirizzo politico del Governo e figure come le autorità, appunto nemmeno ascrivibili con puntualità alla valvola dell'art. 5 Cost. secondo Morbidelli, invece sfuggono a questo legame e alterano il canone essenziale della responsabilità ministeriale e di riflesso anche il rapporto Governo-Parlamento tipico del regime parlamentare.

E' importante rimarcare ancor oggi questo aspetto, perché è probabilmente il modo più efficace, se non l'unico, per ricondurre a categoria unitaria enti che hanno compiti molti diversi e che hanno avuto anche "fortune" diverse nel corso degli anni. Ad esempio, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) è istituzione che si distingue, quale vigilante *ex post*, dai regolatori *ex ante* dei mercati "semi-indipendenti" (AGCOM, ARERA già AEEGSI, CONSOB, ART)<sup>12</sup>. Quanto alle fortune, se per un lungo periodo il Garante della *privacy* (Garante per la protezione dei dati personali) sembrava aver acquisito una

---

<sup>11</sup> E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti e le prospettive di una loro riforma*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno 13, Torino 2003, 73 e ss.

<sup>12</sup> AMATO op. cit.

certa centralità nel dibattito e nelle relazioni socio-economiche quotidiane, successivamente esso è stato un po' meno presente; parallelamente, mentre per molti anni l'AVCP (Autorità di vigilanza sui contratti pubblici) era talvolta apparsa quasi un duplicato della funzione consultiva svolta dal giudice amministrativo e contabile e della sua "regolazione giurisprudenziale" degli appalti pubblici ed era stata considerata nel dibattito talora come una autorità non necessaria, l'avvento dell'ANAC e della filosofia di prevenzione amministrativa della corruzione, col d.l. n. 90 del 2014, ha dato alla stessa istituzione una stagione di rinnovata vitalità nell'ordinamento ed una più forte proiezione sui rapporti giuridici concreti. E ancora, l'Autorità di regolazione dei Trasporti (ART), se in una prima fase sembrava trovare una qualche difficoltà a definire il suo ruolo, nella fase più recente ha affinato i suoi strumenti di intervento, nel settore ferroviario come in quello aeroportuale.

Rispetto a queste diversità, il problema introduttivo, quello di tono costituzionale è, dunque, un elemento unificante la categoria.

Le autorità indipendenti sono manifestazione di una deroga al principio democratico e sono, nel contempo, affermazione del principio tecnocratico. Gli anni '90, del resto, sono stati influenzati da una netta propensione verso influenze tecnocratiche: la crisi dei partiti tradizionali e la crescita di un sentimento di antipolitica, insieme alla costruzione di un modello di integrazione europea più avanzato, avevano non soltanto favorito il modello dell'amministrazione indipendente, ma anche più in generale sospinto un'idea di amministrazione tecnica e meno politica<sup>13</sup>. Questa preferenza per una tecnica depoliticizzata è dimostrata sia dall'avvento del sistema dello *spoils system* unito alla separazione tra indirizzo politico e gestione dirigenziale, sia dalle influenze del *New Public Management*, che durante le c.d. riforme Bassanini aveva puntato ad una caratterizzazione in senso manageriale della dirigenza pubblica, da assimilare quanto a *status* e regime giuridico a quella privata e come quest'ultima legata da vincoli personali e fiduciari alla politica, considerata come titolare del vero "rischio di impresa"<sup>14</sup>. Va ricordata anche la parallela avanzata delle "Agenzie" e soprattutto la diffusione (divenuta costante dagli anni '90 ad oggi) di sistemi di "ingegneria normativo-procedimentale" (Dia, silenzio assenso, conferenza di servizi etc.) i quali avrebbero dovuto aiutare a rendere l'amministrazione più efficiente e rapida ma anche "tecnica" e pronta attuatrice di decisioni separate dall'indirizzo politico. Questi congegni infatti operano (o dovrebbero operare) in termini di automatismo decisorio e cercano passaggi semplificatori meccanici

---

<sup>13</sup> Cfr. G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, 1996, 501 e ss., sottolinea come in quegli anni, dominati dalle vicende della crisi della c.d. prima Repubblica, si avvertiva forte l'esigenza di rompere il nesso troppo stretto tra politica e amministrazione e proprio la competenza tecnico-gestionale, sin dal Rapporto-Giannini, era considerata come una possibile soluzione al problema.

<sup>14</sup> Per un'analisi riepilogativa di queste esperienze e per alcuni spunti critici cfr. E.N. FRAGALE, *La distinzione tra politica e amministrazione: un modello da perfezionare?*, *Dir. pubbl.*, 2018, 827 e ss.

e sostitutivi della volontà amministrativa (si pensi a come la conferenza di servizi decisoria dovrebbe riuscire, secondo questi *desiderata*, a ricondurre il pluralismo istituzionale ad unità) e presuppongono perciò, nei fatti, che la valutazione politica sia qualcosa che rimane distante dalla decisione amministrativa. Nel saggio del 1997, Morbidelli tiene alla base del discorso il problema del coordinamento del *favor* per le autorità indipendenti con l'art. 95 Cost. e parla di una difficile compatibilità delle stesse autorità con la Costituzione, incentrando così il problema su un profilo (che riprenderemo avanti): la carenza di legittimazione costituzionale del modello. E soprattutto l'autore respinge l'idea che il tratto che possa accomunarle e conferir loro una legittimazione alternativa sia la c.d. neutralità. Che le autorità indipendenti siano tecniche è un conto, perché trattano sovente materie contraddistinte da alta complessità tecnico-specialistica; che però siano anche neutrali, nel senso che non siano titolari di un interesse pubblico proprio e che non facciano nessuna ponderazione di interessi limitandosi ad applicare la legge o che addirittura siano neutrali e indifferenti alla materia trattata quasi fossero enti muniti di indipendenza costituzionalmente garantita (al pari di Presidente della Repubblica, Consiglio di Stato in sede consultiva, Corte dei conti in sede di riscontro, Pubblico ministero) è escluso dall'autore, non soltanto perché manca una previsione costituzionale al riguardo, ma anche perché non si individua un contenuto istituzionale preciso di cosa tale neutralità sia. Morbidelli avverte il rischio di legittimare un governo dei tecnici, con il che avremmo un'inammissibile prevalenza del principio tecnocratico su quello democratico e ricorda l'obiezione schmittiana alla tesi della neutralità (sollevata a proposito delle banche centrali), secondo la quale dietro l'apparente approccio neutrale si cela sempre la soluzione di un conflitto di interessi e dunque un contenuto politico.

Nel caso delle autorità vi sarebbe appunto un conflitto di interessi da risolvere, tra un interesse pubblico principale alla cui tutela l'autorità indipendente è preposta e gli altri interessi, di solito (ma non esclusivamente) privati. Un passaggio molto importante, anche per quel che si dirà più avanti, è quello in cui Morbidelli ricorda che una delle ragioni istitutive delle autorità indipendenti è il provvedere alla protezione delle parti deboli nei loro rapporti con i poteri forti (grandi società quotate, monopoli, imprese assicuratrici, gestori di servizi pubblici, banche etc.) e che nondimeno anche su questo tipo di conflitti è indispensabile assicurare equilibrio e contrappesi e in modo particolare munire il sistema di adeguato controllo giurisdizionale sulle scelte fatte dalle autorità.

Si riconosce la connotazione tecnica delle competenze e dei presupposti dell'intervento delle autorità, ma si nega un'autentica neutralità.

Si snoda così il seguente ragionamento di fondo: essendo le autorità una deroga al principio democratico, sono espressione di tecnocrazia, ma nel contempo sono anche soggetto politico perché risolvono conflitti

di interesse e perciò esprimono un potere pubblico che va in ogni caso inserito, “incastonato” nel sistema democratico della Repubblica parlamentare e limitato con congrui contrappesi.

### 3. Regolazione e principio di legalità

Il problema di compatibilità con la Costituzione registra una seconda e più specifica declinazione nel settore della c.d. regolazione e nella categoria dei regolamenti delle autorità indipendenti.

Avendo riconosciuto al principio di legalità in quanto tale (e quindi oltre la dimensione della riserva di legge) valore costituzionale, Morbidelli pone l'accento e guarda con preoccupazione al carattere generale, se non generico, della legge che fonda il potere delle autorità, perché *“il fatto che le autorità indipendenti si collochino in un'area di soggezione esclusiva della legge deve valere non solo in negativo, nel senso che non vi devono essere condizionamenti e indirizzi da parte dell'esecutivo, ma anche in positivo, nel senso che la legge deve dettare i criteri direttivi entro cui l'attività delle autorità indipendenti va a spiegarsi?”*. Il problema riguarda perciò anche il legislatore, il quale deve preoccuparsi di enunciare limiti e criteri per quanto possibile; guardando al passato (e soprattutto a Federico Cammeo) l'autore ricorda che *“il problema della discrezionalità dei regolamenti e dello spazio libero (per i regolamenti) fu dibattutissimo in passato perché non aveva dietro una copiosissima e pervasiva legislazione primaria come è adesso: è chiaro però che se tale legislazione si contrae o è genericissima, come nel caso in esame, riemergono tutti i vecchi problemi sui limiti del potere normativo dell'esecutivo e sul carattere discrezionale delle decisioni adottate in tale sede”*.

