



## RIFLESSIONI SUL POTERE NORMATIVO DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI FRA LEGALITÀ “SOSTANZIALE”, LEGALITÀ “PROCEDURALE” E FUNZIONE DI REGOLAZIONE\*

di Raffaele Titomanlio\*\*

SOMMARIO: 1. Atti normativi delle autorità indipendenti e funzione di regolazione. - 2. Alcune questioni preliminari. - 3. Alla ricerca del fondamento del potere normativo delle autorità indipendenti. - 4. Dalla “legalità sostanziale” alla “legalità procedurale”: contraddittorio e partecipazione nel procedimento di formazione degli atti normativi delle autorità indipendenti. - 5. Riflessioni conclusive. Il potere regolamentare delle autorità indipendenti nel sistema istituzionale.

### 1. Atti normativi delle autorità indipendenti e funzione di regolazione

**E'** stato più volte affermato che le autorità amministrative indipendenti possono essere assunte quale osservatorio privilegiato (o uno degli osservatori privilegiati) dei mutamenti contemporanei del diritto pubblico in generale e del diritto amministrativo in particolare<sup>(1)</sup>. E, nel quadro dei poteri assegnati

\* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

\*\* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

<sup>1</sup> Sulla natura di tali autorità, dopo alcune perplessità (oramai risalenti) della dottrina, unanime è il riconoscimento della natura amministrativa delle stesse. In tal senso costante è l'orientamento del giudice amministrativo (v., ad es., Cons. Stato, sez. VI, sent. 29 maggio 2008, n. 2548) e della giurisprudenza ordinaria v. Cass., sez. I, sent. 30 giugno 2001, n. 8889, secondo cui le autorità indipendenti hanno natura amministrativa, non sussistendo nel nostro ordinamento un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione. In dottrina (oramai sterminata) v. F. BASSI - F. MERUSI (a cura di), *Meriti e amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1993; F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in Accademia dei Lincei, *Lo Stato delle istituzioni italiane: problemi e prospettive*, Atti del Convegno 30 giugno – 3 luglio 1993, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 389 ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. IV, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondato da G. Treccani, 1995; S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le*

alle autorità indipendenti, la potestà normativa, nonostante l'ampia messe di dottrina e di giurisprudenza, continua ad essere un argomento che suscita vivaci contrapposizioni con riguardo sia al fondamento di tale potere normativo, sia all'esercizio concreto del medesimo<sup>(2)</sup>.

autorità indipendenti, Pisa, ETS, 1996; S. CASSESE -C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1996; AA.VV. *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1997; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli, 1997; ID., *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, I, Firenze, Passigli, 1997; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IV, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondato da G. Treccani, 1997; G. AMATO, *Le autorità indipendenti*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia*, Torino, Einaudi, 1998; P. PERLINGIERI (a cura di), *Authorities e tutela della persona*, Napoli, Esi, 1999; AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, Cedam, 1999; AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, Il Mulino, 2000; R. TITOMANLIO, *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2000; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2000; V. CERULLI IRELLI, *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità*, in F.A. GRASSINI (a cura di) *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna, Il Mulino, 2001, 49 ss.; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001; F.G. SCOCA, *Le amministrazioni indipendenti*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, Monduzzi, 2001, p. 598; L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002; F. MERUSI – M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamenti*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 151 ss.; F. KOSTORIS PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Le Autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Milano, Giuffrè, 2002; F. MERUSI – M. PASSARO, *Le autorità indipendenti. Un potere senza partito*, Bologna, Il Mulino, 2003; M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005; V. PEPE, *Il processo di istituzionalizzazione delle autorità indipendenti: l'antitrust*, Prefazione di A. La Spina, Milano, F. Angeli, 2005; M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 588 ss.; G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006; P. ROSSI, *Le autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2006; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2007; D. BORSELLINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale: dal difensore civico alla tutela del risparmio*, Padova, Cedam, 2007; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari, Laterza, 2007; M. POTO, *Autorità amministrative indipendenti (aggiornamento)* in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, tomo I, Torino, Utet, 2008, 54 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009; G. NAPOLITANO – A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi: per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, Il Mulino, 2009; G.P. CIRILLO – R. CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità Amministrative Indipendenti*, Padova, Cedam, 2010; M. D'ALBERTI – A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati: le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010; F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010; F. LUCIANI (a cura di), *Le Autorità Amministrative Indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, Esi, 2011; A. RIVIEZZO, *Il doppio Stato regolatore: profili costituzionali, appunti di teoria generale*, Napoli, Jovene, 2013; B.G. MATTARELLA - A. NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente: un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze, Passigli, 2013; M. SANINO *L'approdo dell'esperienza delle autorità indipendenti a oltre vent'anni dalla loro istituzione*, Padova, Cedam, 2015; G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti*, in S. SICARDI, M. CAVINO E L. IMARISIO (a cura di), *Vent'anni di Costituzione (1993-2013): dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, Bologna, Il Mulino, 2015.

<sup>2</sup> La potestà normativa delle autorità indipendenti ha ricevuto in dottrina molteplici approfondimenti, v. (oltre agli scritti già citati nella nota precedente), N. MARZONA, *La potestà normativa delle amministrazioni indipendenti*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI, *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, cit., 46 ss.; L. COLACINO CINNANTE, *Trasformazioni dell'amministrazione e potere regolamentare*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. I, Padova, Cedam, 1998, 691 ss.; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondata da G. Treccani, 1995; P. BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle Autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 1999, 231 ss.; ID., *Attività normativa delle Autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in *Le Autorità indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1999; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999; C. TUBERTINI, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della P.A.*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1999, 1076 ss.; M.A. CABIDDU – D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare* 2000, 39 ss.; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, Cedam, 2002; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2002; P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica ed Autorità indipendenti*, in *A.I.P.D.A., Annuario* 2002, Milano, Giuffrè, 2003, 339 ss.; ID.,

Il dibattito relativo al potere normativo delle autorità indipendenti non può non essere collocato all'interno della più ampia riflessione relativa alla figura delle autorità amministrative indipendenti, le quali costituiscono un peculiare modello di azione e di organizzazione amministrativa chiamato a svolgere, in piena indipendenza, compiti di regolazione in ambiti caratterizzati da un elevato grado di competenza tecnica. Il *proprium* delle autorità indipendenti è individuato nella garanzia e nell'espletamento delle funzioni di *administrative regulation* quale espressione di una moderna e democratica visione della amministrazione<sup>(3)</sup>, non più “braccio operativo” delle scelte compiute dalla maggioranza politica, bensì modelli “di una amministrazione e di un diritto dell'amministrazione all'altezza dei tempi” e che “costituiscono una formula in linea con la Costituzione” ed “antesignana di una emergente, nuova concezione dell'amministrazione, ancorata alla società e al rispetto dei diritti individuali ... Una concezione in grado di realizzare finalmente nella sostanza i valori costituzionali”<sup>(4)</sup>.

Con riguardo all'esercizio delle funzioni normative, si sono affermate negli anni significative forme di partecipazione procedimentale (c.d. “contraddittorio orizzontale”) volte a garantire la partecipazione dei soggetti interessati con funzione collaborativa e non meramente “difensiva”. E così si è rinvenuto proprio nelle garanzie procedurali una peculiare legittimazione delle Autorità, fondata appunto sulla “*democrazia procedimentale*”<sup>(5)</sup>. Per questa strada si è affermato che le autorità ricevono “una

---

*Partecipazione e contraddittorio nelle procedure istruttorie davanti all'Autorità per l'energia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 361 ss.; ID., *Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive*, in *Rivista di diritto processuale amministrativo*, 2000, 212 ss.; ID., *La potestà regolamentare della Commissione nazionale Società e Borsa in materia di intermediazione finanziaria*, in *Foro Amministrativo*, 2000, 703 ss.; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Aggiornamento, in *Enciclopedia Giuridica Aggiornamenti*, vol. XXVI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondata da G. Treccani, 2002; U. DE SIERVO (a cura di), *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2005, fasc. 2003/2004, 1 ss. (numero monografico); M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, Napoli, Jovene, 2009; F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); M. FOGLIA, *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni regionali*, 2008, 559 ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità amministrative indipendenti e contratto*, Napoli, Esi, 2008; H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, Jovene, 2009; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2012.

<sup>3</sup> Lo svolgimento dei compiti assegnati alle autorità amministrative indipendenti “richiede competenze specifiche, che non si possono ragionevolmente pretendere né dal legislatore né da una qualsiasi amministrazione pubblica, e rapidità di interventi regolamentari e di vigilanza, in ragione della continua evoluzione che si registra in determinati settori e della complessità degli interessi in essi coinvolti, i quali impongono tempi tecnici incompatibili, per quanto concerne l'attività regolatoria, con quelli parlamentari e, per quanto attiene ai profili di vigilanza e di garanzia dei mercati, con quelli ordinari della pubblica amministrazione. Di qui, la necessità, avvertita anche a livello comunitario, di fare ricorso ad organismi dotati di alta specializzazione, in grado di predisporre specifiche regole tecniche rivolte agli operatori del settore, alla duplice condizione che la materia affidata a detti organismi non sia sottoposta a riserva di legge e che, nella legge istitutiva dell'Autorità o in altra fonte normativa primaria, siano rinvenibili i criteri di fondo per l'esercizio dei relativi poteri”. Così P. DE LISE, *Audizione nell'Indagine conoscitiva sulle Autorità Amministrative Indipendenti in corso dinanzi alla Camera dei Deputati*, Roma, 6 aprile 2011, in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it); v. già N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 86 ss.; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 12.

<sup>4</sup> N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 76 ss.

<sup>5</sup> S. CASSESE, *Negoziato e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit., p. 42

*legittimazione democratica a posteriori*”(6). Bisogna inoltre aggiungere che anche nell'esercizio delle funzioni decisorie (ad es. adozione di provvedimenti anche sanzionatori, di carattere interdittivo o pecuniario), le autorità indipendenti sono tenute a seguire procedimenti caratterizzati da elevate garanzie di partecipazione degli interessati (questa attività – definita, seguendo il modello statunitense, di *adjudication* - si svolge garantendo il più ampio diritto di difesa sia agli interessati sia ai controinteressati).

Ma se ampio è il riconoscimento alle amministrazioni indipendenti dello svolgimento della funzione di “regolazione” del settore loro affidato, divisa rimane la dottrina nella definizione di tale funzione. Secondo alcuni la *regulation* ricomprende sia il tradizionale intervento pubblico di regolamentazione, sia quegli interventi in cui il soggetto pubblico “assume una posizione per così dire esterna al mercato”, al fine di garantirne l'efficienza(7).

