



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI: I POTERI NORMATIVI DELLE AUTHORITIES

Le Authorities, nello svolgimento delle loro attività, possono emanare anche atti normativi, la cui problematica è strettamente legata al fondamento stesso di tale potere, ai procedimenti di formazione e alla collocazione di tali atti nel sistema delle fonti.

di **Simone Petrone**

IUS/09 - ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Mercoledì 3 Aprile 2019

Sommario: 1. Il fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti; 2. Natura giuridica delle Autorità amministrative indipendenti; 3. La tutela giurisdizionale; 4. Il potere regolamentare delle Authorities; 5. Partecipazione al procedimento di formazione degli atti normativi delle Authorities; 6. Conclusioni.

1. Il fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti

Le Autorità amministrative indipendenti sono, nello specifico, organi pubblici dotati di particolare indipendenza dal governo, caratterizzate da autonomia organizzativa, finanziaria, contabile e dalla mancanza di controlli e di soggezione al potere esecutivo.

Le Authorities affondano le proprie radici nell'ordinamento statunitense, più specificamente, nel modello delle "independent regulatory agencies", istituite sul finire del XIX secolo, allo scopo di introdurre una qualche regolazione pubblica dell'economia e disciplinare gli effetti derivanti da una rapida industrializzazione.

I precursori italiani delle Authorities statunitensi, vengono identificati nella Banca d'Italia, nella Consob e nell'Isvap, c'è da dire, però, che solo con l'istituzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato si è avuta una scelta legislativa consapevole circa il riconoscimento di tali Autorità.

Il motivo dell'istituzione delle Autorità amministrative indipendenti è da ricercare in almeno tre ordini di ragioni.

Innanzitutto è opportuno fare riferimento alla "crisi della legge", intesa come incapacità della stessa di introdurre un sistema completo e preciso di regole di comportamento tale da consentire ai destinatari della disciplina di valutare in modo autonomo ed ex ante i propri e gli altrui comportamenti in termini di liceità o illiceità.

La crisi della legge si manifesta, nello specifico, nel caso di quelle Autorità indipendenti chiamate a regolare particolari settori di attività soggetti ad un'evoluzione tecnologica molto rapida e che risultano difficilmente regolamentabili con leggi esposte al rischio di una facile obsolescenza.

La crisi della legge, quale ragione sottesa all'istituzione delle Autorità amministrative indipendenti, risulta ancora più evidente se si pensa che a queste Autorità viene attribuito un potere di regolazione preordinato all'emanazione di regolamenti o atti generali.

Alla suddetta “crisi della legge” si affianca l’esigenza di svincolare la gestione di determinati settori sensibili dal condizionamento del potere esecutivo, da qui la necessità di assegnare funzioni, anche non amministrative ma a connotazione regolatoria a soggetti che siano in grado di assicurare al meglio un esercizio imparziale oltre che adeguato dal punto di vista tecnico.

Si può notare come alle Autorità amministrative indipendenti vengano assegnati diversi compiti, tra i quali spicca quello di presiedere e tutelare la concorrenza fra le imprese, nonché quello di tutelare i consumatori nei confronti delle imprese, attenuando in qualche modo le disparità fra i primi e le seconde.

Ulteriore ragione che ha contribuito al diffondersi delle Authorities, va ricercata nel processo di progressiva abdicazione dello Stato dall’intervento diretto nell’economia. I processi di privatizzazione, avviati nel corso degli anni ’90, hanno reso necessario l’istituzione di particolari organismi pubblici indipendenti, cui si è affidato il compito di evitare che la privatizzazione degli enti pubblici economici comportasse la mera sostituzione del monopolista pubblico con quello privato.

Il fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti non presenta caratteristiche uniformi, in quanto, il tasso di indipendenza e le funzioni assicurate a ciascuna Autorità sono diverse.

La recente riforma della Pubblica Amministrazione, operata con la legge del 7 agosto 2015, n. 124, ha razionalizzato il sistema delle Autorità amministrative indipendenti intervenendo principalmente:

sul finanziamento delle Autorità amministrative indipendenti, tramite l’individuazione di criteri omogenei e prevedendo la partecipazione dei soggetti privati regolati o vigilati; sulle funzioni condivise tra ministeri e Authorities, per evitare inutili sovrapposizioni, sopprimendo quegli uffici che svolgono le medesime funzioni di queste Autorità; sul trattamento economico dei componenti e del personale delle Authorities, per individuare criteri omogenei e salvaguardare le professionalità. Individuare i tratti distintivi delle Autorità amministrative indipendenti non è un’operazione semplice, occorre muoversi su un duplice versante di tipo funzionale per poi spostarsi su un profilo strutturale.