Questo argomento sarà poi sviscerato nei saggi successivi, specialmente dieci anni dopo, a proposito dei poteri impliciti.

Registrando anche il diritto vivente giurisprudenziale, Morbidelli osserverà che il limite al potere regolamentare delle autorità esiste e va ricercato dall'interprete ed esso, pur nella contrazione del disposto di legge, deriva soprattutto dall'insieme dei principi generali che riguardano i poteri amministrativi e dai sottoprincipi di portata tecnica, anche di derivazione europea, che caratterizzano il settore interessato dalla regolazione. Analizzando la delicatissima questione dei poteri impliciti, pur ammettendone un potenziale sviluppo a proposito delle autorità indipendenti, Morbidelli ne limiterà così la dimensione: traendo spunto dall'esperienza statunitense sui rapporti tra Congresso e Corte suprema, è essenziale che nel rapporto tra “fine” (l'obiettivo assegnato all'autorità) e “mezzo” (il potere implicito) vi sia una relazione stretta e soprattutto una connessione che, dimostrando la sostanziale ricomprensione necessaria del mezzo nel fine, sia preventivamente dimostrata dalle autorità nel procedimento e con una congrua motivazione; motivazione non a caso nel frattempo era prescritta in Italia per molte delle autorità munite di potere regolatorio dalla legge n. 262 del 2005 (art. 23).

Se entro questi limiti poteri impliciti di tipo regolatorio (o regolamentare, se si preferisce) sono ammissibili, viceversa non sono mai ammessi poteri impliciti di tipo provvedimentale, perché mentre nel caso dei regolamenti il criterio finalistico che sta alla base della teoria degli *implied powers* serve a individuare i limiti esterni di una competenza che è prevista nella legge, nel caso dei provvedimenti non sarebbero più in gioco solo questi limiti, ma la stessa esistenza della competenza ad esercitare uno specifico potere. E come sempre l'autore ha proposto altrettanti esempi ed enumerato i casi concreti in cui il problema si era proposto, richiamando tra gli altri gli effetti particolarmente ampi riconosciuti da AGCM alle proprie diffide a non reiterare gli illeciti commessi o la dinamica degli impegni applicabili nel procedimento *antitrust* ai sensi dell'art. 14 *ter* della l. n. 287 del 1990.

#### **4. Il regime giuridico delle autorità indipendenti come amministrazioni**

Nel passaggio dai problemi di livello costituzionale (il distacco dall'art. 95 Cost. e la tensione del principio di legalità) alle proposte ricostruttive si coglie nitidamente il collegamento tra il costituzionalista e l'amministrativista.

E' l'inquadramento delle autorità come "amministrative" che consente all'analisi giuridica di procedere oltre il problema di costituzionalità.

Anzitutto le autorità sono presenti nell'ordinamento ed operano attivamente, sicché, dice l'autore, "*partiamo ... proprio dal presupposto della loro presenza e anzi del loro propagarsi*": si tratta di definirne il regime e di farlo muovendo da un dato inquadramento, anche perché esse costituiscono un *quid* eterogeneo e destinato a sottoclassificazioni ulteriori.

Le autorità indipendenti sono amministrazioni perché la classificazione di Laband porta a questo risultato con il noto criterio di residualità: è amministrazione tutto quel che non possiamo ascrivere alla giurisdizione o alle Camere. Ma non solo per questo. Le autorità non sono neutrali così come un giudice, come si è detto. Sono enti "politico-amministrativi" e risolvono conflitti e quindi sono titolari di un potere amministrativo, perché solo i giudici sono sottoposti esclusivamente alla legge secondo l'art. 101 Cost. Non attuano semplicemente la legge e sono viceversa titolari di discrezionalità. La loro discrezionalità potrà avere tratti affini al livello politico talora, potrà essere molto vicina alla giurisdizione nel caso delle ADR (*Alternative Dispute Resolution*) arbitrali, ma sovente sarà anche una vera e propria discrezionalità amministrativa, e si fanno altrettanti esempi concreti, come quelli delle autorizzazioni in deroga delle intese restrittive della concorrenza, delle autorizzazioni delle concentrazioni tra imprese o delle autorizzazioni all'esercizio dell'attività bancaria.

Attrarre le autorità nell'ambito dell'amministrazione e del regime amministrativo ha una funzione precisa. Mentre le leggi che ne fondano e disciplinano i poteri sono "a maglia larga", secondo alcuni vere e proprie

“deleghe in bianco”<sup>15</sup>, il diritto amministrativo è composto soprattutto da principi e sottoprincipi che non sono codificati e che quindi si adattano ad intervenire e modellare il fenomeno giuridico che si vuol disciplinare. La dialettica autorità-libertà potrà forse presentare nel caso delle autorità indipendenti dei tratti particolari, ma manterrà sempre la sua originaria dinamica e la sua asimmetria assiologica, sicché il regime giuridico proprio dell’amministrazione e dei poteri amministrativi sarà quello più adatto a risolvere i problemi. L’insieme di principi e di regole proprie dell’azione amministrativa sono utilizzabili per disciplinare in maniera elastica e secondo il canone di ragionevolezza l’azione delle autorità. Essi andranno a colmare le lacune, a restringere l’apparente illimitatezza di questi poteri e coordinarli sul piano della legalità. Si modelleranno secondo le esigenze, in una con le moderne applicazioni del principio di proporzionalità, divenuto centrale soprattutto per via dell’ordinamento comunitario. E proprio l’applicazione di tali principi, e soprattutto quelli desunti dalla legge generale sul procedimento, l. n. 241 del 1990, consentirà di completare con un sistema ad incastro la disciplina dell’azione procedimentalizzata delle autorità, offrendosi anche come parametro per il controllo giurisdizionale. Così come nel frattempo anche Predieri precisava che il sindacato giurisdizionale sulle autorità fosse irrinunciabile per esplicito presidio costituzionale<sup>16</sup>, Morbidelli giudica essenziale il sindacato ed anzi formula una proposta di istituzione di un giudizio in unico grado davanti al Consiglio di Stato, concedendo questo adattamento processuale alla specialità del fenomeno (alla quale l’autore è, come si vede, tutt’altro che indifferente). L’inquadramento delle autorità indipendenti come autorità amministrative, come si è già detto, ha reso possibile un’esposizione analitica e tendenzialmente completa di un regime generale di questo fenomeno (Morbidelli tratta, ad esempio, anche della sottoposizione delle autorità all’annullamento governativo, alle normative di contabilità, alla *prorogatio*, etc.) ed ha visto una continuità con gli scritti successivi. Ad esempio, oltre a quelli sul potere regolamentare delle autorità possiamo citare quello in cui Morbidelli affronta, solo pochi anni orsono, il nuovo istituto delle Linee guida non vincolanti di ANAC. Anche in tal caso lo studioso ha buon gioco a recuperare l’armamentario del diritto amministrativo. Le Linee guida, benché non vincolanti, sono atti amministrativi e producono effetti giuridici. Si supera così l’ambiguità della c.d. *soft law*, categoria preferibilmente da lasciare al diritto internazionale, e si descrive un loro possibile “effetto esistenziale” che va anche al di là della ben nota giurisprudenza sulle circolari amministrative e si conferma la loro impugnabilità. Classificando le Linee guida di ANAC come atti amministrativi, si risolvono in un sol colpo i problemi di legittimazione costituzionale dell’istituzione ad emanarli – subito sollevati in dottrina –, quelli legati al sindacato giurisdizionale, indiscutibilmente

<sup>15</sup> P. CARETTI, *Introduzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2003-2004, *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2002, XV.

<sup>16</sup> PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti* cit., 85 e ss.

ammissibile, e persino quelli riguardanti l'utilità di questo strumento, che l'autore vede possibile solo in chiave di ausilio propositivo verso le stazioni appaltanti e non certo in chiave repressiva.

Nello scritto del 1997 ritroviamo una serie di anticipazioni di quel che sarebbe poi accaduto.

L'applicazione della legge n. 241 del 1990, lì dove possibile e per colmare spazi e lacune, e in funzione non solo suppletiva ma anche additiva, è stata riconosciuta molte volte dalla giurisprudenza e dalle stesse autorità, le quali vi si sono spontaneamente adeguate, vuoi con i loro regolamenti disciplinanti il proprio procedimento vuoi con la diretta applicazione all'attività amministrativa.

E' stata confermata dalla giurisprudenza l'attribuzione agli atti di nomina dei componenti le autorità, anche quelli di provenienza parlamentare, del carattere di atto amministrativo, sia pure espressivo di alta discrezionalità, e non di atto politico, in una con l'affermazione del sindacato giurisdizionale<sup>17</sup>.

E' stata fatta applicazione ai collegi delle autorità indipendenti delle regole sul funzionamento degli organi amministrativi collegiali.