In dottrina è ravvisabile anche l'orientamento secondo cui l'assegnazione alle autorità indipendenti di un ampio potere normativo si pone in contrasto con la Costituzione, con i principi della rappresentanza politica e con il principio di legalità(8). In questa prospettiva le leggi attributive alle autorità indipendenti della funzione normativa, limitandosi ad elencare “nudi elenchi di valori”(9), sono viste come momenti di assegnazione alla singola autorità di un'ampia discrezionalità(10). Secondo questa impostazione le autorità indipendenti, anche se chiamate alla produzione di “norme aderenti alle dinamiche dei fatti”, disporrebbero di una illimitata discrezionalità (“che inizia già con l'attività di rilevazione dei dati”) ed il cui processo decisionale sarebbe comunque destinato a concludersi con “un atto volitivo”(11). L'indeterminatezza della legge attributiva della competenza impedirebbe dunque di ritenere che l'autonomia normativa delle autorità indipendenti si svolga “*dans le cadre défini par les lois*”(12).

<sup>6</sup> M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, cit., p. 19; R. CHIEPPA, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, Relazione al Convegno “*Inparzialità ed indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali ed amministrative*”, Roma, Consiglio di Stato, 14 dicembre 2005, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 36: “La legittimità democratica non dipende solo dall'applicazione dell'istituto della rappresentanza politica, ma anche da un processo partecipativo all'elaborazione ed applicazione delle regole improntato a criteri di correttezza e giustizia”.

<sup>7</sup> L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002, 72, e che svolge un'approfondita analisi della dottrina statunitense e britannica sul tema della *regulation*.

<sup>8</sup> Secondo parte della dottrina (soprattutto di diritto costituzionale), tali autorità sarebbero in contrasto con la Costituzione perché si pongono al di fuori del tradizionale principio di divisione dei poteri e del principio di responsabilità e di legittimazione democratica: M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994; S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le Autorità indipendenti*, Pisa, Ets, 1996; AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, Cedam, 1999; F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000; G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in Onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2012, 721 ss.

<sup>9</sup> L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, 444; G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova, Cedam, 1993, 272.

<sup>10</sup> G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, cit., 723: “il pericolo dal quale le Autorità ci vogliono proteggere, cioè una disciplina sulle libertà obbediente al *dictat* della politica, non è meno grave del rischio di una regolazione sostanzialmente primaria, svincolata dal comando politico, autoreferenziale e quindi inidonea a comporre l'oggetto di un giudizio di responsabilità politica?”.

<sup>11</sup> G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità ...*, cit., 724.

<sup>12</sup> Come richiesto, nell'ordinamento francese, dal Conseil Constitutionnel nella *Décision n. 217* del 1986: Conseil

La dottrina che vede “criticamente” l'esperienza delle autorità amministrative indipendenti, sottolinea che, di fatto, il regolamento dell'autorità indipendente finisce per assegnare agli interessi in gioco una “concreta consistenza” (che non potrebbe dunque essere riferita al legislatore primario), sicché la potestà normativa delle autorità indipendenti verrebbe a configurarsi quale “polo normativo autosufficiente”, che decide di intraprendere, avvia e porta a compimento un processo normativo destinato a concretizzare scelte “politiche”. I regolamenti delle autorità indipendenti, muovendosi in uno spazio di “assenza della legge” (giacché questa, limitandosi ad un mero conferimento di potere normativo, non pone alcuna disciplina sostanziale della materia), verrebbero a porsi come l'unica fonte della disciplina sostanziale della materia<sup>(13)</sup>.

Questo ordine di considerazioni è funzionale alla riaffermazione della critica di fondo che accompagna la vita delle autorità amministrative indipendenti fin dalla loro apparizione e relativa all'assenza di una legittimazione democratica delle stesse, benché chiamate ad assumere decisioni intrinsecamente politiche pur essendo estranee al circuito politico-rappresentativo.

Con riguardo alla collocazione dei regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti, il Consiglio di Stato ha chiaramente affermato che “il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti non può imporsi su fonti di rango primario” dal momento che l'assegnazione di potere normativo ad un soggetto diverso dal legislatore (e, segnatamente, ad un organo amministrativo) “deve necessariamente trovare fondamento in una previsione di legge, a garanzia dei principi fondamentali dello Stato di diritto, sanciti dalla Costituzione”<sup>(14)</sup>.

Nell'ormai sterminato panorama dottrinale in tema di autorità indipendenti<sup>(15)</sup>, il

Constitutionnel, *Décision nn.* 217-86, 260-89, n. 580-2009.

<sup>13</sup> Così G. DE MINICO, *Regole. Comando e Consenso*, Torino, Giappichelli, 2005, 17 ss.

<sup>14</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5622; Consiglio di Stato, Sezione per gli atti normativi, parere del 14 febbraio 2005, n. 11603.

<sup>15</sup> Oltre alla dottrina citata nelle note 1 e 2 v. anche A. PREDIERI, *La posizione della Consob nell'apparato amministrativo*, in G. M. FLICK (a cura di), *La Consob. L'istituzione e la legge penale*, Milano, Giuffrè, 1987, 218 ss.; C. FRANCHINI, *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1988, 549 ss.; F. BASSI, *Introduzione*, in F. BASSI – F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit., VII ss.; V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle amministrazioni indipendenti*, *ibidem*, 1 ss.; F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, *ivi*, cit., 151 ss.; A. CAGLI, *Il quadro normativo delle amministrazioni pubbliche indipendenti*, in *Foro amministrativo*, 1991, II, 1627 ss.; P. VOGLI, *Le prospettive delle amministrazioni pubbliche indipendenti*, in *Archivio giuridico “F. Serafini”*, 1991, 335 ss.; N. LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti. Profili introduttivi*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, *Problemi attuali di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991, 173 ss.; N. LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti e la posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica*, in *Scritti in onore di Ottaviano*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993; ID., *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata*, Torino, Giappichelli, 1999; P. LAZZARA, *La potestà regolamentare della Consob in materia di intermediazione finanziaria*, in *Foro amministrativo*, 2000, 715; A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000; S. FRANZONI, *L'attività di regolazione delle autorità indipendenti*, in *Diritto dell'Economia*, 2008, 373 ss.; M. ASPRONE, *Le authorities indipendenti: caratteri distintivi*, in *Rivista Amministrativa*, 2007, 827 ss.; L. CUOCOLO, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quaderni regionali*, 2007, 601 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e diritti: la tutela dei cittadini e delle imprese*, in *Foro amministrativo - Tar*, 2007, 2925 ss.; M. SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Rivista Amministrativa*, 2007, 613 ss.; C. CALAFIORE, *Le autorità amministrative indipendenti nell'attuale contesto ordinamentale italiano: origine ed analisi storico-comparatistica del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti*, in *Nuove autonomie*, 2007, 235 ss.; F. CAPRIGLIONE, *Il rapporto tra politica ed*

dibattito relativo alla potestà normativa loro assegnata si presenta caratterizzato da molteplici questioni relative al fondamento di tale potere normativo, alla collocazione dei regolamenti delle amministrazioni indipendenti nel sistema delle fonti, ai procedimenti di formazione dei regolamenti medesimi e, più in generale, alla collocazione di tale potere normativo all'interno dei poteri e del ruolo svolto dalle amministrazioni indipendenti<sup>(16)</sup>.

Il modello (ammesso che possa parlarsi di un unico modello)<sup>(17)</sup> delle autorità amministrative indipendenti ha ricevuto in dottrina numerose ricostruzioni anche molto distanti le une dalle altre. Alle ricostruzioni (v. *supra*) sostenitrici della incostituzionalità di siffatte autorità che, in quanto prive di legittimazione democratica, sarebbero assegnatarie di un potere che nel nostro ordinamento dovrebbe trovare collocazione esclusivamente all'interno del circuito della rappresentanza politica<sup>(18)</sup> si sono contrapposte riflessioni volte a riconoscere alle autorità indipendenti la funzione di adempimento di principi costituzionali (quali l'art. 97 Cost. o l'art. 3, secondo comma, Cost.) o di tutela di valori costituzionalmente protetti (ad es. l'art. 41 Cost.)<sup>(19)</sup>.

Da diversi anni la dottrina prevalente riconosce che con l'istituzione di "autorità amministrative indipendenti" (o, per utilizzare termini importati da altri ordinamenti giuridici, *authorities* o *independent commissions* o *independent agencies* o *autorités administratives indépendantes*)<sup>(20)</sup>, si è inteso dar vita ad organismi preposti a particolari settori (economici, finanziari o relativi a servizi pubblici), ed aventi lo scopo di assicurare regolare svolgimento del "libero gioco economico", impedendo l'instaurazione di – o rimuovendo – situazioni di monopolio o di oligopolio o comunque di tutelare diritti

*amministrazione - Le amministrazioni indipendenti*, in *Mondo bancario*, 2007, fasc. 2, 41 ss.; M. MANETTI, *Un passo avanti verso la riforma delle autorità indipendenti*, in *Rassegna Parlamentare*, 2007, 291 ss.; D. BORSELLINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale - Dal difensore civico alla tutela del risparmio*, Padova, Cedam, 2006; M. CLARICH, *I procedimenti e le forme di collaborazione tra autorità di vigilanza*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2007, 311 ss.; G. MARCOU, *Esiste una nozione giuridica di regolazione?*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2006, fasc. 1, 13 ss.; C. IANNELLO, *L'ambigua trasposizione della nozione di regolazione dall'ordinamento statunitense a quello italiano*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2006, fasc. 1, 83 ss.; S. TRAVERSA, *Durata del mandato dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni e prorogatio dei poteri*, in *Rassegna Parlamentare*, 2006, 87 ss.; G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in *Il diritto*, vol. II, Milano, Il Sole 234 Ore, 2007, 255 ss.; F. TOTH, *La diffusione delle agenzie amministrative in Italia*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 2007, fasc. 1, 135 ss.; F.G. SCOCA, *Saggio*, in L. PAGANETTO (a cura di) *Authorities*, cit., 36 ss.

<sup>16</sup> L'analisi del potere normativo delle autorità indipendenti non può prescindere dalla valutazione del ruolo e della collocazione delle medesime nel sistema istituzionale e, più in generale dalla funzione propria che si intende assegna alle autorità indipendenti. In tale prospettiva già G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolatorie*, Padova, Cedam, 1993; con specifica attenzione proprio al concetto di "regolazione" e alla individuazione di un contenuto della "funzione di regolazione", L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002; con riguardo alla potestà normativa delle autorità indipendenti, sviluppa tale ordine di considerazioni, F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 3.

<sup>17</sup> Critico verso la "ricerca della definizione" N. LONGOBARDI, *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata*, cit., 57 ss.; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in Aic, *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, cit., 13 ss., distingue invece fra "autorità semi-indipendenti" ed "autorità di garanzia".

<sup>18</sup> M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 93 s.; F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico rappresentativo*, cit. 76 ss.

<sup>19</sup> A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 4 ss.