Le funzioni attribuite alle diverse Autorità amministrative indipendenti non possono essere ricondotte ad un’unica categoria, infatti, la loro particolarità sta nel fatto che costituiscono una deroga al classico principio della separazione dei poteri, le stesse sono titolari di funzioni che si sovrappongono al potere legislativo, esecutivo e giudiziario.

Le Autorità sono titolari di diverse funzioni, accanto alle classiche funzioni normative e di regolazione (law-marking), esse sono titolari di poteri amministrativi in senso stretto, in passato appannaggio delle sole amministrazioni in senso classico.

Alle Authorities sono anche riconosciute funzioni arbitrali e contenziose, indispensabili per filtrare, a scopi deflativi, l'accesso alla giurisdizione.

Nel momento in cui il legislatore assegna alle Autorità competenze squisitamente amministrative, essa risulta essere titolare di un potere cui si contrappone un soggetto posto in una situazione di soggezione e titolare di un interesse legittimo.

Per meglio capire quanto appena detto, può farsi riferimento al potere riconosciuto all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, essa, infatti, ha il potere di autorizzare per un periodo limitato intese vietate ai sensi dell'art 2 della legge 287/1990, allorchè ciò implichi miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato e quindi, un beneficio per i consumatori.

Le attività proprie delle Authorities non si esauriscono, però, nella sola valutazione ponderativa e comparata dei diversi interessi, pubblici e privati, essa abbraccia anche altre funzioni, quali quelle di accertamento e qualificazione di fatti, atti e comportamenti in termini di liceità o illiceità.

In tale ambito, il ruolo delle Autorità è quello di arbitro posto in una posizione di terzietà ed equidistante da quelle situazioni giuridiche intercorrenti tra soggetti privati.

Alla luce di quanto appena detto, ben può notarsi che, nell'esercizio delle funzioni contenziose, le Authorities si discostano dal modello di Amministrazione in senso classico, in quanto devono attenersi non al solo principio di imparzialità ma anche a quello della neutralità.

Il requisito dell'imparzialità, nell'esercizio delle attività cui le Authorities sono preposte e cioè, perseguire lo specifico interesse pubblico loro affidato, impone di farlo tenendo conto dei soli interessi pubblici e privati presenti nella vicenda, evitando altre compromissioni.

La neutralità, invece, impone l'indifferenza e, quindi, la terzietà dell'Autorità rispetto agli interessi in conflitto, si può notare la stretta correlazione tra il comportamento delle Authorities e quello tipico del giudice.

È proprio facendo riferimento a questa specifica attività a connotazione, in qualche modo giurisdizionale, che le Autorità amministrative indipendenti, costituiscono una novità rispetto al modello classico di amministrazione, preposta alla cura di un interesse pubblico cui è portatrice.

Volendo concludere la disamina circa i compiti assegnati alle Autorità amministrative indipendenti, si può fare riferimento alle funzioni di tipo ausiliario assegnate alle Authorities nei confronti di organi costituzionali.

Le Autorità esercitano tali funzioni nel momento in cui esprimono pareri e segnalazioni nelle materie che rientrano nelle loro competenze. Nello specifico, si parla di attività di “moral suasion”, quando all’Autorità è assegnato il compito di esprimere pareri al Parlamento ed al Governo circa le iniziative necessarie per rimuovere o prevenire eventuali distorsioni.

2. Natura giuridica delle Autorità amministrative indipendenti

Le peculiarità delle Autorità amministrative indipendenti, hanno contribuito ad alimentare un acceso dibattito, in dottrina e giurisprudenza, circa il problema della natura giuridica delle stesse e quello della costituzionalità della loro istituzione.

Per quanto riguarda la natura giuridica delle Autorità in questione, è stata data per scontata la matrice pubblicistica delle stesse. Ci si è chiesti, piuttosto, se le Authorities siano da ricondurre nell’alveo della Pubblica Amministrazione o se, altrimenti, siano da ricondurre, in virtù dei poteri loro attribuiti, al potere giudiziario.

La questione della natura giuridica delle Authorities, è stata presa in esame dalla Cassazione Civile, chiamata a prendere posizione in merito alla legittimazione del Garante per la protezione dei dati personali a partecipare ad un giudizio di opposizione proposto avverso un suo provvedimento.

A tal proposito, la Corte di Cassazione sostenne che, nel nostro ordinamento, non è dato ipotizzare un tertium genus fra amministrazione e giurisdizione cui attribuire i caratteri della paragiurisdizionalità.

Non è, infatti, pensabile il riconoscimento in capo ad un organo amministrativo, seppur dotato di competenze peculiari, la qualità di giudice speciale, essendo ciò proibito dallo stesso art. 102, comma 2 della Costituzione.