Il riconoscimento delle regole di buona fede e di tutela dell'affidamento sono stati considerati tra i parametri per la valutazione dell'azione delle autorità indipendenti<sup>18</sup>.

E' stata condivisa la compatibilità col carattere di indipendenza delle autorità della pubblicazione di un decreto legge ed *a fortiori* di una legge che venissero ad incidere sulla composizione e struttura dell'autorità (come accaduto nel 2014 con il d.l. n. 90 a proposito della trasformazione dell'originaria AVCP in ANAC e con la nomina di nuovi componenti e decadenza dei precedenti).

La previsione che vi sarebbero stati anche dei possibili conflitti di competenza tra le numerose autorità e il bisogno di trovare una sede per la loro compensazione ha trovato puntuale riscontro nei conflitti verificatisi a proposito della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette tra AGCM e le autorità di regolazione dei vari settori<sup>19</sup>.

Infine, va sottolineato l'esplicito riconoscimento da parte della Corte costituzionale (sent. n. 13 del 2019) che AGCM (ossia l'autorità indipendente che forse esemplifica al meglio l'intera categoria) esercita nella repressione degli illeciti *antitrust* una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la

---

<sup>17</sup> Si pensi alla procedimentalizzazione, di recente posta in essere nel corso del 2018 dai Presidenti di Senato e Camera dei deputati, per la nomina del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Vedi anche TAR Lazio, sez. I, 5 marzo 2012, n. 2223.

<sup>18</sup> In questo senso ad es., TAR Lombardia, Milano, sez. III, 11 marzo 2010, n. 573. Riconosce la rilevanza del principio, pur giungendo a conclusioni diverse, anche TAR Lazio, I, 30 marzo 2017, n. 4101. Da ultimo e più in generale sul principio di affidamento cfr. A TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, *Dir. pubbl.* 2018, 121 e ss., il quale pone in rilievo, non casualmente, che nel diritto amministrativo il principio di tutela dell'affidamento si è invero soprattutto nella dimensione della tutela procedimentale nei confronti del potere pubblico.

<sup>19</sup> Cons. Stato, Ad. plen., nn. 11-16 del 2012; Id., nn. 3-4 del 2016. V. altresì, Corte di giustizia UE sezione II, 13 settembre 2018, cause C-54/17 e C-55/17, cui è giunta la questione italiana della sovrapposizione tra autorità indipendenti.

ponderazione dell'interesse primario alla tutela della concorrenza con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. In questo modo la tesi che attribuiva alle autorità indipendenti anche una discrezionalità ha visto il più autorevole riconoscimento a livello costituzionale.

## **5. Le autorità indipendenti dieci anni dopo (alle soglie della grande crisi economico-finanziaria).**

### **Il consolidamento.**

E' interessante adesso staccarsi dagli anni '90, fare un passo avanti e guardare alle autorità indipendenti così come si andavano presentando alle soglie della grande crisi del 2008.

Questo serve sia per constatare in qual modo il fenomeno si fosse andato consolidando sino ad allora, sia per rilevare, subito dopo, come esso abbia registrato e stia registrando una ulteriore evoluzione ai giorni nostri, per tali intendendo appunto quelli che, dal 2008 in avanti, hanno visto le profonde tensioni che animano la quotidianità: la crisi finanziaria e fiscale che ha colpito un'economia sempre più finanziaria e sempre più globale; la crescita delle diseguaglianze; la crisi, dovuta soprattutto al *web*, di ogni fenomeno di intermediazione sociale ed economica (incluso quella democratica e politica rappresentata a lungo dai partiti di massa e dalle istituzioni rappresentative, con l'affermazione della c.d. *fast democracy*, che pone in relazione diretta *leader* politico ed elettori); la crescita di nuovi e incontrollabili poteri di mercato nel *web*. Infine, affacciandoci sulla modernità, potremo constatare l'attualità del pensiero giuridico di Morbidelli. Il quadro del 2008 appare decisamente più stabile di quanto non fosse per gli esordi delle autorità.

Nonostante non si fosse riusciti ad inserire nella Costituzione una norma che desse fondamento all'istituto delle autorità indipendenti, la questione della loro incerta legittimazione costituzionale e della distanza (se non dell'incompatibilità) con l'art. 95 Cost., sembrava in qualche misura posta in secondo piano nel dibattito, se non del tutto superata. Il consolidamento delle autorità sembrava cosa fatta e la loro vita istituzionale si mostrava concreta ed efficace.

La loro legittimazione si basava sulla tecnica della materia trattata e sugli interessi sensibili oggetto di protezione.

Non sono mancati i dubbi sulla efficienza dei criteri di nomina né, come tutti sanno, alcune polemiche sulla effettiva qualità di alcune nomine o sulla reale distanza e indipendenza delle autorità dalla politica. Nei fatti, l'indipendenza non poteva equivalere ad una separazione assoluta e incontaminata dall'indirizzo politico o quantomeno dai concreti problemi di interesse pubblico che a vario titolo interagivano con l'interesse primario assunto dall'autorità indipendente. Proprio perché enti comunque "politici" anch'essi (nel senso già precisato), nei fatti le autorità hanno dovuto assumere decisioni che hanno inciso su altri e molti interessi pubblici. Sicché il raccordo con la politica non può che esservi stato, in forme variabili, secondo quelle che, disponendo di più dati, potrebbero forse essere considerate delle prassi o convenzioni

istituzionali. I contatti con la politica sono stati verosimilmente talvolta di tipo carsico e questo potrebbe fors'anche denunciare un *deficit* di trasparenza e farci rimpiangere l'assenza di meglio collaudati e formali raccordi, ma nei casi di interferenza tra interesse tutelato dall'autorità ed altri interessi pubblici sembra verosimile (e ragionevole) che un qualche raccordo con l'indirizzo governativo si sia comunque avuto. Nondimeno, è possibile dire che le autorità hanno conservato il carattere di indipendenza e che la tecnica ha continuato a contraddistinguerle.

La "tecnicità" delle materie su cui sono intervenute è stata per altro verso confermata dall'evoluzione dell'ordinamento dell'UE, sia sul piano dei contenuti, sia sul piano organizzativo, nelle forme dei *network* di autorità indipendenti dei vari Stati membri coordinate dalla Commissione. Le autorità, così, hanno imparato a interpretare la loro posizione di indipendenza in una duplice direzione: da un lato, quella nazionale, col nesso istituzionale col Parlamento e la valutazione (soltanto essa) delle strade prese via via dall'indirizzo politico governativo; dall'altro lato, la matrice europea e quindi il riferimento alla Commissione ed alle politiche del *network*.

Sicché la tecnica certamente è stata una delle matrici di queste istituzioni nella stagione del consolidamento. Ma non la neutralità. In dottrina nel corso del decennio trascorso tra il saggio di Morbidelli e il 2008 si sono sovrapposte le voci che esplicitamente hanno parlato di caduta del mito della neutralità. Inoltre altre voci hanno sottolineato che, anche a voler prescindere dall'adattabilità della nozione tradizionale di discrezionalità, è indubbio che il carattere di opinabilità che accompagna le decisioni delle autorità fosse espressione di un potere pubblico vero e proprio, appartenente al medesimo *genus* del potere amministrativo<sup>20</sup>. Non è sembrato quindi più possibile sostenere che le autorità non possedessero la *suavis* di un interesse pubblico e che fossero per questo neutrali e diverse dalle altre amministrazioni titolari di un interesse pubblico primario e proprio, né che il loro compito fosse soltanto quello di applicare la legge alle concrete vicende di vita, senza l'intermediazione di alcun potere amministrativo. E' sintomatico ad esempio il fatto che, quando pure in dottrina è stata ripresa autorevolmente la tesi secondo la quale alcune autorità indipendenti – AGCM nella specie – avrebbero solo il compito di applicare norme al caso concreto senza una vera e propria intermediazione discrezionale e quindi incidendo su diritti soggettivi e non interessi legittimi, lo si è fatto allo scopo di

---

<sup>20</sup> A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 250, parla esplicitamente di "tramonto del mito della neutralità". Per una acuta ricostruzione che dimostra la titolarità di un potere pubblico in capo ad AGCM, A. ROMANO TASSONE, *Situazioni soggettive delle amministrazioni indipendenti*, in *Annuario 2002*, Milano, 2003, 305 e ss., in part. 322; ed anche in *Dir. amm.*, 2002, 459 e ss. Ancora, F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e Autorità indipendenti*, *Annuario AIPDA 2002*, cit. 178-180, il quale, pur ritenendo le situazioni soggettive sulle quali incidono gli atti delle autorità indipendenti altrettanti diritti soggettivi derivanti da libertà fondamentali a contenuto economico, nondimeno conferma che la tecnica di tutela debba seguire la strada del controllo sulla ragionevolezza e proporzionalità del potere pubblico.