<sup>20</sup> M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 57 ss.; v. già ID., *Le Autorità indipendenti raccontate agli economisti*, in *Diritto Amministrativo*, 1993, 18 ss.; v. anche F.G. SCOCA, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Studi in tema di liberalizzazioni*, Torino, Giappichelli, 2007.

costituzionalmente riconosciuti. E proprio per assicurare il raggiungimento di queste finalità, le autorità indipendenti godono di molteplici poteri (normativi, sanzionatori, provvedimentali, ecc.) riuniti sotto la denominazione di poteri “regolatori” (e dunque esplicazione della funzione di regolazione).

Le varie forme storicamente registrate (Stati Uniti, Gran Bretagna, Francia) volte a limitare l'ingerenza del potere politico in determinati settori (definiti “sensibili”), hanno indotto parte della dottrina a sostenere che l'idea posta alla base del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti (e che giustifica il ricorso a tale formula) sia quella di una concezione diversa delle funzioni dello Stato, non più chiamato a farsi carico della gestione diretta dell'economia e dei servizi pubblici, ma competente a regolare e controllare l'attività di imprese e gestori privati<sup>(21)</sup>.

Quello delle autorità amministrative indipendenti si è rivelato subito come un modello in espansione (e non solo nel nostro Paese) anche in ragione della capacità delle stesse di soddisfare l'esigenza di separazione tra la pubblica amministrazione e gli organi politici, proprio perché adeguata “risposta” alla comprovata insufficienza delle tradizionali formule organizzative di assicurare effettività al principio di separazione-distinzione tra politica ed amministrazione<sup>(22)</sup>.

L'introduzione di questo tipo di organismi (denominati appunto “neutrali”)<sup>(23)</sup> è dunque auspicata e giustificata proprio in base all'esigenza di sottrarre all'ingerenza del potere esecutivo l'esecuzione della legge nei relativi settori, per affidarla invece ad organismi caratterizzati dal requisito dell'imparzialità rispetto ai contendenti ed ai diversi interessi dei quali questi ultimi siano portatori. E, proprio per consentire alle autorità

<sup>21</sup> A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., 61 ss.; sulla “neutralizzazione” e sulla distinzione fra “neutralità tecnica” e “neutralità politica” v. M. MNETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 3 ss., che richiama la riflessione di Carl Schmitt sui poteri neutrali; v. già A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1964, 261 ss.

<sup>22</sup> N. LONGOBARDI, *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata. Temi, sintesi, approfondimenti, considerazioni*, cit., 84 ss. e in particolare p. 108: “Le numerose disposizioni costituzionali invocate a fondamento delle autorità amministrative indipendenti non solo confermano che le nuove realtà amministrative costituiscono una formula in linea con la Costituzione, ma anche che esse sono antesignane di una emergente nuova concezione dell'amministrazione, ancorata alla società ed al rispetto dei diritti individuali; già solo per questo anche molto più efficace. Una concezione in grado di realizzare finalmente nella sostanza i valori costituzionali”. V. anche Id., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit. 123.

<sup>23</sup> Al riguardo v. A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di A. Segni*, Milano, Giuffrè, 1967, 241 ss.; per N. LONGOBARDI, *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata*, cit., 105, “L'equazione neutralità = apoliticità è puramente falsa” (già G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari* (1948), Napoli, Jovene, 1990, 152 ss.). Il carattere della neutralità richiede due requisiti: 1) la posizione di indipendenza dell'organo in questione (e cioè che tale organo non sia sottoposto - né gerarchicamente, né altrimenti - né condizionato - né giuridicamente, né di fatto - da altri soggetti o organi in grado di influenzarne comunque l'operato); 2) assoluta estraneità ed indifferenza dell'attività di tale organo agli interessi al cui regolamento la sua attività è diretta. Secondo C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1988, 549 ss., le autorità amministrative indipendenti sono caratterizzate da un accentuato grado di indipendenza, discendente dal tipo di funzione che tali autorità svolgono e cioè dalla funzione fondamentale di regolamentazione e di protezione di interessi collettivi in taluni settori socialmente rilevanti. E per lo svolgimento di questa funzione è necessario che tali organi possano agire senza condizionamenti da parte del potere politico, della burocrazia amministrativa e dei gruppi privati (al fine di garantire i cittadini dagli abusi di posizione dominante). V. anche G. SILVESTRI, *Poteri attivi e poteri moderatori: attualità della distinzione*, in L. LUATTI (a cura di) *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, 29.

amministrative indipendenti di poter svolgere efficacemente il ruolo *super partes* loro assegnato, le stesse non devono trovarsi collocate in un rapporto di tipo gerarchico nei confronti dell'esecutivo e, più in generale, del potere politico. Ed infatti la stessa espressione "amministrazione indipendente" ha trovato rapida diffusione ed è utilizzata soprattutto per indicare la "non dipendenza da direttive politiche", l'alto tasso di imparzialità che caratterizza tali organi e la "neutralizzazione" o "neutralità tecnica e politica" della funzione da essi svolta<sup>(24)</sup>.

<sup>24</sup> Secondo l'impostazione di A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, cit., 241 ss. il carattere della neutralità presuppone due fondamentali requisiti: 1) la posizione di indipendenza dell'organo in questione (e cioè che tale organo non sia sottoposto, né condizionato - né giuridicamente, né altrimenti - da altri soggetti o organi in grado di influenzarne comunque l'operato); 2) l'assoluta estraneità ed indifferenza dell'attività dell'organo agli interessi alla cui regolazione la sua attività è diretta. Per M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 9, l'affermazione di poteri neutrali si riscontrerebbe soprattutto nei momenti di crisi della politica, "quando la razionalità dell'azione dei pubblici poteri si offusca e la legge stenta a realizzare sintesi durevoli e soddisfacenti dell'interesse generale"; in precedenza (p. 1 ss.) l'Autrice ricorda il pensiero di C. SCHMITT, *Das Problem der innerischen Neutralität des Staates* (1930), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, 1958, 41 ss., e in ID., *Il custode della Costituzione* (1931), Milano, Giuffrè, 1981, 149 ss., secondo cui "i poteri neutrali sono ... in realtà titolari di decisioni politiche, e partecipano a pieno titolo all'esercizio della sovranità, anche se non sono previsti dalla Costituzione". Sull'uso polemico da parte di C. Schmitt del termine "neutralizzazione" v. già N. LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti*, cit., 210 ss.; critico dell'esperienza delle autorità indipendenti è anche F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit., 113 ss., secondo cui (p. 130-131) "L'indipendenza e la neutralità sono diventate, così, le nuove 'categorie del Politico', i nuovi fondamenti della legittimazione di un sistema istituzionale, prima ancora che normativo, alternativo alla tradizione democratica". Anche A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 40, ritiene che "Le autorità amministrative indipendenti sono l'effetto di una crisi della rappresentanza, acuito dalla crisi del sistema dei partiti italiano, che porta alla richiesta di risposta tecnica e indipendente, non politica, alle domande della società"; per questo Autore tale fenomeno ha a monte (p. 7) "il consolidarsi ... dei caratteri dello stato osmotico", intendendosi per tale lo Stato che "gestisce, cerca di gestire, la ricerca del continuo equilibrio fra organizzazioni politiche, sociali, economiche, fra stato e mercato, fra pubblico e privato, fra associazioni, partiti, mercati, imprese, tutte organizzazioni della *politeia*, dello spazio pubblico, che sta fra stato apparato e società". L'impostazione teorica, che vede in maniera critica le autorità amministrative indipendenti in quanto estranee al circuito della rappresentanza politica (e pertanto prive della legittimazione democratica), ritiene le amministrazioni indipendenti organi sostitutivi del potere politico nei casi in cui quest'ultimo si rivela incapace di adempiere al proprio ruolo. N. LONGOBARDI, *Amministrazioni indipendenti*, cit., 173 ss.; ID., *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata*, cit., 97 ss., precisa che la spiegazione del fenomeno delle autorità indipendenti non possa ridursi ad una monolitica e semplicistica argomentazione dovendo invece rinvenirsi nella concomitante azione di molteplici istanze: l'esigenza "tecnocratica" (che "ha una sua validità se collocata all'interno di altre spiegazioni, essendo di per sé debole"); l'autentica affermazione del principio liberale di separazione tra politica e amministrazione; le difficoltà connesse al governo delle società complesse; il "mutamento di paradigma" dell'economia (in ragione del passaggio da un modello di "economia diretta" - nel quale lo Stato rivestiva il ruolo di "guida dell'economia" - ad un modello di "mercato regolato", in cui lo Stato svolge le funzioni di "regolatore del mercato"); il mutamento della concezione delle funzioni amministrative e dei modi del loro esercizio (da intendere come amministrazione "ancorata al diritto" che vive in un "humus ... largamente comune a quello della giurisdizione"; ma nel quale - precisa l'Autore - "la pienezza del sindacato giurisdizionale, anche nei confronti di una amministrazione (parzialmente) giustiziale, è assolutamente necessaria", giacché "garantisce dal rischio, molto concreto, di alterazione dell'equilibrio dei poteri a scapito del giudice e dal rischio, ancora più concreto, specie nel nostro Paese, di uso improprio delle nuove realtà amministrative"). E queste "spiegazioni del fenomeno" delle autorità indipendenti "sono in realtà fra loro legate" giacché "confluiscono nella interpretazione indicata per ultima come la più profonda del fenomeno, perché è quella che trae dall'interno dell'ordinamento i segnali di un mutamento della concezione stessa delle funzioni amministrative e dei modi del loro esercizio". In giurisprudenza può citarsi la sentenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, sent. n. 5106 del 2011), nella quale il supremo giudice amministrativo ribadisce che "l'attività di controllo, esercitata in posizione neutra da un organismo indipendente, implica la rigorosa separatezza fra controllore e controllato". Per il Consiglio di Stato la tutela di valori costituzionalmente garantiti (in particolare, dagli artt. 21, 31 e 41, 97 Cost.), in attuazione dei quali la legge assegna alle autorità poteri di regolazione e di vigilanza, per lo svolgimento dei quali si riconosce alle autorità "piena autonomia", nonché "indipendenza di giudizio e di valutazione".

L'espansione del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti è avvenuta secondo due concorrenti linee di sviluppo: da un lato vi è stato un ampliamento del numero dei settori, tutti di grande rilievo sociale, assegnati al controllo di autorità indipendenti (dalla borsa alle assicurazioni, dall'esercizio del diritto di sciopero alla concorrenza, dal trattamento dei dati personali alle comunicazioni, dai servizi di pubblica utilità agli appalti pubblici, ecc.), dall'altro le diverse autorità amministrative indipendenti hanno progressivamente rivendicato, con l'ampliamento della propria sfera d'azione e attraverso un utilizzo "ampio" dei rispettivi poteri, una sempre maggiore "autonomia"<sup>(25)</sup>.