La posizione della Corte di Cassazione è suffragata anche dall'assunto secondo il quale, il provvedimento adottato, dall'Authorities in questione, in chiusura dell'istruttoria, non ha l'autorità di cosa giudicata, requisito questo necessario affinché si possa desumere la natura giurisdizionale dell'organo emanante.

Altra questione da prendere in considerazione è quella della compatibilità costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti.

Il problema della compatibilità costituzionale delle Authorities, è stato affrontato da diversi autori e nello specifico sotto due punti di vista.

Da un lato, ci si è chiesti se l'istituzione di dette Authorities, sia compatibile con il modello di amministrazione tracciato dall'art. 95 della Costituzione, secondo il quale, i ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei ministri e individualmente degli atti del loro dicastero.

Secondo diversi autori, il rischio di fondo consisterebbe nel fatto che, settori estremamente importanti per la vita del paese, vengano amministrati da soggetti pubblici svincolati dalla direzione e dal controllo del Governo.

Da un altro punto di vista, si discute circa la compatibilità delle Autorità amministrative indipendenti con l'art. 101 della Costituzione, considerata la valenza, *latu sensu*, giurisdizionale delle suddette Autorità.

In merito ai probabili contrasti con l'art 95 della Costituzione, si è da più parti osservato che il disposto costituzionale presuppone che l'ente pubblico agisca per l'attuazione dell'indirizzo politico e, quindi, in stretta correlazione con il Governo di cui rappresenta una sorta di "braccio esecutivo", ragion per cui, sottoposto al potere di direzione e vigilanza dell'esecutivo.

Il rapporto di dipendenza di cui sopra, non si giustificerebbe nell'ottica essenzialmente regolatoria e paragiurisdizionale tipica dell'agire delle Autorità amministrative indipendenti, la posizione di indipendenza e terzietà delle Authorities, troverebbe in questa seconda ipotesi pieno riconoscimento.

In merito al contrasto con l'art 101 della Costituzione che, si evince dal riconoscimento di funzioni paragiurisdizionali in capo alle Autorità amministrative indipendenti, si è osservato che non è possibile attribuire alle suddette Autorità funzioni contenziose tipiche

dell'autorità giudiziaria, la legittimazione a poter emanare decisioni alle quali possa riconoscersi autorità di cosa giudicata spetterebbe in via esclusiva alla sola autorità giudiziaria.

Quanto detto finora, in merito alla compatibilità in astratto del fenomeno "Authorities" con gli artt. 95 e 101 della Costituzione, permette di individuare le condizioni necessarie affinché tale fenomeno possa ritenersi ammissibile sul piano costituzionale.

A tal proposito, è necessario tener conto delle esigenze di controllo cui sottoporre le Autorità amministrative indipendenti, controllo che si renderebbe necessario proprio per la peculiare connotazione genetica e ordinamentale delle istituzioni in questione.

Detto ciò, può dirsi che è proprio la posizione di assoluta indipendenza di cui godono le Authorities, a porre il problema del controllo, ed è proprio l'assenza di forme di controllo politico – parlamentare che giustifica la scelta secondo la quale, l'esercizio del potere da parte delle Autorità amministrative indipendenti, abbia luogo nel rispetto dei principi del contraddittorio, della trasparenza e della sindacabilità giurisdizionale delle decisioni.

Le Autorità amministrative indipendenti si caratterizzano per una marcata indipendenza, quest'ultima è da intendersi come indipendenza dal potere di indirizzo politico del Governo, assicurata tramite la predisposizione di un sistema di garanzie riguardanti le nomine, le incompatibilità e i poteri delle Authorities stesse.

Sotto altro punto di vista, può notarsi che le Autorità in questione godono anche di un'indipendenza dai gruppi di pressione, intesa come la capacità di resistere al rischio di intromissione da parte delle imprese regolate, avendo sempre come parametro di riferimento, nello svolgimento della propria missione, il mantenimento dell'interesse pubblico.

L'indipendenza, in quanto requisito essenziale delle Autorità amministrative indipendenti, viene tutelata sia sul piano funzionale che strutturale.

Dal punto di vista funzionale, alle Autorità viene assicurata dalle leggi stesse una piena autonomia di valutazione e giudizio, da ciò consegue che nell'esercizio delle proprie funzioni, esse non sono soggette al potere di controllo governativo.

C'è da dire che, in alcuni casi, al Governo viene attribuito un potere di indirizzo generale o di vigilanza, potere che però, non si esplica nei confronti dell'attività posta in essere dalla singola Autorità, quanto piuttosto in relazione al settore in cui essa opera.

Sul piano strutturale, l'indipendenza è assicurata, soprattutto, dalle disposizioni che disciplinano le modalità di nomina dei componenti dell'Autorità, nonché dalle disposizioni che regolano le incompatibilità dei componenti delle stesse.