assicurare un vaglio giurisdizionale più intenso di quello esercitato dal giudice amministrativo sui poteri discrezionali della p.a.; insomma è stata la sottolineatura di un tassello finalizzata ad emancipare il controllo giurisdizionale dai tratti del sindacato sul potere discrezionale al fine di provvedere ad un sindacato sul rapporto di tipo sostitutivo e quindi “pieno”<sup>21</sup>. Quindi, un percorso che, alla fine, si congiunge a quello di Morbidelli, in quanto sottolinea l’importanza dei contrappesi al potere delle autorità. Non si vede – solo per fare alcuni tra i tanti esempi possibili – come si possa insistere sulla neutralità e negare un tratto di “politicità” nelle decisioni: sulla *par condicio* in campagna elettorale, o sul c.d. conflitto di interessi, o sulla fissazione di livelli tariffari, o sulle modalità di fissazione dei costi di accesso ad una rete, o sulla diretta o indiretta conformazione del mercato dell’energia, del gas, delle comunicazioni quale conseguenza del divieto di un certo contegno dell’operatore dominante, o sulla possibilità per un Comune di adottare una certa forma di gestione dei propri servizi sociali, o sulla fissazione del costo del pedaggio alla rete ferroviaria di alta velocità, o sul modo in cui un consorzio obbligatorio istituito per finalità ambientali debba coniugare tutela dell’ambiente e concorrenza, o sul modo in cui debba funzionare il circuito delle carte di credito internazionali, o sui limiti ai poteri disciplinari degli ordini professionali, o sulla configurabilità di un cartello vietato (solo “per oggetto”) anche in costanza di pratiche che non abbiano prodotto effetti negativi sul funzionamento del mercato. Gli interessi pubblici sono indissolubilmente commisti alla concorrenza ed al mercato. Pertanto, chi è chiamato a vigilare sulle regole *antitrust* od a regolare il mercato in senso pro-concorrenziale non può fare a meno di incrociare l’interesse alla salute, alla tutela ambientale, alla salvaguardia dei livelli occupazionali, alla continuità del servizio pubblico, alla difesa degli interessi dei risparmiatori ed azionisti e così dicendo.

Accanto alla tecnica, la scelta verso il mercato libero e soltanto “regolato” dalle autorità si manifestava come il secondo requisito fondante la categoria. Pur se alcune autorità, come ad esempio il Garante della *privacy*, avevano una funzione differente e calibrata sulla protezione di alcuni interessi sensibili, nel complesso l’idea che le politiche di liberalizzazione e il passaggio alla regolazione condizionale fosse la ragion d’essere delle autorità si è tradotta in una vera e propria linea unificante dell’istituto e complemento della loro “indipendenza”. Questa linea è stata l’elemento di attrazione di principi e regole e il formante del regime del mercato: si pensi, ad esempio, alla dottrina dell’*essential facility*, ai suoi riflessi anche regolatori e ai diritti di accesso e interconnessione alle “reti”, alla separazione soggettiva tra gestione ed utilizzo della rete, al c.d. *unbundling*, al divieto dei sussidi incrociati ed ai pericoli di espansione della dominanza originante da una concessione amministrativa e dai corrispondenti diritti di esclusiva. In questa direzione ha avuto un ruolo centrale, come sappiamo, l’ordinamento UE, che ha continuato a dettare discipline di

---

<sup>21</sup> F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, *Dir. amm.*, 2008, 257 e ss.

settore imperniato sul modello del mercato libero ma regolato e preferibilmente regolato da un'autorità indipendente dall'indirizzo governativo e raccordata in qualche misura alla Commissione o comunque ad un centro di visione d'insieme collocato a livello comunitario. Anche questo tratto ha corroborato la legittimazione costituzionale delle autorità, che si vedeva possibile trovare, come scritto da Merusi, “*negli interstizi delle norme comunitarie*”<sup>22</sup>.

Il rapporto con l'ordinamento dell'UE, in qualche misura, ha così sopperito all'irrisolto problema del raccordo istituzionale interno all'ordinamento italiano.

Non si dimentichi che le riforme che volevano includere le autorità nel disegno costituzionale non avevano avuto sbocco e che, per altro verso, erano rimaste sostanzialmente inascoltate le voci dottrinali che raccomandavano un raccordo non solo *ascendente* tra Parlamento e autorità indipendenti, basato sui contributi che le analisi e le decisioni di queste ultime avrebbero potuto dare al legislatore, ma anche *discendente*, basato su indagini conoscitive parlamentari, audizioni e analisi dell'operato delle autorità, sempre da svolgere in sede parlamentare<sup>23</sup>. Questo tipo di collegamento avrebbe indubbiamente meglio inserito nel circuito costituzionale l'operato delle autorità, coniugando la loro innegabile specialità col bisogno di alimentare il sistema di pesi e contrappesi e riportare la loro innegabile politicità più vicino alla sede parlamentare. Ed avrebbe anche potuto suggerire, sulla falsariga dell'esperienza statunitense, dei contenuti nuovi per le attività del Senato della Repubblica in una prospettiva riformatrice del bicameralismo. Non essendo stata colta questa opportunità, e al di là di eventuali prassi di raccordo più o meno trasparente con Parlamento e con l'indirizzo governativo cui si è già fatto cenno, il recupero della legittimazione istituzionale delle autorità è stato perlopiù affidato alle sedi istituzionali europee.

Non si tratta qui di esaminare *funditus* la questione né di formulare giudizi sul se questa linea di tendenza fosse o meno quella da preferire, ma solo constatare che anche su questo piano il problema originario della deroga all'art. 95 Cost. fosse stato nei fatti in buona parte affrontato, o se si preferisce accantonato. Del resto, per dirla con Predieri, è proprio lo stato *osmotico* e la complessità dei rapporti tra meta-stato europeo e stato nazionale che hanno potuto far sì che le autorità recuperassero nel primo la carenza di legittimazione che non riuscivano a trovare nel secondo.

## **6. Segue. Procedimento, processo e potere sanzionatorio delle autorità.**

Il secondo punto fermo che possiamo trarre dall'assetto del 2008/2010 è che le autorità erano e sono rimaste indiscutibilmente delle amministrazioni. Amministrazioni che applicano la legge sul

---

<sup>22</sup> F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002, 97.

<sup>23</sup> Sui rapporti tra autorità indipendenti e Parlamento, di tipo ascendente e discendente, cfr. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994.

procedimento o regole alternative che ne rispecchiano i principi, come quando, ad esempio, le autorità di regolazione hanno adattato il procedimento di tipo bilaterale disegnato nella legge n. 241 del 1990 e invero le relative esigenze di trasparenza, pubblicità e partecipazione in un procedimento per *notice and comment* proprio della regolazione. Tale procedimento è aperto ad una partecipazione ampia e adatto alle esigenze del caso ed è imperniato sul percorso che si snoda tra previa pubblicazione della bozza di regolamento, procedura di consultazione e decisione finale motivata.

Le autorità indipendenti sono rimaste amministrazioni anche perché sottoposte al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo. Quello del sindacato giurisdizionale è capitolo molto ampio e che qui non si tratterà. Basterà riportare due considerazioni di massima: la prima, che conferma nel giudice amministrativo l'autorità giurisdizionale più idonea ad esercitare un sindacato di legittimità su una manifestazione di potere amministrativo come quella delle autorità e la seconda, che giudica, nel complesso, un tale controllo adeguato ai parametri di effettività stilati sia dalla Costituzione repubblicana sia dall'ordinamento dell'UE.

La raggiunta classificazione delle autorità indipendenti come amministrazioni ha però, nel complesso, un significato ancor più importante.

Così come Morbidelli aveva previsto, il procedimento e il processo sono divenuti i due cardini della legittimazione istituzionale delle autorità: veri e propri contrappesi del loro potere e garanti della indipendenza.

La procedimentalizzazione assolve ad un ruolo fondamentale per delineare la stessa natura del potere esercitato. Nel caso delle autorità di regolazione, il procedimento assicura trasparenza, coinvolge i c.d. *stakeholders* (imprese interessate, associazioni di consumatori, addetti al settore), prelude alla motivazione – che abbiamo visto essere così importante a proposito dello scottante terreno dei poteri impliciti – e rende visibili i principi e sottoprincipi così come le regole tecniche che guidano la scelta dell'autorità e che riducono lo spazio apparentemente libero assegnato all'autorità dalla legge che ha fondato il potere di regolazione. Nel caso dei provvedimenti, che spesso sono di tipo sanzionatorio, il procedimento accentua lo spessore del contraddittorio bilaterale ed unisce ad un'esigenza di specificazione dei concetti indeterminati previsti nelle norme ai fini dell'applicazione al caso concreto un'essenziale e duplice funzione difensiva. E la funzione difensiva ha due volti: in primo luogo, da intendere come difesa davanti all'autorità, possibilmente in un meccanismo dialettico privati-uffici-collegio decidente; in secondo luogo da intendere come deduzione dei fatti e degli argomenti e spinta all'emersione del percorso decisorio dell'autorità, al fine di corroborare la fase successiva della difesa processuale davanti al giudice, sfrondando da eccessiva complessità tecnica la questione che poi animerà la singola controversia.

A questo riguardo va sottolineato un aspetto.