Emerge così la "ricchezza" del fenomeno delle amministrazioni indipendenti, espressione a loro volta di un pluralismo istituzionale che caratterizza gli ordinamenti giuridici contemporanei e che si ripercuote, da un lato sul sistema normativo e, dall'altro lato, sulla configurazione degli assetti istituzionali<sup>(26)</sup>.

## 2. Alcune questioni preliminari

La potestà normativa delle autorità indipendenti si esplica mediante atti aventi diverse denominazioni ("Provvedimento", "Delibera", "Decisione", oltre che "Regolamento", ecc.) e più volte la dottrina e la giurisprudenza hanno affrontato la questione relativa alla partecipazione o meno di tali atti alla categoria delle fonti del diritto. E così, la dottrina si è interrogata sulla collocazione dei regolamenti delle amministrazioni indipendenti fra gli atti normativi o piuttosto fra gli atti amministrativi a contenuto generale concreto ma non normativo o, ancora, fra gli atti normativi meramente interni (e dunque non fonti del diritto per l'ordinamento generale)<sup>(27)</sup>.

La risposta a tale preliminare quesito è fondamentale perché solo i regolamenti (o, se si preferisce, gli atti normativi secondari)<sup>(28)</sup>, appartenendo al novero delle fonti del diritto<sup>(29)</sup>, vengono a godere del relativo *status* giuridico, quale, ad esempio, l'applicazione del principio *iura novit curia* (art. 10 disp. prel. cod. civ.), dei principii sulla interpretazione *ex art. 12 disp. prel. cod. civ.*, del principio *nemo jus ignorare censetur*, e della ricorribilità in Cassazione (art. 360 cod. proc. civ. e art. 111 Cost.) per mancata o falsa applicazione

<sup>25</sup> Così F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 10.

<sup>26</sup> A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 35 ss.

<sup>27</sup> La distinzione fra atti amministrativi generali a contenuto normativo e quelli non aventi tale contenuto ha importanti conseguenze e riflessi: a) solo ai primi può essere riconosciuta efficacia *erga omnes* (mentre l'operatività dei secondi concerne i soli soggetti degli stessi destinatari, non potendo essere invocati da "altri", ulteriori, soggetti); b) solo per i primi è configurabile il ricorso in Cassazione per violazione di legge in caso di erronea interpretazione degli stessi da parte dei giudici di merito; c) solo per i primi si applicano le disposizioni preliminari al codice civile (art. 10: pubblicazione, *vacatio*, interpretazione, ecc.); d) non immediata impugnabilità davanti al giudice amministrativo.

<sup>28</sup> V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959; G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998.

<sup>29</sup> Al riguardo v. già S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, I ed., Milano, Società ed. Libreria, 1901, 18: "la facoltà regolamentare non si scompagna mai dal fine di creare diritto". A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Padova, Cedam, 1957, 449 s.

delle relative norme<sup>(30)</sup>. Inoltre, sempre in merito alla distinzione fra atti normativi secondari e atti amministrativi generali non normativi, si deve ricordare che i primi si differenziano dai secondi appunto per il loro "carattere normativo" (cioè, per la generalità ed astrattezza delle disposizioni in esse contenute)<sup>(31)</sup>, carattere discendente dall'attribuzione con legge della relativa competenza<sup>(32)</sup>.

In merito all'individuazione dell'atto regolamentare, è stato evidenziato come con il termine "regolamento" venga indicato ogni atto normativo distinto dalla legge e (fatte salve alcune eccezioni) a questa subordinato<sup>(33)</sup>. La potestà regolamentare si caratterizza per la sua eterogeneità (con riguardo sia ai soggetti che possono esserne titolari, sia alla tipologia degli atti estrinsecazione di tale potere)<sup>(34)</sup> e conseguentemente numerosi sono i criteri proposti dalla dottrina per "individuare" l'atto regolamentare. Fra questi, il criterio maggiormente accolto è quello relativo alla "capacità" dell'atto regolamentare di porre precetti *erga omnes*, riguardo ai quali cioè non esistono "terzi"<sup>(35)</sup>. Secondo questa ricostruzione, la "generalità" dell'atto normativo si risolve nella "capacità" dello stesso di rivolgersi a tutti i soggetti dell'ordinamento. Questa "capacità" viene dunque a costituire "l'elemento di identificazione" del potere di introduzione di norme generali<sup>(36)</sup>.

Il Consiglio di Stato, pronunciandosi in merito alla natura di un decreto ministeriale (ritenuto dal giudice di primo grado "*atto generale, rivolto agli operatori del settore fotovoltaico, piuttosto che atto normativo indirizzato a tutti i consociati*"), ha affermato che, anche laddove la

<sup>30</sup> A. CERRI, *Regolamenti*, cit., 3.

<sup>31</sup> V. per tutti V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *Le fonti normative*, Padova, Cedam, 1984; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970.

<sup>32</sup> A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1970, 5, nota 10: "rispetto ai provvedimenti concreti della pubblica amministrazione, essi [gli atti della Amministrazione che sono fonti secondarie di produzione giuridica] si distinguono per una forza giuridica peculiare, che consiste appunto nella possibilità di innovare (o completare) l'ordinamento - forza che, in tanto può venir estrinsecata, in quanto l'ordinamento l'abbia espressamente attribuita a una certa autorità, conferendo a questa la cosiddetta potestà regolamentare". In precedenza (p. 448-449) Sandulli aveva criticato quegli orientamenti dottrinali (A. DE VALLES, *Regolamenti ministeriali e ordinanze generali*, in *Foro italiano*, 1951, IV, 97 ss.; ID., *La norma giuridica*, in *Scritti in onore della Cedam*, vol. II, Padova, Cedam, 1953, 402 ss.; M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro italiano*, 1953, III, 18 ss.) che ravvisano nella "volontà normativa" o nella "causa (o scopo o funzione) normativa" o in dati formali (G. GUARINO, *Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro italiano*, 1953, I, 537 ss.) l'elemento proprio dell'atto regolamentare: "rappresenta un truismo l'affermazione che nel regolamento si riscontrano una volontà e una causa (o scopo o funzione) legislativa. Per contro non è certo la presenza o la mancanza di una intenzione legislativa nell'agente a far sì che una disposizione, o un corpo di disposizioni acquisti o non (a seconda appunto di tale intenzione) natura regolamentare. la certezza del diritto esige che tale natura inerisca ai caratteri obbiettivi - e immediatamente rilevabili - delle disposizioni; e appunto in tali sensi è orientata la normazione sulla produzione giuridica".

<sup>33</sup> A. CERRI, *Regolamenti*, cit., 1.

<sup>34</sup> A. CERRI, *op. ult. cit.*, 1; v. anche G. GRECO, *I regolamenti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 2001; F. CERRONE, *La potestà regolamentare fra forma di governo e sistema delle fonti*, Torino, Giappichelli, 1991, 12 ss.

<sup>35</sup> In tal senso già A. DE VALLES, *Regolamenti ministeriali ed ordinanze generali*, in *Foro italiano*, 1951, IV, 97, e A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile, sub artt. 1-9*, vol. I, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1977, 16.

<sup>36</sup> A. CERRI, *op. ult. cit.*, 3: "Solo atti dotati di questa 'capacità' possono porre precetti suscettibili di entrare a far parte del sistema normativo generale"; "Da questo punto di vista - precisa l'autore - riemerge l'intuizione espositiana dell'eguaglianza come pari soggezione formale alla legge, quale elemento connotativo degli ordinamenti moderni". L'Autore fa espresso riferimento a C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 30 ss.

legge si limiti a parlare di “decreti” (“senza specificarne il carattere regolamentare”), questi, qualora abbiano contenuto normativo, non possono non avere “carattere regolamentare” anche se “non espressamente qualificati come tali dal legislatore”<sup>(37)</sup>. La circostanza che l'atto in questione si applichi solo agli operatori di un determinato settore (“e non a tutti i consociati”) non può di per sé condurre ad escludere la natura regolamentare dell'atto giacché in base a questa argomentazione si verrebbe a negare natura normativa ad ogni previsione settoriale. Per il Consiglio di Stato non è accettabile la tesi che circoscrive la natura di atto normativo soltanto nei casi in cui lo stesso si indirizzi, indistintamente, a tutti i consociati<sup>(38)</sup>, giacché “*il carattere normativo di un atto non può ... essere disconosciuto solo perché esso si applica esclusivamente agli operatori di un settore ... dovendosi, al contrario, verificare, se, in quel settore, l'atto è comunque dotato dei ... requisiti della generalità e dell'astrattezza*”. Ed il Consiglio di Stato richiama gli esiti della giurisprudenza che (“da tempo”), per distinguere tra atto normativo e atto amministrativo generale, ricorre al “requisito della indeterminabilità dei destinatari”, ritenendo dunque “atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia *a priori* che *a posteriori* (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili *a priori*, ma certamente determinabili *a posteriori* in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti”<sup>(39)</sup>.

Queste chiare affermazioni dell'Adunanza plenaria confermano la natura normativa dei regolamenti (comunque denominati) delle autorità indipendenti e forniscono un utile criterio di distinzione (all'interno degli stessi atti delle varie amministrazioni indipendenti) fra atti regolamentari e atti amministrativi generali. Infatti, all'interno della problematica in esame, relativa alla identificazione della natura regolamentare (o meno) di atti delle autorità indipendenti, va affrontata anche la questione concernente la distinzione degli atti amministrativi normativi, da altri tipi di atti amministrativi e in particolare dagli atti amministrativi generali privi però di contenuto normativo<sup>(40)</sup>.

L'individuazione concreta della linea di demarcazione fra l'una e l'altra tipologia di atti amministrativi si presenta non semplice per una pluralità di ragioni. Innanzitutto bisogna ricordare che di frequente le stesse autorità indipendenti utilizzano sia l'una che l'altra tipologia di atti non distinguendo affatto, né nel *nomen iuris*, né nel procedimento di formazione dell'atto, fra le due categorie. Inoltre spesso è la stessa legge che, ponendo

<sup>37</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 9 del 4 maggio 2012.

<sup>38</sup> Ed il Consiglio di Stato (ad. Plen., sent. n. 9 del 2012) aggiunge: “L'ordinamento conosce innumerevoli casi di disposizioni “settoriali” della cui natura normativa nessuna dubita. Ciò in quanto la “generalità” e l’“astrattezza” che, come comunemente si riconosce, contraddistinguono la “norma”, non possono e non devono essere intesi nel senso di applicabilità indifferenziata a ciascun soggetto dell'ordinamento, ma, più correttamente, come idoneità alla ripetizione nell'applicazione (generalità) e come capacità di regolare una serie indefinita di casi (astrattezza)”.

<sup>39</sup> Cons. Stato., Ad. Plen., sent. n. 9 del 2012, parla di “fuga dal regolamento”. In dottrina, sul punto, v. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, e dottrina ivi citata.