Ulteriore manifestazione di indipendenza di cui godono le Authorities, la si può rintracciare nel carattere di autonomia finanziaria e contabile delle stesse, è utile ricordare che, nonostante, alcune di queste, è il caso della Consob, gravano sul bilancio dello Stato, si sta diffondendo la tendenza a prevedere forme di auto – finanziamento.

Come già detto, l'indipendenza delle Autorità amministrative indipendenti, fa sì che le stesse siano svincolate dall'agire delle stesse imprese che operano in quel determinato mercato sottoposto al controllo della stessa Autorità.

Il requisito dell'indipendenza, ha acceso un curioso dibattito in dottrina circa il grado di responsabilità delle Autorità rispetto al Governo e, quindi, sull'intensità dei controlli che quest'ultimo può esercitare nei confronti delle stesse.

Nel panorama dottrinale si sono imposti due orientamenti.

Secondo un primo orientamento, non sarebbe ammissibile che le Authorities siano totalmente svincolate dalla sfera di intervento e controllo del Governo. In base a tale tesi, il potere di annullamento straordinario degli atti della Pubblica Amministrazione, sarebbe esercitabile anche nei confronti degli atti delle Autorità amministrative indipendenti, trattandosi di un potere eccezionale di alta amministrazione caratterizzato da una portata applicativa piuttosto ampia.

Da ciò deriverebbe che, gli atti delle Authorities potrebbero essere impugnati tramite ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Secondo un altro indirizzo, le Autorità devono godere della più ampia indipendenza possibile, solo così possono essere esercitate le funzioni di regolamento e tutela degli interessi collettivi.

A sostegno di quanto appena detto, si può notare che l'attività delle Autorità, di carattere arbitrale e paragiurisdizionale, si discosta dalla funzione amministrativa in senso classico ed assume una funzione giurisdicente in senso ampio, caratterizzata da un'ampia sfera di autonomia e indipendenza dai poteri dello Stato.

Da ciò può dedursi la non applicabilità, per gli atti posti in essere dalle Authorities, degli istituti dell'annullamento straordinario ex art. 3 della legge 400/1988 e del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Volendo concludere, bisogna ricordare che, nonostante la riconosciuta indipendenza delle Authorities, è pacificamente ammesso il controllo, sotto forma di rendiconto sulla gestione finanziaria, della Corte dei conti su alcune Autorità amministrative indipendenti.

3. La tutela giurisdizionale

Sul fronte della tutela giurisdizionale avverso gli atti delle Autorità amministrative indipendenti, sembra, ormai, scontata l'ammissibilità di un sindacato giurisdizionale sugli atti delle Authorities, essendo condivisa dai più, la natura amministrativa delle stesse.

A tal proposito, viene in considerazione l'art. 113 della Costituzione, in forza del quale è sempre ammessa la tutela giurisdizionale contro gli atti della Pubblica Amministrazione, senza che il sindacato possa essere escluso o limitato a determinate tipologie di provvedimenti.

La tesi appena esposta, ha trovato un consenso pressochè unanime, in quanto, gli atti delle Autorità amministrative indipendenti sono ricondotti al genus dell'attività amministrativa, tesi, questa, alla quale ha aderito anche la giurisprudenza maggioritaria.

A tal proposito, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sottolineano che il riconoscimento alle Authorities, di una porzione abbastanza ampia di autonomia nei confronti dell'ordinamento giuridico, non vale ad attribuirle, per ciò solo, l'esercizio di una funzione giurisdizionale, in quanto quest'ultima spetterebbe esclusivamente ai giudici, ordinari e speciali.

Per quanto riguarda l'individuazione del giudice innanzi al quale portare la controversia che si voglia intentare contro un'Autorità amministrativa indipendente, il legislatore ha optato per la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

È utile precisare che, per le controversie aventi ad oggetto il trattamento dei dati personali e i provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali, la stessa legge istitutiva di tale Autorità, ha optato per la devoluzione delle controversie innanzi al giudice ordinario.

Il tema del riparto di giurisdizione è stato affrontato in maniera differente nel corso degli anni.

Inizialmente, l'art. 33 del d.lgs. 80/1998, devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, nonché quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare.

In sostanza, tale ricostruzione ha retto all'intervento della sentenza della Corte Costituzionale 204/2004, il novellato art. 33 del d.lgs 80/1998 devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi, escluse però quelle concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi, ovvero relativi a provvedimenti adottati dalla Pubblica Amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio.

Le disposizioni dettate dall'art 33 del d.lgs. 80/1998 come novellate dalla sentenza della Corte Costituzionale 204/2004 sono state abrogate all'indomani dell'introduzione del nuovo Codice del processo amministrativo.

L'art. 133 c.p.a., infatti, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalla Banca d'Italia, dalla Consob e dall'AGCOM.