Abbiamo visto che molte delle analisi fatte al tempo in cui le autorità iniziavano ad operare tendevano soprattutto ad identificare nei loro compiti, accanto alla funzione di regolazione, una funzione di tipo arbitrale, o quasi-giurisdizionale o di c.d. aggiudicazione e quindi, ad esempio, ad assorbire entro un tale potere anche le sanzioni irrogate da AGCM nei casi di intese restrittive della concorrenza o di abuso di posizione dominante. Questo perché il tratto caratteristico di queste funzioni sarebbe stato comunque la soluzione di un conflitto tra parti diverse e/o perché l'autorità avrebbe comunque solo applicato direttamente una norma di legge al caso concreto, al pari di un giudice, senza utilizzare un vero e proprio potere amministrativo. L'evoluzione del sistema, la giurisprudenza, la dottrina e soprattutto la prassi hanno però spinto in una direzione diversa. Forse anche a causa dell'incapacità di affrontare il problema a livello costituzionale, forse a causa del mancato coordinamento tra autorità e Parlamento, forse a causa dell'ampiezza delle norme da applicare e della necessaria intermediazione di una contestualizzazione così ricca di implicazioni, forse, più semplicemente, per la difficoltà di adattarsi a un modello nuovo, nei fatti le autorità hanno agito da amministrazioni titolari di una funzione pubblica. La natura giuridica che contraddistingue questa funzione amministrativa sembra quella sanzionatoria: una funzione sanzionatoria che nel caso di AGCM, ma non soltanto in esso, non partecipa solo della natura pecuniaria, ma si proietta verso una funzione ripristinatoria caratterizzandosi per un relevantissimo effetto conformativo<sup>24</sup>. Si pensi a questo proposito a come attraverso la c.d. diffida AGCM imponga alle imprese determinati comportamenti, giungendo in molti casi persino a modificare, con altrettante prescrizioni di sostanziale portata regolatoria, i caratteri di un dato mercato.

Questi dati beninteso non sono smentiti dalla giurisprudenza della Corte EDU, che ha equiparato i procedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti (in particolare, per AGCM e per CONSOB, ma la cosa si espande anche alle altre autorità) ad altrettanti procedimenti penali ed i relativi illeciti amministrativi ad altrettanti reati, esigendo per i primi e per i secondi le garanzie che valgono per il vero e proprio processo penale o, in difetto, un controllo di full *jurisdiction* sulla decisione amministrativa<sup>25</sup>. La funzione esercitata infatti resta amministrativa anche se si tiene conto della logica della Corte EDU e il problema giuridico si sostanzia piuttosto nella previsione di garanzie ulteriori: di contrappesi all'esercizio di poteri particolarmente rilevanti e incisivi. Anzi, questa giurisprudenza sovranazionale, tutta incline a valorizzare il problema delle garanzie, semmai si raccorda al problema iniziale dell'incerta legittimazione di questi poteri e, nella specie, oltre che porre il problema che sia assicurato un congruo procedimento

---

<sup>24</sup> P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, 371 e ss.

<sup>25</sup> Corte EDU, *Menarini Diagnostics c. Italia*, II, 27 settembre 2011 (ric. 43509/08), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 414; Id., *Grande Stevens e altri c. Italia*, II, 4 marzo 2014 (ric. 18640/10; 18647/10; 18663/10; 18668/10; 18698/10), in *Giur. comm.*, 2014, II, 543, nonché in *Giornale dir. amm.* 2014, 1053, con nota di M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi CEDU*.

ed un'effettiva difesa quantomeno nel successivo processo, concorre ad alimentare una questione che come diremo è di estrema attualità, la quale riguarda il rispetto del principio di tipicità. Descrivere un illecito in termini estremamente ampi, come talvolta accade non solo nei mercati regolati, ma anche nel campo *antitrust* e soprattutto in quello delle pratiche commerciali scorrette, dà luogo ad una frizione rispetto al principio di tipicità dei poteri amministrativi, lede le garanzie difensive, mina il principio di certezza del diritto e pone le premesse per legittimare poteri impliciti nel campo dei provvedimenti, ciò che come visto in un sistema corretto di equilibri istituzionali non dovrebbe consentire, come ammoniva Morbidelli nel suo saggio del 2007.

### **7. L'attualità e l'amministrazione tradizionale in crisi.**

Veniamo dunque ai giorni nostri.

Alberto Predieri intravedeva una ripartizione di compiti possibile nella poliarchia che colloca lo stato-nazione sì ancora come protagonista, ma accanto al meta-stato europeo e assorbito nel complesso di relazioni sociali ed economiche che formano l'arcipelago istituzionale della modernità<sup>26</sup>. Da un lato, un ruolo di eterocompensazione dello Stato, al quale spetta anche di intervenire nei modi consentiti nei processi economici, producendo esternalità, infrastrutture, beni pubblici indivisibili, gestendo risorse, allocando somme e beni e servizi, riscuotendo pagando, giudicando, componendo e risolvendo rapporti, in definitiva producendo danni e regalando vantaggi. Dall'altro, un ruolo di eterocorrezione spettante alle autorità indipendenti, cui spetta di attuare fini costituzionali contribuendo alla ricerca di una posizione di equilibrio e di stabilità nel mercato e quindi nella *politeia*. Le correzioni tecnocratiche sono impersonate dalle autorità indipendenti che fungono così da contrappesi istituzionali.

Ruoli distinti, dunque, strumenti distinti, finalità distinte. Dovremmo anche aggiungere che si tratta di politicità distinte, continuando ad assumere che anche le autorità esprimano un ineliminabile indirizzo politico-amministrativo: la prima di stampo tradizionale e saldamente incardinata nel circuito democratico-rappresentativo, la seconda di tipo speciale e innovativo, non a caso descritta come contropotere secondo lo schema anglosassone dei *checks and balances*.

Tornare a questo approccio è interessante, perché consente di raffrontarlo con l'attualità.

L'amministrazione tradizionale, quella che dovrebbe assicurare l'eterocompensazione, è, a detta di tutti e in modo direi visibile, in profonda crisi.

---

<sup>26</sup> PREDIERI *L'erompere* cit., nonché *Euro, poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, 1998, in part. 187 e 186.

Il problema più grave del nostro tempo è costituito dalla crisi di rappresentatività e di efficienza dei sistemi politici democratici e dal progressivo decadimento delle pubbliche amministrazioni tradizionali <sup>27</sup>.

La costituzione economica (e l'economia sociale di mercato, sua formula contenutistica più efficace) presuppone che vi sia una amministrazione forte ed efficiente per il mercato, non condizionata da interessi privati, che, senza eccessi di protagonismo imprenditoriale (che sfocino nella figura dello stato imprenditore), favorisca il buon funzionamento del mercato, garantendone le condizioni e strutture di fondo. A parte le autorità indipendenti, è l'amministrazione tradizionale che deve assicurare queste condizioni di base: realizzando infrastrutture pubbliche, provvedendo all'erogazione di servizi efficienti, facendo sintesi tra esigenze di protezione ambientale e bisogni dei cittadini di risorse energetiche e infrastrutturali e con gli interessi stessi dell'impresa come istituzione socio-economica. Insomma, non basta di certo la p.a. regolatrice del mercato per corroborare l'economia sociale di mercato dato che essa assolve solo alla eterocorrezione; occorre anche una p.a. che, pur non essendo *dentro* il mercato, lo sostenga e ne assicuri le condizioni di base per l'efficienza, l'eterocompensazione insomma.

Ebbene, a causa di molteplici fattori ordinamentali, sociali e ormai culturali, finalmente oggi pressoché da tutti ammessi, l'amministrazione tradizionale non riesce più ad assolvere i propri compiti in modo efficiente. Afflitta da una serie di “controlli” e vigilanti, di tipo sia giudiziario sia amministrativo, screditata nell'opinione dei cittadini, costantemente avversata da sospetti di inefficienza e corruzione, formalmente separata dalla politica ma accomunata sul piano delle responsabilità e lasciata ai soli vigilanti giudiziario-amministrativi, l'amministrazione italiana soprattutto ha grandi difficoltà nel decidere e nel bilanciare gli interessi in gioco e vede oggi a propria disposizione pochi strumenti <sup>28</sup>. L'ingegneria amministrativa ha continuato, sino alle ultime riforme, a dispensare nuove forme di silenzio-assenso, scia, dia, cila, sempre più sofisticati congegni decisionali da assorbire nei meccanismi della conferenza di servizi, ma non ha potuto risolvere il problema centrale, che non si presta ad essere certo affrontato con sistemi meccanicistici: il nodo sta altrove: nella legittimazione politico-rappresentativa dei centri di potere amministrativo, nella riconduzione ad unità del pluralismo istituzionale amministrativo (quando esso serve alla decisione amministrativa) e in una equilibrata distribuzione di potere e responsabilità. Le p.a. tradizionali, avendo grandi difficoltà nel decidere e nel bilanciare, lasciano sovente al giudice

---

<sup>27</sup> M. LIBERTINI, *La Costituzione economica. Libertà d'impresa ed economia sociale di mercato*, in S. LICCIARDELLO (a cura di), *Il governo dell'economia*, Torino, 2018, 3, e ss., in part. 48 e ss..