<sup>40</sup> C. TUBERTINI, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della pubblica amministrazione*, in *Rivista di diritto processuale amministrativa*, 1999, 1076 ss.

norme generiche ed indeterminate, consente un siffatto comportamento (aprendo la strada alla c.d. “fuga dal regolamento”) e rende difficoltosa all’interprete l’opera di individuazione della natura dell’atto<sup>(41)</sup>.

Se la necessaria “capacità innovativa dell’atto” viene a costituire l’elemento di differenziazione dell’atto regolamentare dagli atti che normativi non sono<sup>(42)</sup>, va aggiunto, in conformità a quanto sostenuto da autorevole dottrina, che, nella distinzione dell’atto regolamentare dagli altri atti amministrativi non-normativi, è necessaria l’esistenza di una duplice caratterizzazione, e cioè che l’atto sia dotato, oltre che di “forza innovativa” (e cioè della capacità di innovare l’ordinamento giuridico, quale carattere “proprio ed essenziale di tutte le fonti di produzione giuridica” indipendentemente dal fatto che le stesse abbiano poi concretamente carattere normativo), anche una “*funzione normativa*”, e cioè di avere come scopo l’introduzione di norme giuridiche. Siffatta funzione (normale in tutte le fonti giuridiche) “è essenziale soltanto alle fonti secondarie”<sup>(43)</sup>, essendo queste “destinate” fin dall’atto legislativo in cui trovano fondamento ad introdurre norme giuridiche (esecutive, attuative, integrative, ecc.). Ed è dunque questa caratteristica l’elemento distintivo degli atti regolamentari rispetto agli atti amministrativi<sup>(44)</sup>.

Sempre in merito alla distinzione fra atti amministrativi generali e regolamenti, va ricordato<sup>(45)</sup> che solo i regolamenti (al contrario degli atti amministrativi generali), oltre a quello della innovatività, godono anche del carattere della astrattezza, giacché i regolamenti pongono una disciplina astratta, mentre gli atti amministrativi generali sono adottati per “situazioni concrete”, la cui disciplina “astratta” è già prevista nella (necessariamente) precedente fonte giuridica in cui lo stesso potere amministrativo trova

<sup>41</sup> La distinzione fra atti amministrativi aventi contenuto normativo e atti amministrativi a contenuto generale ma non normativo si rivela non agevole in ragione dell’esistenza anche di una categoria intermedia fra le due tipologie: quella dei provvedimenti amministrativi con rilevanza normativa solo indiretta (v. A.M. SANDULLI, *L’attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., 11 ss.).

<sup>42</sup> Se fonte del diritto è “ogni atto o fatto capace, secondo un ordinamento dato, di produrre norme giuridiche” (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, cit., 3), deve parimenti aggiungersi che la individuazione di “che cosa debba intendersi per sistema normativo” necessita che si muova dal “dato storico” (V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., 252); sul pensiero di Crisafulli, v. da ultimo A.A. CERVATI, *Disposizione (e norma)*, in *Dir. dir. pubbl.*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006; A.M. SANDULLI, *La potestà normativa della pubblica amministrazione*, cit., 14 ss., che aggiunge: «E’ chiaro che, secondo il diritto, il sistema normativo, come può espandersi (riducendo ... lo spazio dell’autonomia, della discrezionalità amministrativa, della discrezionalità del giudice), allo stesso modo può “ritirarsi” da certe aree: così come certe materie possono essere trasferite dalla normazione primaria a quella *secondaria* (“delegificandole”), del pari certe materie possono essere trasferite dal campo della normazione a quello della discrezionalità del giudice, della discrezionalità amministrativa, della autonomia privata (“denormificandole”)».

<sup>43</sup> A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., 451-452.

<sup>44</sup> Con peculiare riguardo alla potestà normativa delle autorità indipendenti, quanto sopra specificato porta a concludere che anche il potere regolamentare delle amministrazioni indipendenti (come ogni altra potestà regolamentare) ha una “funzione normativa”, nel senso che le autorità amministrative indipendenti hanno l’obbligo giuridico di adozione di norme destinate a regolare i settori loro affidati ed il cui contenuto trova nella legge attributiva di competenza non solo il proprio fondamento, ma anche l’obbligo in positivo (la “funzione”, appunto) di disciplinare la materia *de qua*. In questa prospettiva il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti viene a configurarsi (piuttosto che come espressione di un ampliamento dei poteri delle stesse) quale esercizio di una funzione che trova nella legge (se non nella Costituzione) fondamento e vincolo. In questa prospettiva F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 2.

<sup>45</sup> Come ribadito dall’adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sent. n. 9 del 2012; v. *supra*.

fondamento<sup>(46)</sup>. Perché possa parlarsi di atto regolamentare non è dunque sufficiente che l'atto stesso si rivolga ad una generalità di soggetti, essendo necessario anche che le disposizioni da esso poste siano (oltre che rivolte alla generalità) "destinate a regolare in astratto, per il futuro, una serie indefinita di fattispecie"<sup>(47)</sup>.

Secondo la dottrina<sup>(48)</sup> l'elemento caratteristico dell'attività legislativa risiede nella natura "politica" delle relative decisioni, mentre la normazione secondaria, posta in essere dalle diverse componenti del complesso governo-pubbliche amministrazioni (in quanto "titolari di autonomie compresenti nell'ordinamento generale"), sarebbe espressione di un'autonomia fondata nella legge e quindi di attuazione delle scelte "politiche" compiute da quest'ultima. In coerenza con questa impostazione, il principio di legalità postula che ogni potere normativo secondario debba trovare il proprio fondamento nella legge. Come noto, tale principio viene utilizzato in un'accezione meramente "formale", quando si ritiene sufficiente il mero conferimento di potere regolamentare da parte della legge (o dalla fonte di grado primario), pur senza alcun

<sup>46</sup> A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., 452, mentre la "forza innovativa" (*id est*, il "carattere di fonte di produzione") "va considerata come sufficiente elemento di differenziazione della categoria, la concretezza della fattispecie avuta di mira va considerata come attributo essenziale degli atti che in essa rientrano "e quindi come indizio di riconoscimento". Gli atti amministrativi generali, conclude l'Autore, "non sono mai atti normativi" proprio perché "l'astrattezza inerisce al concetto di norma". Il carattere della astrattezza postula dunque l'insufficienza (ai fini della determinazione della normatività dell'atto) della capacità dell'atto di rivolgersi ad una generalità di soggetti non individuati né individuabili a priori singolarmente, giacché il requisito della generalità appartiene anche ai meri atti amministrativi generali che tendono "a soddisfare in concreto specifiche esigenze pubbliche". Secondo Sandulli (pag. 453) "Rientrano nella categoria dei meri atti amministrativi generali i bandi di concorso o di gare (che sono dei veri e propri inviti alla generalità), gli ordini di censimento, gli ordini di mobilitazione civile e quelli di precettazione generale, i blocchi e gli sblocchi di merci in periodo di contingentamento, gli ordini di conferimento di merci agli ammassi, i provvedimenti apertura, di chiusura o di limitazione della caccia e della pesca, le fissazioni e le proroghe di termini (non disposti in via normativa) di adempimenti cui siano tenuti soggetti indeterminati (presentazione di domande per pubblici concorsi o gare, denunce e pagamenti di tributi, compilazione e i questionari di censimento, ecc.)". Questi, precisa l'Autore, "sono tutti atti che, pur rivolgendosi a una generalità di soggetti istituzionalmente non individuati a priori dalla Amministrazione, sono volti a risolvere, in relazione a singoli casi già concretamente puntualizzati - e non in astratto - determinate esigenze pubbliche".

<sup>47</sup> A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., 454, secondo cui rientrano tra i regolamenti "le disposizioni sulla circolazione per le vie cittadine impartite dalle autorità comunali mediante i regolamenti di polizia urbana (art. 109 n. 5 reg. com. e prov.) e in applicazione di questi (autorizzazioni e divieti di sosta ai veicoli su certe aree stradali, nonché divieti di marcia ai veicoli o ai pedoni in determinate direzioni, anche se limitati a brevi periodi, e persino a un solo giorno; punti di attraversamento obbligato, ecc.), le disposizioni sull'orario di apertura e di chiusura dei pubblici esercizi (art. 96 t.u.p.s.), le determinazioni dei prezzi di autorità, le determinazioni delle aliquote dei tributi (che talvolta vengono adottate con provvedimenti aventi per unico oggetto le aliquote stesse), e simili". In senso contrario M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro italiano*, 1953, III, 19, che nega la natura regolamentare delle disposizioni relative alla pubblica circolazione (così anche A. DE VALLES, *Regolamenti ministeriali e ordinanze generali*, in *Foro italiano*, 1951, IV, 98), alla determinazione delle aliquote tributarie (v. già M.S. GIANNINI, *Sulla potestà normativa in materia tributaria delle Regioni*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, 1223: *contra*, G. GUARINO, *Legge e regolamento*, in *Foro italiano*, 1953, I, 121; R. TREVES, *Regolamenti in deroga alla legge*, in *Giurisprudenza italiana*, 1953, I, 2, 13; nonché E. TOSATO, *Sulla natura giuridica delle leggi tributarie*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, Cedam, 1950, I, 617) e di quelle relative alla determinazione d'autorità dei prezzi (*contra*, G. VIRGA, *La pubblicazione dei regolamenti ministeriali e i caratteri della legge in senso materiale*, in *Dir. e giur.*, 1949, 156).

<sup>48</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., 223 ss.; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967, 434 ss. (*adde* dottrina ivi indicata); A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., 7 ss.

vincolo di contenuto, oppure nell'accezione in senso "sostanziale" quando si richiede che la legge, oltre ad assegnare il relativo potere, espliciti anche i principi cui l'atto regolamentare deve attenersi, i limiti di intervento della fonte secondaria e la disciplina generale della materia<sup>(49)</sup>.

La dottrina si è spesso interrogata sulla portata e sul significato del principio di legalità e, in particolare, sul ruolo di tale principio in un ordinamento democratico<sup>(50)</sup>. E nonostante l'unanime riconoscimento della validità di tale principio, si sono continuate a registrare sia la tendenza degli esecutivi ad affermare e ad ampliare una propria potestà regolamentare, sia tesi dottrinali volte a giustificare l'esistenza, se non la necessità, di una potestà normativa dell'esecutivo<sup>(51)</sup>.

<sup>49</sup> A. CERRI, *op. ult. cit.*, 3.