L'innovatività di tale norma si rinviene nell'estensione, per la prima volta, della giurisdizione esclusiva a tutti i provvedimenti sanzionatori adottati dalle Autorità di garanzia, comprese quelle relative ai ricorsi avverso i decreti che applicano le sanzioni ai sensi dell'art 326 del d.lgs. 209/2005.

Nonostante ciò, la lettera l del citato comma 1 art. 133 c.p.a è stata dichiarata incostituzionale da due diverse sentenze della Corte Costituzionale. Nello specifico la Consulta ha dichiarato incostituzionale per contrasto con l'art 76 della Costituzione, gli artt. 133 comma 1 lett. L, 134 comma 1 lett c e 135 comma 1 lett. c, nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Consob.

Nonostante le pronunce di incostituzionalità, il dibattito attorno al riparto di giurisdizione in merito alle controversie riguardanti i provvedimenti sanzionatori della Consob e della Banca d'Italia non si è sopito.

In materia di riparto di giurisdizione è intervenuto anche il consiglio di stato, che con una sentenza del 2015 ha in qualche modo riaperto il dibattito. La Sesta sezione del Consiglio di Stato ha sostenuto che la giurisdizione sarebbe da attribuire al giudice amministrativo nel caso in cui l'oggetto della contestazione sia un atto, amministrativo o regolamentare, adottato nell'esercizio di un potere discrezionale, che si colloca a monte del provvedimento sanzionatorio.

Il Codice del processo amministrativo, accanto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ex art. 133, prevede anche la giurisdizione di merito del giudice amministrativo, nelle controversie che abbiano ad oggetto le sanzioni pecuniarie applicate dalle Autorità amministrative indipendenti.

Volendo spostare il discorso su quale rito utilizzare per l'impugnazione degli atti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti, c'è da dire che l'art. 119 c.p.a. prevede una speciale procedura giudiziale accelerata.

L'art. 119 c.p.a., per le controversie che hanno ad oggetto i provvedimenti delle Authorities, è caratterizzato dall'abbreviazione di tutti i termini processuali, salvo quelli per la notifica dell'atto introduttivo del giudizio, dei motivi aggiunti, del ricorso incidentale e dell'appello avverso le ordinanze cautelari del giudice di primo grado.

Alla luce di quanto detto, il ricorso principale, incidentale e i motivi aggiunti si notificano entro 60 giorni e si depositano entro 15 giorni, la notifica dell'appello, invece, avverso le ordinanze cautelari del giudice di primo grado è di 30 giorni dalla notificazione dell'ordinanza.

4. Il potere regolamentare delle Authorities

La problematica della potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti è strettamente legata al fondamento stesso di tale potestà, ai procedimenti di formazione dei regolamenti, alla collocazione di tali regolamenti nel sistema delle fonti.

L'indagine sulla potestà normativa delle Authorities, rende necessario esaminare gli effetti che questo potere può determinare nel sistema delle fonti ed anche l'incidenza del potere medesimo nell'individuazione e determinazione del ruolo che le Autorità amministrative indipendenti assumono nel sistema istituzionale.

Le Autorità amministrative indipendenti, nello svolgimento delle proprie attività, esercitano diversi poteri amministrativi, i quali si concretizzano nell'emanazione di atti

ablatori, autorizzatori ed anche normativi.

Affermare che, le Autorità amministrative indipendenti, nello svolgimento della propria attività, possano emanare anche atti normativi, comporta di conseguenza, il riconoscimento di un regime differenziato degli stessi rispetto agli atti ascrivibili alla funzione amministrativa classica.

Nonostante quanto appena detto, sia la dottrina che la giurisprudenza maggioritaria, sono concordi nel ritenere che i regolamenti emanati dalle Authorities, restano ascritti alla categoria degli atti amministrativi, sia per quanto riguarda le modalità di adozione che per quanto riguarda il sindacato giurisdizionale.

Parallelemente all'esercizio di funzioni normative da parte delle Autorità amministrative indipendenti, si sono affermate nel corso del tempo, anche particolari forme di partecipazione procedimentale (c.d. contraddittorio orizzontale) il cui scopo è la partecipazione dei soggetti interessati all'attività posta in essere dalle Authorities, partecipazione che avviene con funzione non più solo difensiva ma più propriamente collaborativa.

Il riconoscimento, ai soggetti interessati, delle suddette garanzie procedimentali, ha assicurato una peculiare legittimazione delle Authorities, fondata sulla c.d. democrazia procedimentale, a tal proposito si suole parlare di legittimazione democratica a posteriori.

Il riconoscimento di uno spazio di intervento ai diretti interessati, da parte delle Autorità amministrative indipendenti, è assicurato anche, qualora, l'Authorities eserciti funzioni decisorie.