<sup>28</sup> Quando parliamo di “controlli”, ovviamente utilizziamo l'espressione in senso atecnico e come sinonimo di interventi che possono produrre una forma di responsabilità personale del funzionario: ad es. azione contabile della Corte dei Conti, azione penale, vigilanza esercitata da ANAC in chiave “anticorruzione”. I controlli amministrativi, pure pressoché azzerati dalle riforme dei primi anni '90 per rendere l'amministrazione più rapida ed efficiente, inclusi quelli assolti dall'originario ruolo dei segretari comunali negli enti territoriali, avevano infatti evidentemente caratteri differenti.

amministrativo la decisione finale, che arriva però tardi e comunque il giudice non è un decisore politico, e così sovente si districano nella complicazione, e non garantiscono le infrastrutture fisiche e immateriali che oltretutto servono al mercato per funzionare. Il problema, come si diceva, è divenuto prima di tutto di costume istituzionale e di natura sociale. Ed è sfociato in una sorta di sospetto generalizzato ed avversione verso la discrezionalità stessa, cui si preferisce sempre il giuridico, la formale e “neutrale” applicazione della legge; nessun potere e nessuna discrezionalità equivale a nessuna possibile illiceità, nessun errore, nessuna “corruzione”. Ricorrendo ad una semplificazione, potremmo dire che la sfera della legittimità gode di gran salute, mentre quella del merito amministrativo è prossima al coma farmacologico.

## **8. Stabilità e potere delle autorità indipendenti, oggi.**

Detto di questo contesto riguardante le amministrazioni tradizionali, è interessante guardare alla condizione delle autorità indipendenti e alla eterocorrezione loro demandata.

Le autorità indipendenti non godono in verità di cattiva salute e ci appaiono saldamente al centro del sistema istituzionale europeo e nazionale. I loro poteri non si riducono, anzi si rafforzano.

Non si avverte difficoltà a decidere, né si registrano le critiche che avversano la nostra burocrazia.

Pur se tra qualche perplessità dottrinale, un’ autorità indipendente recentemente riformata, come l’ANAC, ha goduto sino ad oggi di grande credito presso le istituzioni e presso l’opinione pubblica <sup>29</sup>.

L’AGCM ha accentuato in misura notevolissima l’entità delle proprie sanzioni *antitrust* nel corso degli ultimi anni, ormai frequentemente assestate sulla soglia massima del dieci per cento del fatturato (in passato raramente attinta) <sup>30</sup>, ed ha ampliato la vigilanza sulle pratiche commerciali scorrette sino a trasformare in veri e propri illeciti dei comportamenti che sinora erano stati considerati perlopiù come fenomeni di inefficienza nell’erogazione dei servizi.

Le autorità di regolazione, parimenti, hanno tenuto alto il loro livello di intervento, al punto che, come si ricordava, si sono registrati dei conflitti di competenza con AGCM.

Di recente AGCOM ha sperimentato nuovi poteri provvedimentali destinati alla tutela del consumatore ed aventi contenuto sanzionatorio e/o di ordine <sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Rinvio al mio F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, *Dir. proc. amm.*, 2017, 381 e ss., e ai dati ivi riportati.

<sup>30</sup> Cfr. la delibera AGCM 22 ottobre 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*

<sup>31</sup> Ci si riferisce ai provvedimenti che hanno ordinato agli operatori telefonici, in occasione del ritorno da un periodo di fatturazione di 28 giorni ad un periodo di 30 giorni, di “stornare” a favore dei consumatori l’equivalente economico dell’aumento (riconosciuto in origine lecito) effettuato mediante l’originaria riduzione del periodo di

Nel settore dei trasporti l'ART, l'autorità indipendente di più recente nascita, ha via via incrementato la sua sfera d'azione, dal settore ferroviario inizialmente assunto come suo principale campo d'azione, al trasporto aereo ed agli altri comparti; e proprio l'ART, stabilendo il costo del pedaggio di accesso alla rete ferroviaria di alta velocità, ha preso decisioni che riguardano, oltre che la concorrenza, anche le risorse finanziarie che il gestore della rete va a destinare agli investimenti sulla rete stessa<sup>32</sup>.

Le autorità anche dal punto di vista finanziario riescono a sfuggire all'ormai cronica scarsità di risorse del bilancio pubblico, perché attingono com'è noto a sistemi di autofinanziamento gravanti sulle imprese regolate.

Inoltre, l'UE, sia nella produzione normativa che nella sensibilità della giurisprudenza della Corte di giustizia, ha continuato in questi anni a prediligere il modello dell'amministrazione indipendente inserita in un *network* coordinato dalla Commissione, quantomeno per lo svolgimento delle funzioni regolatorie<sup>33</sup>.

Nel campo *antitrust*, poi, la Proposta di direttiva per la riforma del Regolamento 1/2003 ha fissato tra gli obiettivi da raggiungere il potenziamento dell'apparato sanzionatorio<sup>34</sup> e, nel frattempo, l'art. 7 del d. lgs. n. 3 del 2017, che ha recepito la direttiva 104/2014 in materia di *antitrust private enforcement*, ha introdotto, tra varie novità, il principio dell'effetto vincolante del provvedimento di AGCM nei confronti del giudice civile nelle azioni di risarcimento del danno per quanto attiene alla natura e alla portata dell'illecito, lasciando libero solo l'accertamento del nesso causale e del danno effettivamente provocato.

D'altra parte proprio oggi scopriamo anche su terreni nuovi di aver bisogno delle autorità indipendenti. Le autorità sono tra le istituzioni più adatte ad affrontare i problemi che nascono con i nuovi poteri di mercato che operano nel *web*. Il potere delle piattaforme ed i formidabili effetti di rete che le hanno contraddistinte, l'espansione della *sharing economy*, la forza aggregante della domanda che i *big data* sono in grado di esercitare e la concentrazione di potere che esprimono (al punto che il controllo dei dati induce nel dibattito ad un parallelo con le *pipelines* petrolifere del passato), la capacità di attrazione dei *social network*, tutto ciò descrive un mondo nuovo, fatto di pochi e concentrati poteri di mercato, fatto di una innovazione distruttrice sia di consolidati mestieri sia di relazioni economiche tradizionali, fatto di una capacità espansiva delle posizioni dominanti, di attentati alla *privacy*, di *essential facilities* che assumono vesti inattese e che nondimeno sono in grado di soffocare la competizione. Questo mondo nuovo, che

---

fatturazione da 30 a 28 giorni: AGCOM n. 498/17/CONS del 19 dicembre 2017, Id. 497/17/CONS, 499/17/CONS, 500/17/CONS.

<sup>32</sup> V. su questo provvedimento la decisione di TAR Piemonte, 20 novembre 2017, n. 1239.

<sup>33</sup> Cfr. M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in D'ALBERTI-A PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati, Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna 2010, 11 e ss.

<sup>34</sup> Proposta di direttiva COM (2017) 142 final. Su questa proposta cfr. F. GHEZZI-B.MARCHETTI, *La proposta di direttiva in materia di Rete europea della Concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1015 e ss.

vive nella dimensione globale, è difficile da comprendere e “disciplinare” con gli strumenti tradizionali del potere legislativo ed esecutivo e perciò proprio le misure della regolazione e del diritto *antitrust* appaiono nel vivacissimo dibattito in corso quelle più tempestive e adatte ad affrontare, col giusto grado di elasticità e proporzionalità, il problema <sup>35</sup>.

La riduzione delle diseguaglianze, questione centrale ai nostri giorni, finisce per valicare persino i confini del diritto della concorrenza. Stimola così un dibattito aperto sul se gli strumenti a disposizione dell'*antitrust public enforcement* siano o meno tra quelli idonei a combattere le diseguaglianze <sup>36</sup>. Il che, quale che sia la posizione che si voglia assumere in proposito, è testimonianza di come le autorità che vigilano e che regolano il mercato sono viste come istituzioni cruciali per la soluzione dei principali problemi della società moderna.

La risultante di queste tendenze, è appunto, la persistente centralità del modello dell'autorità indipendente, quantomeno ad oggi. E accanto alla centralità una tendenza all'aumento dei loro poteri.

## 9. Ricerca di nuove forme di legittimazione?

Le autorità nondimeno vivono nella temperie della modernità e nella stagione della crisi della democrazia <sup>37</sup>. La riscoperta della sovranità nazionale, il bisogno di “nuova politica”, le obiezioni alla costruzione europea avanzate (benché in modo piuttosto disordinato) nel dibattito pubblico potrebbero in certo qual modo creare delle difficoltà. In qualche modo, forse, le autorità sembrano cercare una loro legittimazione alternativa.

Sono separate dal governo per definizione, essendo da questo indipendenti, devono restare parimenti indipendenti dalle imprese e non hanno recuperato a livello nazionale quel raccordo istituzionale col Parlamento che pure la dottrina aveva auspicato. Sono, diversamente dal giudice, prive anche di quel baricentro istituzionale espresso dagli organi di autogoverno delle magistrature. Le autorità ci appaiono così piuttosto isolate.