<sup>50</sup> Molteplici sono le posizioni della dottrina sul principio di legalità: S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 659 ss.; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, cit., 120 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, I, *Premesse generali*, Padova, Cedam, 1967; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982; nonché E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, cit., 94 ss.; A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., 8, nota 9: "Il principio di legalità negli ordinamenti democratici contemporanei comporta che la potestà di normazione in questione non possa svolgersi se non "sul fondamento" di una legge e "nel rispetto delle leggi" (a quest'ultimo riguardo v. l'art. 4 delle disposizioni sulla legge in generale: "i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni di legge"). E più avanti (pag. 28): "Fu unicamente in virtù della definitiva affermazione della prevalenza, nel sistema parlamentare, della componente costituita dal Parlamento ... che ... si giunse, sul continente europeo, alla netta collocazione della legge del Parlamento al primo posto tra le fonti dell'ordinamento statale, con conseguente stabilizzazione del principio della "secondarietà" - a causa del loro carattere "derivato" (in quanto sussistenti solo sul presupposto di una "autorizzazione" legislativa) e della loro minore "forza giuridica" - degli istituzionali poteri normativi dell'Esecutivo e delle varie Amministrazioni dipendenti da esso o facenti capo ad esso". N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001.

<sup>51</sup> Il dibattito dottrinale relativo al rapporto fra legge e regolamento, se non può non misurarsi con basilari nodi teorici quali il rapporto fra principio democratico ed esigenze della efficienza, fra competenze tecnico-professionali e il principio della rappresentanza politica e della legittimazione democratica, dimostra (soprattutto se letto nel suo divenire storico) che anche le problematiche relative a tale rapporto vanno esaminate con riferimento all'epoca specifica in cui le stesse si sono poste. Proprio la consapevolezza "dell'ambivalenza delle relazioni implicate" spinge A. CERRI, *Regolamenti*, cit., 4, ad "un approccio prudente e realistico ... perché l'inefficienza, l'incapacità di far fronte ai problemi conduce al deperimento dei valori della democrazia ma anche la incapacità di controllare le forze interne ed esterne all'apparato pubblico; perché la negazione del 'pluralismo giuridico' conduce ad una impensabile struttura di mero "comando", ma l'esasperazione di esso conduce al deperimento di un potere responsabile e governante". E così in epoca di monarchia limitata la contrapposizione fra la tesi che riteneva necessario l'intervento dell'atto legislativo e quella tesi che invece ravvisava il fondamento del potere regolamentare nella discrezionalità di cui gode l'esecutivo rispecchiava evidentemente la competizione per la primazia nel potere fra Parlamento e monarchia. G. ZANOBINI, *Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Archivio giuridico* "F. Serafini", 1922 (ora anche in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, 145 ss.); A. DE VALLES, *Il fondamento del potere regolamentare*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1930, 145. Schematicamente potrebbe dirsi che nel periodo statutario (periodo di subordinazione della pubblica amministrazione al governo) la contrapposizione fra le tesi che ravvisavano nella potestà regolamentare della pubblica amministrazione una espressione del potere discrezionale della medesima (potere discrezionale di cui la pubblica amministrazione non può non poter disporre nella sua attività) (A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 33 ss. G. ZANOBINI, *Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare*, cit.; A. De Valles, *Il fondamento del potere regolamentare*, cit., 145) e le tesi che invece ritenevano comunque necessaria una espressa attribuzione di competenza da parte della legge al potere esecutivo, rispecchiava – come detto – la tensione dialettica esistente fra parlamento ed esecutivo. Fra queste antitetiche ricostruzioni si inserirono ulteriori teorie fra cui la più diffusa fu quella per cui "il potere regolamentare non esiste che laddove sia appositamente accordato; ma questa autorizzazione non ha d'uopo d'essere espressa e speciale e di derivare da una legge; può essere tacita e generale, può fondarsi direttamente sulla costituzione o sulla consuetudine" (F. CAMMEO, *Le manifestazioni di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, vol. III, Milano, 1901, 147). Cammeo contrapponeva le due teorie

In merito a questa specifica problematica deve dichiararsi l'inadeguatezza di quelle posizioni dottrinali che muovono dall'affermazione della completa subordinazione della pubblica amministrazione al governo, in quanto dimentiche del modello di pubblica amministrazione tratteggiato nella Costituzione repubblicana, la quale rigetta il postulato della assimilazione esecutivo-pubblica amministrazione e della assoluta subordinazione della seconda al primo<sup>(52)</sup>.

Ma già prima dell'avvento della Costituzione al potere regolamentare viene assegnato un ruolo diverso, in ragione dei molteplici rapporti intercorrenti fra ordinamento particolare e ordinamento generale<sup>(53)</sup>. Infatti, facendo leva sulla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, Santi Romano fonda la potestà regolamentare della pubblica amministrazione sul principio di autonomia di quest'ultima, pur ritenendo sempre necessaria una legge affinché la potestà regolamentare possa esplicare i propri effetti anche nell'ordinamento generale. Ed i riflessi di questo ordine di riflessioni si ritrovano anche in epoca repubblicana: il principio pluralistico affermato nella Costituzione del 1948 può ben giustificare l'assegnazione di un potere regolamentare quale espressione di una sfera di autonomia costituzionalmente fondata, pur dovendosi ritenere necessario un fondamento legislativo<sup>(54)</sup>. Nell'ordinamento repubblicano anche il problema del fondamento del potere regolamentare assume un significato diverso, giacché la Costituzione, da un lato, traccia il livello primario delle fonti del diritto (che si presenta tendenzialmente "chiuso")<sup>(55)</sup>, mentre lascia "aperto" il livello secondario (concedendo

definendole rispettivamente "teoria autoritaria" e "teoria democratica". Sulla assimilabilità delle due soluzioni dottrinali v. G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie (aspetti problematici)*, Milano, Giuffrè, 1962. Sul pensiero di Federico Cammeo v. P. GROSSI (a cura di), *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 22, Per Federico Cammeo, Milano, Giuffrè, 1993; v. inoltre A. LUCARELLI, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione della dottrina pubblicistica*, Padova, Cedam, 1995.

<sup>52</sup> Sul ruolo costituzionale della pubblica amministrazione v. M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra Costituzione formale e costituzione materiale*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1987; ID., *Amministrazione pubblica (organizzazione della)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. I, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondato da G. Treccani, 1988; M.S. GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, Padova, Cedam, 1988; ID., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, 63 ss.

<sup>53</sup> S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1947, 283: "In generale può dirsi che i regolamenti sono una manifestazione tipica delle particolari autonomie, cioè delle potestà di darsi da sé un ordinamento giuridico, che lo Stato attribuisce a taluni suoi uffici o istituti, ad enti pubblici con propria personalità, talvolta anche a privati che esercitano funzioni e servizi pubblici". Più avanti (p. 286) Santi Romano precisa che "la facoltà regolamentare è circoscritta, anzi tutto, da un criterio negativo e, inoltre, da diversi criteri positivi. il criterio negativo è il seguente: esso deve concernere una materia che non sia totalmente precisata da altre norme giuridiche, specialmente legislative; ... Positivamente, è poi a dirsi che, entro i limiti di tali materie, la potestà regolamentare può esercitarsi secondo principi che sono diversi per i regolamenti con efficacia soltanto interna ... e i regolamenti con efficacia più generale", giacché riguardo a questi ultimi è necessaria una "attribuzione da parte della legge". Appare interessante notare che in tale occasione Romano ricorda, anche se in maniera problematica la "administrative legislation" affermata negli Stati Uniti (p. 287). V. anche ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, 12 ss.; ID., *L'ordinamento giuridico* (1918), Milano, Giuffrè, 1962.

<sup>54</sup> La Costituzione infatti apre nuovi orizzonti alla problematica del fondamento del potere regolamentare: dal ruolo della legge nel sistema delle fonti ad una delimitazione del sistema delle fonti del diritto non strutturato rigidamente secondo il principio gerarchico, ma piuttosto con una forte presenza del principio di competenza; dal riconoscimento delle autonomie (art. 5 Cost.) all'affermazione esplicita di molteplici poteri regolamentari (al riguardo v. *infra*).

<sup>55</sup> In tal senso V. CRISAFULLI, *Lezioni...*, II, cit., 54 ss.

alla legge la possibilità di istituire fonti secondarie<sup>(56)</sup> e, dall'altro lato, la legge non viene più a rivestire più il ruolo di fonte “massima” dell'ordinamento medesimo, essendo invece collocata all'interno di un quadro composito non riconducibile semplicemente al principio gerarchico, ma piuttosto ricostruibile secondo una logica di tipo pluralistico, in cui particolare risalto va assegnato anche al principio di competenza quale regola di ripartizione fra gli ambiti di influenza delle diverse fonti dell'ordinamento<sup>(57)</sup>.

### 3. Alla ricerca del fondamento del potere normativo delle autorità indipendenti

Nella riflessione sull'attività normativa della pubblica amministrazione (all'interno della quale l'Autore colloca anche la potestà normativa delle autorità indipendenti), Sandulli evidenzia che nella contemporanea società (nella quale un elevato bisogno di discipline tecniche si afferma unitamente ad un'elevata richiesta di autonomia) “i centri di normazione sono venuti naturalmente a moltiplicarsi, diffondendosi perciò in vasta scala la portata normativa delle più diverse autorità amministrative”<sup>(58)</sup>. E l'espansione dell'attività normativa del “complesso Governo-Pubbliche amministrazioni” (cioè non solo dell'esecutivo ma anche delle molteplici amministrazioni pubbliche, statali e non statali)<sup>(59)</sup>, registra una “particolare accentuazione” in conseguenza della “pluralità” delle pubbliche amministrazioni e della “separazione” fra le stesse<sup>(60)</sup>. L'assegnazione alla pubblica amministrazione di un ruolo costituzionalmente definito e la collocazione della

<sup>56</sup> Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 26 del 1966, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966; sent. n. 79 del 1970, in *Giur. cost.*, 1970; sent. n. 165 del 1989, in *Giur. cost.*, 1989. In dottrina v. S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 691; G.U. RESCIGNO, *I regolamenti ministeriali secondo la Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, 1055; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, cit., 134; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, cit 5, ss; A. CERRI, *Regolamenti*, cit., 4. In epoca repubblicana in dottrina si registrano numerose riflessioni aventi ad oggetto il potere regolamentare (in particolare quello governativo, ma anche degli enti locali (al riguardo v. F. FENUCCI, *I regolamenti di autonomia locale*, Milano, Giuffrè, 2005; T. GROPPI, *Autonomia costituzionale e potere regolamentare degli enti locali*, Torino, Giappichelli, 1994), della pubblica amministrazione (A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1970), della Corte costituzionale (S.P. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1970), ecc., all'interno delle quali il rapporto fra il principio che postula il necessario fondamento legislativo (o costituzionale) del potere regolamentare e l'affermazione della rilevanza della collocazione istituzionale dell'organo si presenta in veste altamente differenziata. La tesi che fa leva sul ruolo istituzionale assegnato in Costituzione è naturalmente inaccettabile quando giunge a negare (oltre alla necessità del fondamento legislativo) la stessa subordinazione del potere regolamentare a quello legislativo. Parimenti siffatta tesi appare non disprezzabile quando, riconoscendo la necessità di una previa legge che *attivi* (G. VIGNOCCHI, *op. ult.cit.*) il relativo potere, assegna peculiare e specifico valore alla posizione istituzionale dell'organo titolare del rispettivo potere regolamentare. In tal senso A. CERRI, *Regolamenti*, cit., 5: “la posizione dell'organo nel sistema costituzionale non è irrilevante, ma non è sufficiente da sola a fondare da sola il potere, e cioè non esclude la necessità di una *interpositio legislatoris*”.