Nonostante sia pacifico il riconoscimento alle stesse Autorità dello svolgimento della funzione di regolazione del settore loro affidato, la dottrina risulta essere divisa circa la definizione di tale funzione.

Secondo alcuni il potere regolamentare delle Authorities ricomprenderebbe sia il tradizionale intervento pubblico di regolamentazione, sia gli interventi in cui il soggetto pubblico assume una posizione esterna al mercato, al fine di garantirne l'efficienza.

Altra parte della dottrina, non sembra essere d'accordo con la titolarità di un ampio potere regolamentare in capo alle Autorità amministrative indipendenti, in quanto si verrebbe a creare un contrasto con la stessa Costituzione e più in particolare, con i principi della rappresentanza politica e con il più importante principio di legalità.

I fautori della tesi di cui sopra, sostengono che le leggi attributive della funzione normativa alle Authorities, sono viste come momenti di assegnazione alla singola Autorità di un'ampia discrezionalità.

Spostando il discorso sulla collocazione dei regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti nel sistema delle fonti, il Consiglio di Stato ha affermato che il potere normativo delle Authorities non può imporsi su fonti di rango primario, dato che, l'assegnazione di un potere normativo ad un soggetto diverso dal legislatore deve trovare fondamento in una specifica previsione di legge, a garanzia dei principi costituzionali.

Riflettendo sull'attività normativa della Pubblica Amministrazione, all'interno della quale, eminenti studiosi fanno confluire la potestà regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti, è facile notare come nella moderna società siano aumentati a dismisura le autorità amministrative titolari di poteri normativi.

Il riconoscimento di un importante ruolo istituzionale in capo alle Autorità amministrative indipendenti, consente di inquadrare il potere regolamentare, di cui sono titolari, sotto più punti di vista.

Il riconoscimento della collocazione istituzionale delle Authorities, nonché le considerazioni sulle peculiarità del contenuto della funzione di regolazione, permettono di individuare il fondamento stesso del potere normativo delle Autorità nei principi costituzionali, sui quali si basa anche l'istituzione dell'Autorità medesima.

L'individuazione del fondamento del potere normativo delle Authorities nei principi costituzionali, non ha permesso di risolvere il problema del mancato rispetto del principio di legalità.

La necessità di una legge che attribuisca il potere regolamentare deve, comunque, essere soddisfatta, il fondamento costituzionale, su cui si basa l'attività delle Authorities, consente di assegnare alla legge attributiva del potere normativo un significato differente.

Il riconoscimento del ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti, titolari del potere regolamentare, non deve essere inteso come parametro giustificativo dell'assenza di un fondamento legislativo del potere stesso e, quindi, come limite dello stesso principio di legalità, quanto piuttosto, come duplice fondamento, sia costituzionale che legislativo, del potere normativo stesso.

Dall'esame fin qui svolto, si può affermare che i regolamenti delle Authorities, sono espressione non solo dell'autonomia delle stesse, ma anche di una funzione di regolazione ad esse assegnata, funzione il cui scopo è quello di garantire il corretto funzionamento di un determinato settore attraverso la predisposizione di determinate regole e il controllo delle attività svolte dai soggetti che vi operano.

5. Partecipazione al procedimento di formazione degli atti normativi delle Authorities

Il rispetto del principio del contraddittorio e delle garanzie procedimentali, assume un particolare significato se lo si rapporta all'esercizio della potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti, in quanto la partecipazione dei soggetti interessati al relativo procedimento assicura la c.d. "legittimazione democratica dal basso".

Il rispetto dei suddetti principi, permette di superare il problema del mancato rispetto del principio di legalità sostanziale, conseguente al riconoscimento di un'ampia potestà normativa, da parte della legge, alle Autorità amministrative indipendenti.

Tale problema viene, quindi, superato grazie alla possibilità riconosciuta ai soggetti interessati, di partecipare attivamente al procedimento di formazione degli atti regolamentari delle Authorities, possibilità, questa, che consente di superare non solo il difetto iniziale di legalità sostanziale del potere regolamentare delle Authorities ma, anche, il deficit di legittimazione democratica delle stesse.

I procedimenti che si svolgono innanzi alle Autorità amministrative indipendenti, si sono sempre caratterizzati per la possibilità di partecipazione riconosciuta ai soggetti interessati e, soprattutto, per il rispetto del principio del contraddittorio.

In merito al suddetto principio, c'è da dire che le forme di tutela di tale principio assumono diverse forme a seconda della funzione esercitata dall'Autorità amministrativa indipendente.

Si suole parlare di contraddittorio verticale, in relazione alle garanzie poste a tutela del diritto di difesa dei soggetti coinvolti nell'esercizio di poteri della singola Autorità, e contraddittorio orizzontale, con riguardo alle forme di partecipazione collaborativa svolte dai soggetti interessati, in rappresentanza di diversi interessi.