---

<sup>35</sup> Tra i vari contributi sul tema, cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Ten Legal Perspectives on the Big Data Revolution*, Napoli, 2017, 40 e ss.; F. ZHU-A.LIU, *Competing with Complementors: An Empirical Look at Amazon.com*, Harvard Business School, 2014; M.R. PATTERSON, *Antitrust Law in the New Economy*, Harvard College 2017; M.S. GAL-D.L. RUBINFELD, *The hidden costs of free goods. Implications for Antitrust enforcement*, *Antitrust Law Journal*, 2016, 521.

<sup>36</sup> Cfr. J.B. BAKER – S.C. SALOP, *Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, *Mercato Conc. Reg.* 2016, 7 e ss., e la *Tavola rotonda su J.B. Baker e S.C. Salop, Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, *Mercato Conc. Reg.* 2016, 145 e ss., con gli interventi di G. AMATO, R. PARDOLESI, A. NICITA, C. OSTI, P. SABBATINI.

<sup>37</sup> La letteratura sulla crisi della democrazia è sterminata. Mi limito a citare G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo*, Venezia, 2018; M. BAUMIER, *Voyage au bout des ruines liberales libertaires*, Paris, 2018; Y. Mounk, *Popolo vs Democrazia, Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*, ed. italiana, Milano 2018; A.C. GRAYLING, *Democracy and Its Crisis*, Oneworld Publications London 2017; C. LASCH, *La rivolta delle élite*, ed. or. 1995, ed. italiana Vicenza, 2017.

Esse hanno allora cercato anche altrove la giustificazione della collocazione istituzionale e la legittimazione dei loro poteri.

In primo luogo, è da registrare la ricerca di un contatto mediatico diretto. Questo è perlomeno accaduto per alcune autorità, ad esempio l'ANAC, che ha visto una accentuazione della propria presenza nei *media*. La tendenza, però, è più generale e va persino oltre i confini nazionali, perché le autorità (AGCM per tutte) hanno da diversi anni affinato i metodi della loro comunicazione istituzionale. Inoltre, la comunicazione a mezzo stampa (e a mezzo *web* ovviamente) è ormai frequente oggetto di interlocuzione convegnistica e di attenzione sul piano dell'organizzazione istituzionale delle autorità (mi riferisco, ad esempio, ad apposite sessioni tenutesi al convegno annuale dell'*ICN-International Competition Network*, ossia il *network* che raccoglie pressoché tutte le autorità *antitrust* mondiali, svoltosi ad Oporto nell'aprile del 2017, e dedicate al funzionamento degli uffici stampa e alla confezione dei comunicati stampa).

In secondo luogo, le autorità nel corso almeno dell'ultimo decennio hanno progressivamente accentuato l'azione di tutela del consumatore, ponendo appunto il consumatore non più come destinatario di una protezione indiretta proveniente dalle efficienze del mercato, ma come soggetto direttamente tutelato e costante interlocutore (mediante le associazioni che lo rappresentano) nell'attività istituzionale. Così, i Regolatori hanno valorizzato questa componente finalistica della loro attività rispetto a quella originaria pro-concorrenziale di "livellamento del campo di gioco", hanno introdotto modifiche organizzative per rafforzare uffici destinati a questa finalità consumeristica ed hanno amplificato l'azione regolatoria e quella sanzionatoria in questo campo <sup>38</sup>.

AGCM, dal canto suo, dopo aver superato alcuni ostacoli nascenti dal rischio di *bis in idem* sanzionatorio, ha dato un amplissimo sviluppo alla repressione delle pratiche commerciali scorrette, sostanzialmente trasformando l'azione di accertamento e repressione di singoli illeciti in analisi di comportamenti seriali lesivi per l'intera platea dei consumatori ed accompagnando all'affermazione di una pratica aggressiva la fissazione di una differente regola di comportamento per il futuro, sovente sovrapponendosi al Regolatore; il tutto con una descrizione dell'illecito a maglie larghissime e quindi con estrema tensione del principio di tipicità e forte indebolimento delle *chance* difensive <sup>39</sup>.

Che le autorità vadano alla ricerca di nuove forme di interlocuzione e di legittimazione è comprensibile. In fondo, la forza della loro posizione è consona ad una tendenza propria dello Stato di diritto oggi. Il fenomeno della *Juristocracy* o Giurisdizionalizzazione è ampiamente studiato e non richiede ulteriore

---

<sup>38</sup> Si sono già citate alcune recenti iniziative di AGCOM nei confronti degli operatori di telefonia in occasione della riduzione da 30 a 28 giorni del periodo di fatturazione.

<sup>39</sup> Rinvio alle considerazioni più ampie sul tema specifico che ho svolto nel capitolo quarto del mio *Orizzonti della concorrenza in Italia*, Torino 2019.

dimostrazione<sup>40</sup>. L'influenza del giuridico è sempre più forte nelle c.d. democrazie occidentali. Il giuridico cresce e prevale sul politico. Ed è proprio specchio di questo dato, per quanto concerne il ruolo della p.a., la diffidenza verso la discrezionalità e la preferenza verso una p.a. che provveda solo ad applicare le norme, senza assumersi la responsabilità della scelta discrezionale.

E' comprensibile, appunto, che anche le autorità indipendenti cerchino riparo in questo filone. In una situazione di precarietà, smarrimento, difficoltà nel distinguere le responsabilità, il giuridico prevale sul politico: è più veloce nelle decisioni, è imparziale, fornisce un risultato e un effetto immediato, tantopiù se ben divulgato a mezzo stampa. Del resto, il giuridico si nutre della più nobile delle funzioni: quella che riguarda la tutela diritti, capillarmente diffusa nelle nostre democrazie<sup>41</sup>. Il giuridico risponde meglio (apparentemente) ad uno dei problemi centrali del nostro tempo: l'asimmetria tra la dimensione globale del mercato (che presupporrebbe risposte a livello globale) e la frammentazione del potere politico (che resta nazionale).

Se lo stato-apparato non riesce a risolvere i problemi come in passato, il giudice, il vigilante, il controllore sembrano quantomeno dare delle risposte.

Le autorità riscoprono così la loro funzione di tutela di diritti e interessi sensibili, che tendono a personificare prevalentemente nel consumatore. E preferiscono forse qualificarsi come titolari di un compito di mera applicazione – neutrale – della legge piuttosto che di una vera e propria discrezionalità. Non sembra casuale, in questo contesto, che AGCM, con l'ordinanza n. 1 del 2018, si sia attribuita la qualifica di giudice *a quo* per sollevare davanti alla Corte costituzionale la questione di legittimità di una legge, riproponendo una tesi giuridica che era stata autorevolmente sostenuta nel primo scenario dell'attività delle autorità indipendenti.

La Corte costituzionale, con la richiamata sentenza n. 13 del 2019, ha però dato una risposta molto importante a questi interrogativi, non soltanto negando la qualità di giudice *a quo* di AGCM, ma anche attribuendole una discrezionalità amministrativa. A prescindere dal dibattito sul se la funzione esercitata nel campo *antitrust* da AGCM risponda effettivamente alla discrezionalità amministrativa pura, o piuttosto alla c.d. discrezionalità tecnica o se si debba parlare di un potere pubblico imperniato sull'opinabilità delle

---

<sup>40</sup> A proposito della c.d. giurisdizionalizzazione e della dialettica autorità-libertà, è ad esempio interessante notare che alcuni studiosi, interrogandosi sul fenomeno, iniziano a dubitare che l'ampliamento degli spazi della giurisdizione, a scapito delle altre istituzioni amministrative e "politiche", risponda sempre all'esigenza di accrescere la tutela dei diritti individuali, potendosi verificare, in termini generali, fenomeni ben diversi e persino opposti: R. HIRCHL, *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, 2007. Sul tema cfr. anche M. NISTICO', *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, Torino 2015; R. BIN, *A discrezione del giudice*, Milano 2013; B. RUTHERS, *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, ed. italiana a cura di G. STELLA, Modena 2018.

<sup>41</sup> Su questi profili molto ben documentata l'analisi di L. CASTELLANI, alla quale faccio riferimento nel testo, *Il Potere vuoto, Le democrazie liberali e il ventunesimo secolo*, Milano 2016, in part. 81 e ss., anche per le ulteriori citazioni.



valutazioni fatte in applicazione di concetti giuridici indeterminati o se residuino spazi per configurare una particolare funzione di aggiudicazione, il punto chiave sul quale incentrare l'attenzione qui è un altro. Nonostante questa tendenza, propria della c.d. *fast democracy*, a comunicare direttamente col consumatore, nonostante le prerogative tecniche delle decisioni prese dalle autorità indipendenti, tornando proprio alle indicazioni che Morbidelli ci dava nel 1997 e che ha continuato a sviluppare nel corso di questi anni, dobbiamo ricordare che la neutralità, come tale, non è un dato giuridicamente fondato, che le autorità sono amministrazioni che incidono su conflitti di interesse, che esercitano (anche) poteri discrezionali o comunque funzioni amministrative e che tali restano anche se presentate come decisioni di tipo quasi-giudiziale.