<sup>57</sup>Al riguardo cfr. F. SORRENTINO, *Fonti del diritto*, Genova, Ecig, 1986.

<sup>58</sup> A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 51 ss.

<sup>59</sup> A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., 5.

<sup>60</sup> A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 5, nota 1, che aggiunge: “Particolarmente a tale fenomeno, ma non ad esso soltanto, è da ascrivere l'esigenza di parlare non più, come una volta, della pubblica Amministrazione come di una entità unitaria, bensì come di una molteplicità di pubbliche Amministrazioni tra loro variamente distinte e coordinate”; v. anche ID., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, Cedam, 1957, 447; ID., *Fonti del diritto*, in *Novissimo Digesto*, vol. VII, Torino, Utet, 526.

stessa (nelle sue molteplici articolazioni) in un quadro caratterizzato da un chiaro pluralismo istituzionale conducono a ritenere che anche la riflessione sulla titolarità del potere regolamentare non possa non prendere in adeguata considerazione anche l'aspetto relativo alla collocazione istituzionale della pubblica amministrazione. Emerge così l'importanza centrale di un aspetto (quello della collocazione istituzionale del soggetto titolare del potere regolamentare) che, nella riflessione sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti viene a rivestire un ruolo decisivo<sup>(61)</sup>.

L'assegnazione di uno specifico peso al ruolo istituzionale delle autorità indipendenti consente di poter giustificare anche una diversa declinazione del relativo potere regolamentare<sup>(62)</sup>. Il riconoscimento, da un lato, della specifica collocazione istituzionale delle autorità indipendenti e, dall'altro lato, le considerazioni sulla peculiarità del contenuto della funzione di regolazione<sup>(63)</sup> conducono ad individuare il fondamento del potere normativo delle autorità indipendenti appunto nei principi costituzionali sui quali trovano base l'istituzione stessa di tali autorità e l'assegnazione alle medesime della funzione di regolazione. Tale giustificazione del potere normativo delle autorità amministrative indipendenti non può peraltro giungere a far ritenere superato il problema del rispetto del principio di legalità. L'esigenza di una legge attributiva di potere deve comunque essere soddisfatta, ma il fondamento costituzionale del ruolo delle autorità indipendenti consente di assegnare al, sempre necessario, intervento legislativo un significato differente<sup>(63)</sup>. L'individuazione di uno specifico ruolo istituzionale dell'organo titolare del potere regolamentare non opera pertanto quale ragione giustificatrice dell'assenza di un fondamento legislativo (e dunque quale limite o negazione dello stesso principio di legalità)<sup>(64)</sup>, ma conduce a riconoscere il duplice fondamento (costituzionale e legislativo) del potere normativo delle autorità indipendenti<sup>(65)</sup>, giacché l'assegnazione alle medesime del compito di regolazione e di

<sup>61</sup> F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 7.

<sup>62</sup> Pertanto le diverse tipologie regolamentari vanno distinte in ragione dei soggetti titolari del relativo potere. L'insistenza sul ruolo del soggetto titolare di potere regolamentare non rappresenta un richiamo a quelle riflessioni dottrinali anteriori alla Costituzione repubblicana, giacché la contrapposizione dottrinale precedente era: a) sviluppata all'interno di un sistema a costituzione flessibile in assenza di limiti per il legislatore parlamentare; b) quasi sempre incentrata sul fondamento (e sui limiti) del potere regolamentare del governo, ritenendosi la pubblica amministrazione strettamente subordinata all'esecutivo; c) era posta all'interno di una dialettica tra Parlamento e governo propria del secolo XIX. In epoca repubblicana il discorso muta profondamente perché nella nuova Costituzione rigida vengono ad avere uno specifico ruolo, espressamente riconosciuto, oltre al governo, numerosi altri soggetti: dalla pubblica amministrazione agli enti territoriali, dalle Camere alla Corte costituzionale, dal Consiglio Superiore della Magistratura alla Corte dei conti, ecc., oltre alla esplicita affermazione di principi quali quello di autonomia, di decentramento, ecc.

<sup>63</sup> Si pensi ad esempio al ruolo dei regolamenti degli enti locali (su cui F. FENUCCI, *I regolamenti di autonomia locale*, Milano, Giuffrè, 2005; T. GROPPI, *Autonomia costituzionale e potere regolamentare degli enti locali*, Torino, Giappichelli, 1994); A. CERRI, *Regolamenti*, cit., 5, che sottolinea come “la medesima attribuzione di potere regolamentare ad opera della legge risulti sindacabile in relazione a criteri di “adeguatezza”, “proporzionalità” fra potere attribuito e legittimazione dell'organo in riferimento ai valori accennati”.

<sup>64</sup> A. CERRI, *Regolamenti*, cit., 5-6; con specifico riguardo alla potestà regolamentare delle autorità indipendenti, F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 6 ss.

<sup>65</sup> Secondo alcuni, posta la sempre necessaria *interpositio legislatoris*, la rigidità dell'ordinamento costituzionale impone alla stessa legge ordinaria di doversi misurare con un duplice limite, positivo e negativo: a) positivo, giacché il

tutela di ambiti espressamente protetti in Costituzione non solo giustifica la relativa potestà normativa, ma ne postula la necessità<sup>(66)</sup>.

I principi costituzionali in tema di separazione fra politica e amministrazione<sup>(67)</sup> conducono a distinguere la potestà normativa<sup>(68)</sup> delle autorità indipendenti dal potere regolamentare governativo e da quello di altre pubbliche amministrazioni<sup>(69)</sup>.

Viene così a configurarsi un quadro composito (un “sistema pluriarticolato”)<sup>(70)</sup> nel quale, alla riaffermazione dell'indiscutibile collocazione della legge in un grado di superiorità, si affianca il riconoscimento di sfere di “autonomia normativa” delle singole autorità i cui atti normativi vengono appunto ad essere espressione “di varia ... autonomia, destinata ad esplicarsi nel quadro e nell'ambito delineato e delimitato dall'ordine legislativo”<sup>(71)</sup> e dai principi costituzionali<sup>(72)</sup>.

legislatore “deve” intervenire per assicurare al relativo organo la possibilità esplicita un'autonomia costituzionalmente garantita; b) negativo, nel senso che la legge deve porre una legislazione di principio, non potendo invadere l'ambito di autonomia riservato al soggetto titolare del relativo potere (così F. POLITI, *op. ult. cit.*, 9).

<sup>66</sup> Sui regolamenti in generale, v. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, Padova, Cedam, 1984, 107 ss.; A. CERRI, *Regolamenti*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXVI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondato da G. Treccani, 1992; A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della P.A.*, Napoli, Jovene, 1970; E. CHELI, E., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967; M.S. GIANNINI, *Regolamento (in generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 601 ss.; L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 605 ss.; F. CERRONE, *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti. La tipologia dei regolamenti governativi nella legge n. 400 del 1988*, Torino, Giappichelli, 1991; G. GRECO, *I regolamenti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 2004. Sul principio di legalità: S. Fois, *Legalità (principio di)*, cit., 659 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982; A.M. SANDULLI, *La potestà normativa della pubblica amministrazione*, cit., 32; ID., *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente*, in *Studi sulla Costituzione (in occasione del decennale)*, Milano, Giuffrè, 1958, vol. III, 363;

<sup>67</sup> Su cui v. N. LONGOBARDI, *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata*, Torino, Giappichelli, 1999, 67 ss.

<sup>68</sup> A.M. SANDULLI, *La potestà normativa della pubblica amministrazione*, cit., 54, sottolinea che tutti gli atti regolamentari sono “espressione di autonomia” e richiama l'esigenza di approntare anche per i regolamenti delle autorità amministrative le garanzie procedurali e di controllo previste in via generale (negli anni in cui Sandulli scriveva) per i soli regolamenti governativi: “Si tratta invariabilmente di una potestà conferita ad organi ed enti estranei al Potere legislativo e inseriti - non importa a quale livello - nell'apparato preposto essenzialmente alla funzione amministrativa. Potestà destinata a svolgersi, non diversamente da quest'ultima - ma non collegata necessariamente a quest'ultima -, e secondo il medesimo trattamento giuridico, sulla base e nel quadro delle “leggi” e nel rispetto di esse (e perciò ad un livello inferiore ad esse)”.

<sup>69</sup> A.M. SANDULLI, *La potestà normativa della pubblica amministrazione*, cit., 47-48, sottolinea come “le stesse amministrazioni statali e le loro articolazioni ... tendano a presentarsi - e non di rado in modo accentuato - come entità distinte e diverse, frequentemente differenziate anche dal proposito di attingere (spesso attraverso congegni istituzionalizzati) dalle forze spontanee, e dagli interessi propri dei differenti settori della vita sociale cui sono preposte, la linfa del proprio agire e le opportune indicazioni per un esercizio delle proprie funzioni, che, nel dirigersi alla soddisfazione degli interessi generali, sia il meno possibile in contrasto, e anzi il più possibile in armonia, con gli interessi settoriali e particolari”.

<sup>70</sup> A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 57.

<sup>71</sup> A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 57.

<sup>72</sup> In questo quadro la possibilità per gli atti normativi secondari di intervenire in materie già disciplinate dalla legge (o da fonti di grado primario) non appare in sé un fenomeno eccezionale perché non viene affatto inficiata la validità del principio di legalità, né negata la operatività del principio gerarchico. Il fenomeno di regolamenti ammessi ad innovare l'ordinamento in materie già disciplinate da leggi non è affatto nuovo: al riguardo v. F. CAMMEO, *Della manifestazione ...*, cit., 177; G. ZANOBINI, *Regolamenti*, in *Novissimo Digesto*, vol. XV, Torino, Utet, 242; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., che li chiama “regolamenti liberi”; V. CRISAFULLI, *Lezioni...*, II, 1, cit.; G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Milano, Giuffrè, 1962, 131 ss.; A.A. CERVATI, *Delegificazione*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. VI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondato da G. Treccani, 1997.

I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti sono dunque espressione non solo della "autonomia", ma della specifica funzione di regolazione assegnata a tali soggetti, quale "attività volta a garantire il corretto funzionamento di un determinato settore secondo un principio (ad esempio il principio concorrenziale) proprio dello stesso"<sup>(73)</sup> ed il fine della funzione di regolazione è dunque individuabile "nella garanzia del corretto funzionamento di un determinato settore attraverso la predisposizione delle regole del giuoco, o attraverso il controllo delle attività svolte dai soggetti in esso operanti, al fine di garantire che esse siano svolte nel rispetto delle regole predisposte dalla stessa autorità"<sup>(74)</sup>.