Volendo approfondire il discorso sugli atti aventi natura regolamentare o a contenuto generale, sembra opportuno sottolineare che tali atti, in base a quanto disposto dall'art. 23

della legge 262/2005, necessitano di motivazione in riferimento alle scelte di regolazione e vigilanza del settore o della materia su cui vertono.

L'art 23 della legge 262/2005, specifica, inoltre, che tali atti devono essere coadiuvati da una relazione il cui scopo è quello di illustrarne le conseguenze sulla regolamentazione generale, sull'attività delle imprese e degli operatori, sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori.

La disposizione di cui all'art. 23 della legge 262/2005 permette di codificare un importante principio al quale le Autorità amministrative indipendenti devono uniformarsi nell'emanazione degli atti di regolazione generale.

Il principio in parola è quello della proporzionalità, definito anche quale criterio di esercizio adeguato del raggiungimento del fine con il minor sacrificio possibile degli interessi dei destinatari.

Alla luce del suddetto principio, sembra chiaro l'intento del legislatore di imporre alle Authorities, un vincolo nell'esercizio della potestà normativa, rappresentato, come già detto, dal minor sacrificio possibile degli interessi dei destinatari.

Analizzando più nel dettaglio il disposto dell'art. 23 della legge 262/2005, emerge un orientamento il cui scopo non è limitare, bensì rafforzare la potestà normativa delle Authorities, imponendo da un lato la partecipazione volta ad assicurare un decisivo coinvolgimento dei soggetti interessati nel processo decisionale dell'Autorità e, dall'altro lato, prevedendo strumenti finalizzati al miglioramento delle qualità degli atti normativi emanati dalle Authorities.

La partecipazione alle attività delle Authorities, da parte dei soggetti interessati, reca notevoli vantaggi alle stesse, vi è la possibilità per le Autorità di avvalersi dell'expertise dei soggetti destinatari degli atti di regolazione, nonché, la possibilità di un ampliamento delle informazioni di cui può disporre.

Di contro, è stato evidenziato, che tali forme procedurali potrebbero rallentare l'attività di regolazione dell'Autorità amministrativa indipendente; l'esperienza, però, dimostra che l'adozione degli atti regolatori preventivamente "negoziati" con i soggetti interessati, hanno maggiori probabilità di successo in termini di accettazione e condivisione dell'atto regolatorio stesso.

La partecipazione dei soggetti interessati alle attività normative delle Authorities e la

conseguente valutazione ex ante degli effetti delle misure regolamentari elaborate dalle stesse, danno la possibilità di superare la classica asimmetria tra Authorities e soggetti destinatari della decisione.

Facendo ricorso a tali garanzie procedurali, si è riuscito a superare l'annosa questione del contrasto tra potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti e principio di legalità sostanziale.

Nei procedimenti finalizzati all'adozione degli atti normativi, da parte delle Authorities, devono essere rispettati i principi del giusto procedimento e quello del contraddittorio, nello specifico, il rispetto del principio del contraddittorio deve essere garantito in tutte le fasi del procedimento di formazione dell'atto normativo.

Da quanto detto, si evince che l'Autorità amministrativa indipendente, deve rendere edotti i soggetti destinatari degli atti regolamentari prima dell'adozione dell'atto stesso, tramite la comunicazione dei presupposti e le finalità che giustificano l'intervento pubblico di regolazione.

Successivamente, l'Autorità amministrativa indipendente deve sottoporre alla consultazione dei soggetti interessati, la versione dell'atto normativo che intende adottare.

Dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto che, l'obbligo motivazionale, introdotto con la legge 262/2005, debba essere applicato sia nei riguardi degli atti normativi che degli atti amministrativi generali.

Nella motivazione dell'atto normativo, l'Authorities esplica, in contraddittorio con i soggetti interessati, le ragioni delle proprie scelte e, ancor prima, le ragioni che hanno giustificato l'intervento stesso dell'Autorità.

La motivazione dell'atto finale, assume notevole importanza in quanto, sia su di essa che sul procedimento di formazione dell'atto normativo si svolgerà il controllo giurisdizionale. Gli atti regolamentari delle Authorities sono, infatti, sottoposti ad un penetrante sindacato giurisdizionale.

Il tema dell'esercizio del potere normativo da parte delle Autorità amministrative indipendenti, è stato oggetto di numerose pronunce da parte del Consiglio di Stato.

La magistratura amministrativa, ha giustificato l'esercizio del potere normativo da parte

delle Authorities in quanto ricompreso all'interno della funzione di regolazione, che è propria di queste Autorità, ed il cui esercizio impone il rispetto del principio del giusto procedimento.