#### **10. Ancora sul regime amministrativo: procedimento, processo, tipicità e garanzie.**

Il problema della legittimazione costituzionale e della difficile compatibilità con l'art. 95 Cost. è stato (temporaneamente e condizionatamente) risolto grazie all'inquadramento delle autorità indipendenti quali amministrazioni, come si è visto in precedenza. Ed è stata immediata conseguenza di ciò il sottoporle al procedimento, prima, e al processo amministrativo, poi, il che ha introdotto un contrappeso indispensabile ad assicurarne il corretto inquadramento nel sistema costituzionale. In altre parole, è stato proprio il "regime giuridico" amministrativo che ha dato l'equilibrio senza il quale il problema della difficile compatibilità con l'art. 95 Cost. sarebbe altrimenti deflagrato.

E' intuitivo che questo fondamento e le garanzie date dal binomio procedimento/processo non possono essere in alcun modo allentate per una eventuale condiscendenza verso nuovi metodi di legittimazione, che fossero mai fondati sul "consenso" del popolo dei consumatori, su una condivisione diretta dell'opinione pubblica o che altrimenti fossero recuperate attraverso la riscoperta di una funzione quasi giurisdizionale ed estranea all'amministrazione ovvero puramente neutrale. Procedimento, processo amministrativo e regime amministrativo restano i pilastri entro cui le autorità devono proseguire la loro azione. E del resto il loro concreto operare (abbiamo già ricordato, ad esempio, l'istituto della diffida o quello degli impegni in campo *antitrust*, nonché la regolazione pro-consumeristica dei Regolatori dei mercati, e molto altro potrebbe menzionarsi ancora) è stato nel corso di questi ultimi 25 anni tale da confermare la natura amministrativa del loro regime; in altre parole, del loro essere amministrazione. Morbidelli aveva intuito che uno dei compiti primari delle autorità dovesse essere quello di proteggere le parti deboli rispetto ai poteri forti, ma, come si è detto, nel contempo ammoniva sull'importanza che ciò avesse luogo in una situazione di equilibrio e senza accedere a visioni sproporzionate o addirittura unilaterali.

Anzi, dato che si registra una relevantissima crescita dei poteri delle autorità indipendenti, la questione della legittimazione costituzionale, lungi dall'essere messa da parte, va ripresa in attenta considerazione. E l'unico modo per risolverla (dato che una fredda enunciazione in Costituzione forse non basterebbe neppure a dare una risposta sostanziale ai problemi di armonia costituzionale e di garanzia) sembra che sia quello di valorizzare l'insieme di regole che dal regime amministrativo appunto discendono.

A proposito del procedimento, ad esempio, desta perplessità un recente orientamento del TAR Lazio che, in un contenzioso riguardante AGCOM, ha ammesso che l'assenza del procedimento rispetto ad un provvedimento di relevantissimo impatto economico potesse, in fondo, esser recuperata mediante le difese poi spiegate in corso di giudizio<sup>42</sup>. Il procedimento nel caso delle autorità indipendenti è sostanza e non forma e le tendenze alla dequotazione delle lacune procedurali colmabili in sede processuale, pur esplicitata per gli atti vincolanti dall'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990, non possono qui trovare nessuno spazio. Tantopiù se si tratti non tanto di lacune procedurali, ma di radicale assenza di segmenti interi del procedimento.

Dev'essere poi ripreso l'insegnamento che abbiamo già illustrato, secondo il quale la teoria dei poteri impliciti potrà tutt'al più trovare uno sviluppo in relazione ai poteri regolamentari delle autorità, ma non anche nei suoi provvedimenti. Questo significa che il principio di tipicità nel caso dei provvedimenti dev'essere puntualmente garantito, senza ammettere l'esercizio di competenze non previste nella norma di legge.

Parimenti genera delle perplessità, in quanto finisce per svalutare il ruolo del processo amministrativo quale contrappeso al potere delle autorità indipendenti, quell'orientamento preso dal giudice amministrativo che non si è pronunciato sulla legittimità delle Linee guida non vincolanti di ANAC dichiarando inammissibile il ricorso, a causa dell'asserita carenza di lesività<sup>43</sup>.

Strettamente connesso a questo punto è quello che si raccorda alla più frequente e ormai decisamente più significativa manifestazione del potere delle autorità indipendenti: il potere sanzionatorio.

Di fronte all'aumento dell'entità delle sanzioni e alla loro portata conformativa, specie nel settore *antitrust*, di fronte ai vincoli che discendono dalla diffida a non reiterare la condotta sanzionata, di fronte a norme come il citato art. 7 del d. lgs. n. 3 del 2017 che affidano al provvedimento di un'autorità amministrativa indipendente un effetto vincolante nei confronti del giudice civile, infine di fronte ad una concezione più

---

<sup>42</sup> TAR Lazio, sez. III, 14 febbraio 2019, n. 1956; Id. 10 maggio 2019, n. 5842.

<sup>43</sup> TAR Lazio, sez. I, 14 febbraio 2018, n. 1734, la quale oltretutto, mentre per un verso ritiene le Linee guida atto non lesivo in quanto "non vincolante", per altro verso ammette un'impugnazione differita delle stesse Linee guida insieme all'atto applicativo, ammettendo però per questa via una loro lesività nonostante la predetta dichiarata non vincolatività.

elastica e meno garantista di applicazione del divieto di *bis in idem* proposta dalla Corte di Strasburgo<sup>44</sup>, è tempo di riflettere sul modo in cui devono essere applicati i principi di garanzia che sono propri della funzione di accertamento dell'illecito amministrativo; principi delineati a suo tempo nella legge n. 689 del 1981 e consolidati nella giurisprudenza costituzionale nel corso degli anni<sup>45</sup>. In particolare, mi sembra centrale la questione della tipicità dell'illecito, che non può restare nei termini di una descrizione a maglie larghe, ma deve già in sede procedimentale essere focalizzato su una condotta puntuale. E questo senza ancora che vi sia bisogno di menzionare la giurisprudenza formatasi sull'art. 6 della Convenzione EDU e sulla portata della "accusa penale". Ad esempio, nel caso delle intese concorrenziali, non sembra sempre soddisfacente rispetto al principio di tipicità una contestazione che menzionasse un'intesa complessa senza individuare con puntualità le condotte che la integrano e senza stabilire se si tratti di veri e propri accordi o di pratiche concordate; nel caso delle pratiche commerciali scorrette, parimenti non sembra compatibile con tale principio la contestazione di una condotta indicata in modo generico ed affermata come posta in essere nei confronti dei consumatori tutti quando invece si dispone di prove che riguardano solo un numero sparuto di casi e magari parzialmente contestati nel procedimento; nell'attività di regolazione, se è pur possibile che il regolamento possa fondare vincoli di comportamento per il futuro ed altrettante sanzioni in caso di violazione, ciò deve avvenire nel rispetto sia dei criteri in origine stabiliti nella legge che ha affidato tale potere regolamentare, così come avvertito da Morbidelli, sia delle garanzie previste dalla disciplina generale in materia di illecito amministrativo, di sua contestazione e di suo accertamento.

Infine, vi sarebbe l'argomento dell'idoneità del controllo esercitato sui poteri delle autorità indipendenti dal giudice amministrativo. Non si vuole entrare qui in un dibattito sin troppo ampio. Ci si limita perciò ad affermare che, se da un lato il giudice amministrativo per cultura e tradizione e per i caratteri del suo sindacato appare il giudice più idoneo ad esercitare questo controllo, dall'altro lato è però necessario che lo eserciti sempre con efficacia e che, quindi, al di là delle formule, sappia anche con adeguati accorgimenti organizzativi assicurare un sindacato effettivo e soprattutto adeguato all'obiettivo di fondo che, a ben

---

<sup>44</sup> Corte EDU, Grande Camera, *A e B contro Norvegia*, 15 novembre 2016, presa in esplicita considerazione da Corte cost. n. 43 del 2018, la quale ultima evince dalla sentenza della Corte di Strasburgo il principio secondo cui si è passati dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena complessivamente irrogata. Per una applicazione del divieto di *bis in idem*, Corte di giustizia UE, Grande sezione, 20 marzo 2018, cause C-596/16 e C-597/16.

<sup>45</sup> Sul tema generale, anche se a sostegno dell'idea di non consentire una totale equiparazione del trattamento dell'illecito amministrativo a quello penale, Corte cost. n. 193 del 2016.



vedere, è ancora più alto nel caso di specie: garantire il giusto equilibrio tra pesi e contrappesi e recuperare i limiti della legittimazione delle autorità.

Tornando all'insegnamento di Giuseppe Morbidelli, il regime amministrativo delle autorità è decisivo: come già detto, unisce tradizione e modernità, trovando nella prima il modo per accogliere la seconda nel sistema, senza accelerazioni che possano comprometterne l'armonia, ma senza negare alla seconda la sua ragion d'essere e le relative istanze progressiste.