Il rispetto del principio del giusto procedimento, della partecipazione al medesimo, nonché della motivazione degli atti dell'Autorità, trova fondamento in numerose pronunce giurisprudenziali.

A tal proposito, il Consiglio di Stato ha affermato che sia la trasparenza che la motivazione degli atti normativi emessi dalle Authorities giustificerebbero, per ciò solo, l'esercizio dei poteri regolamentari delle Autorità amministrative indipendenti.

Il Consiglio di Stato afferma, inoltre, che l'attività di regolazione necessita del rispetto di un procedimento aperto, procedimento che, a sua volta, legittima anche il potere normativo delle Authorities.

6. Conclusioni

Relativamente al problema del mancato rispetto del principio di legalità, i dubbi di costituzionalità dell'attribuzione del potere normativo alle Autorità amministrative indipendenti, è dipeso in larga parte, dalla circostanza che le singole leggi attribuivano alle stesse un potere normativo alquanto ampio e indeterminato, indicando solo gli obiettivi da raggiungere.

In merito alla potestà regolamentare delle Authorities, in dottrina c'è chi afferma che, la previsione legislativa di un potere normativo basato sugli obiettivi da raggiungere, sia strettamente correlato al ruolo assegnato alle Autorità amministrative indipendenti, le quali sono chiamate allo svolgimento di un compito di regolazione del settore loro affidato.

Su un diverso piano si muovono i sostenitori della tesi secondo la quale, l'attenzione andrebbe posta sulla tipologia di potestà normativa affidata dalla legge, in tale ottica un'importante funzione sarebbe attribuita alla motivazione dell'atto e alle esigenze di partecipazione al procedimento di formazione dell'atto medesimo da parte di tutti i soggetti coinvolti.

Alla luce di quanto detto, ben può dirsi che il potere regolamentare delle Authorities, si manifesta come un potere diverso, dal punto di vista qualitativo, da quello regolamentare esercitato dall'esecutivo.

Gli atti normativi delle Autorità amministrative indipendenti si caratterizzano per un elevato grado di specializzazione della normativa, specializzazione che risulta essere il frutto di una mediazione di interessi organizzativi, necessitanti di una particolare competenze tecnica sia in fase elaborativa che interpretativa.

Il Consiglio di Stato, con riguardo al regime giuridico dei regolamenti delle Authorities, afferma che il potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti si potrebbe inquadrare nel c.d. policentrismo normativo, che caratterizza il moderno sistema delle fonti del diritto.

La funzione regolamentare delle Authorities, risponderebbe ad esigenze di garanzia tutelate costituzionalmente, necessarie per assicurare l'indipendenza, la neutralità e la funzionalità delle Autorità amministrative indipendenti.

La titolarità della funzione di regolazione attribuita alle Authorities, si configura come una funzione complessa, in quanto comporta la titolarità, in capo ad una singola Autorità amministrativa indipendente, di molteplici poteri.

Nel panorama italiano, non tutte le Autorità amministrative indipendenti assicurano il diritto di partecipazione al procedimento e soprattutto il diritto di accesso agli atti dello stesso.

Alla luce di quanto detto, particolare importanza assumono gli strumenti volti a garantire la trasparenza e l'accesso agli atti nella fase istruttoria, l'esigenza di completezza della fase probatoria, nonché la separazione tra la fase istruttoria e quella decisoria.

È la previsione di un procedimento partecipativo che assicura la garanzia delle posizioni giuridiche dei soggetti interessati dall'esercizio di poteri regolatori da parte delle Autorità amministrative indipendenti, inoltre, spetterà al giudice amministrativo rendere effettive tali forme di partecipazione ai procedimenti di formazione degli atti normativi delle Autorità amministrative indipendenti.

BIBLIOGRAFIA

TRAVI A., Lezioni di giustizia amministrativa, 2006

AQUILANTI P., Autorità garante per la concorrenza ed il mercato 2006

Caringella F. Manuale di diritto amministrativo, 2018

Grasso G., Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica, 2006

Predieri A., L'erompere delle autorità amministrative indipendenti, 1997

Corso G., Manuale di diritto amministrativo, 2017

Garofoli R. Ferrari G., Manuale di diritto amministrativo, 2018

Pantalone P., Autorità indipendenti e matrici della legalità, 2018

Iannello C., Le autorità indipendenti tra funzione regolativa e judicial review, 2018

Licata G. F., Provvedimenti antitrust a contenuto normativo, 2013

Luciani F., Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia, 2011

Chieppa R. Cirillo G. P., Trattato di diritto amministrativo – Le autorità amministrative indipendenti, 2010

Caretti P., Osservatorio sulle fonti 2003 – 2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti, 2005

Casetta E., Manuale di diritto amministrativo, 2018