#### 4. Dalla "legalità sostanziale" alla "legalità procedurale": contraddittorio e partecipazione nel procedimento di formazione degli atti normativi delle autorità indipendenti

Il tema delle regole procedurali da rispettare dinanzi alle autorità indipendenti e del rispetto del principio del contraddittorio, quale esigenza fondamentale dell'azione di tali autorità è stato approfondito dalla dottrina prima ancora di ogni intervento in merito del legislatore<sup>(75)</sup>.

---

Bisogna inoltre ricordare che secondo risalente autorevole dottrina "oltre che leggi materiali, i regolamenti amministrativi sono atti materialmente e formalmente amministrativi: in essi la funzione legislativa e la funzione esecutiva trovano un punto in cui si incontrano e si esplicano con atti di carattere misto, che costituiscono una legislazione amministrativa minore e secondaria, rispetto a quella delle leggi formali, e anche un'amministrazione normativa superiore all'amministrazione concreta che si estrinseca in singoli provvedimenti". Così S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1947, 283, secondo cui, in tale prospettiva, "lo Stato appare sempre di più un'istituzione complessa e, aumentando questa sua complessità, si moltiplicano anche i suoi uffici e istituti". Santi Romano distingue fra una "potestà normativa" (*sic et simpliciter*) ed una "potestà normativa amministrativa" (così anche A.M. SANDULLI, *La potestà normativa della pubblica amministrazione*, cit., 38), ma soprattutto pone già in risalto la stretta connessione esistente fra ampliamento dei compiti dello Stato e potere normativo (secondario) di soggetti affidatari di compiti amministrativi. A.M. SANDULLI, *La potestà normativa della pubblica amministrazione*, cit., 41 ss., sottolinea che nello Stato "di diritto", "democratico" e "sociale", (p. 43) "l'estensione sempre maggiore dell'incidenza, dell'interferenza, della partecipazione, dell'opera di coordinazione dei pubblici poteri nei campi dell'assistenza, della previdenza, della cultura, della produzione, dei servizi, degli svaghi, della distribuzione dei redditi, della perequazione delle situazioni patrimoniali" non può non determinare "da un lato, un fenomeno di più abbondante (e talvolta sovrabbondante e disordinata) legiferazione da parte del Parlamento" e, dall'altro (p. 44) "il dilatarsi - in concomitanza con la crescita dei compiti - della pubblica Amministrazione, il suo moltiplicarsi in pubbliche Amministrazioni" cui vengono decentrate "oltre ai poteri di amministrazione (ordinati al provvedere mediante atti concreti), anche di molteplici poteri di normazione". In tale prospettiva la potestà normativa della pubblica amministrazione non appare più (come poteva accadere nello Stato liberale ottocentesco, caratterizzato dalla unitarietà del potere politico) una continuazione e una appendice della legge del Parlamento ("in vista dell'ulteriore specificazione di questa"), bensì una conseguenza della "strutturazione del sistema democratico" che oggi (p. 46) "si presenta a base non più unitaria, bensì pluralistica". V. già F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, Libreria Univ. editrice, 1975; A.M. SANDULLI, *Società pluralistica e rinnovamento dello Stato*, in *Justitia*, 1968, 3 ss.; da ultimo, sulla "frammentazione" della amministrazione italiana v. G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., 501 ss.

<sup>73</sup> L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit., 263.

<sup>74</sup> L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit., 265.

<sup>75</sup> R. CHIEPPA, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), intervento tenuto in occasione del Convegno "Imparzialità e indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative", Roma, Consiglio di Stato, 14 dicembre 2005, 1, evidenzia che tale argomento "ha radici lontane e si fonda su consolidate esperienze" ed in particolare richiama quella statunitense dove "ben presto si è

Negli Stati Uniti, con l'approvazione (nel 1946) dell'*Administrative Procedure Act (APA)* vi è l'introduzione di un significativo quadro di regole procedimentali fondate sul principio della partecipazione al procedimento dei soggetti destinatari del provvedimento finale e sul principio del rispetto del contraddittorio. L'*Administrative Procedure Act* dispone infatti che le *Agencies* di regolazione debbano svolgere una procedura di “*notice and comment*”, caratterizzata dalla preliminare pubblicazione della “proposta di atto” sulla quale tutti i soggetti interessati possono far pervenire le proprie osservazioni, e di cui l'autorità deve tenere conto in sede di adozione dell'atto finale di regolazione<sup>(76)</sup>.

Il richiamo alla tutela garantita in virtù del “procedimento partecipativo” (quale “strumento della partecipazione dei soggetti interessati, sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative”)<sup>(77)</sup> è non di rado utilizzato in dottrina come uno dei principi giustificativi del ruolo e dei poteri delle autorità amministrative indipendenti. Garanzia del giusto procedimento (con successivo controllo in sede giurisdizionale), rispetto del principio del contraddittorio, partecipazione dei privati si pongono non come meri schemi formali dell'azione delle amministrazioni indipendenti, bensì come principi sostanziali dell'attività delle medesime (e che giungono a giustificare l'esistenza stessa)<sup>(78)</sup>.

Il rispetto delle garanzie procedimentali e del principio del contraddittorio è richiesto

---

sentita l'esigenza di evitare che l'esercizio dei poteri attribuiti alle *agencies* si potesse trasformare in arbitrio”. E, dopo avere richiamato l'approvazione dell'Apa, l'autore evidenzia che “Nell'alternarsi di tali contingenze storiche, è parimente innegabile che le agenzie indipendenti sono diventate una figura ben salda nel tessuto istituzionale e nell'opinione pubblica degli Stati Uniti; e ciò è avvenuto anche grazie al rispetto di fondamentali regole procedimentali”. V. anche M. POTO, *Autorità amministrative indipendenti e garanzie partecipative (Nota a C. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, Soc. Dynameeting c. Autorità energia elettrica e gas)*, in *Resp. cin.*, 2007, 1143 ss.; R. MANFRELLOTTI, *Un altro mattone tolto dal muro: ancora a proposito della legittimazione dei regolamenti delle autorità amministrative indipendenti (Nota a C. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, Soc. Dynameeting c. Autorità energia elettrica e gas)*, in *Giurisprudenza amministrativa*, 2007, IV, 581 ss.; G.M. BOSCO, *La consultazione pubblica presso le autorità indipendenti: da fase di istruzione procedimentale a strumento di coregulation*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2007, 553 ss.; S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle autorità indipendenti (Nota a C. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, Soc. Dynameeting c. Autorità energia elettrica e gas)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 377 ss.; F. GAMBARDELLA, *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio (Nota a C. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, Autorità energia elettrica e gas c. Soc. Casakese Amc)*, in *Foro amministrativo – Consiglio di Stato*, 2006, 3152 ss.

<sup>76</sup> Sull'*Administrative Procedure Act* v. M. SHAPIRO, *Independent Agencies. US and EU*, Jean Monnet, Chair Paper, Firenze, 1996, 1 ss.; D. COHEN – P. L. STRAUSS, *Congressional Review of Agency Regulations*, in *Administrative Law Review*, vol. 49, 1997, 95 ss.; G. GIRAUDI – M.S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Bari-Roma, Laterza, 2001, 59, evidenziano che l'approvazione da parte del Congresso americano dell'*Administrative Procedural Act* (quale “primo sistematico progetto di omogeneizzazione e formalizzazione procedurale per favorire il controllo di legalità sull'attività regolativa delle *Independent Regulatory Commissions*”), costituisce “una tappa fondamentale nello sviluppo” delle medesime, ponendo tale legge “vincoli procedurali per l'attività delle Commissioni Indipendenti e stabilisce le regole a garanzia della trasparenza e correttezza dell'attività amministrativa”; L. BARRA CARACCILO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento U.S.A.: profili comparativi con l'esperienza italiana*, Torino, Giappichelli, 1997.

<sup>77</sup> R. CHIEPPA, *op. ult. cit.*, 2, che precisa: “In altri termini, le Autorità che si pongono al di fuori della tradizionale tripartizione di poteri e in assenza di responsabilità e soggezione nei confronti del governo, trovano in questo modo una legittimazione dal basso, proprio attraverso le garanzie del giusto procedimento e poi mediante il controllo in sede giurisdizionale”.

<sup>78</sup> N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 32 ss.

per tutte le tipologie di atti adottati dalle autorità indipendenti<sup>(79)</sup>, ma con riguardo all'esercizio delle potestà normative la partecipazione dei privati al relativo procedimento viene a connotarsi di ulteriori pregnanti significati quale, in particolare, quello dell'assunzione di una "legittimazione democratica dal basso"<sup>(80)</sup>. Secondo questa impostazione, il "vizio" di origine rappresentato dal mancato rispetto del principio di legalità sostanziale (conseguente all'ampia ed indeterminata delega di potestà normativa conferita dalla legge alle amministrazioni indipendenti) viene ad essere superato grazie alla partecipazione attiva al relativo procedimento dei soggetti interessati (che, a questo fine, godono di specifiche garanzie tutelate giurisdizionalmente). E la "legalità procedurale" (intesa come predisposizione di forme procedurali volte a garantire la partecipazione al procedimento degli interessati in posizione "attiva" e con il rispetto del principio del contraddittorio) riesce a compensare non solo il difetto iniziale di legalità sostanziale del potere normativo delle amministrazioni indipendenti, ma anche il *deficit* di legittimazione democratica delle autorità medesime.

Fin dall'apparizione delle singole autorità indipendenti, i procedimenti che si svolgono dinanzi alle medesime si sono quasi sempre caratterizzati per un'ampia garanzia del rispetto dei principi del contraddittorio e della partecipazione degli interessati<sup>(81)</sup>. Le forme (procedurali) di tutela del principio del contraddittorio si presentano in maniera diversa a seconda della concreta funzione (sanzionatoria, autorizzatoria, normativa, di indagine, ecc.) svolta dalla singola autorità. Si è così parlato<sup>(82)</sup> di "contraddittorio verticale" (in relazione alle garanzie poste a tutela del diritto di difesa dei soggetti - singoli o imprese - che vengono a trovarsi coinvolti dall'esercizio di poteri della singola autorità) e di "contraddittorio orizzontale", con riguardo più specifico alle forme di "partecipazione collaborativa" svolta dai dei soggetti interessati, in rappresentanza dei vari interessi, in particolare con riguardo alle funzioni di *regulation* delle autorità amministrative indipendenti<sup>(83)</sup>.

<sup>79</sup> Il significato delle forme di tutela del diritto di accesso agli atti, di partecipazione al procedimento e di garanzia del principio del contraddittorio è ovviamente diverso per le funzioni provvedimentali (c.d. funzioni di *adjudication*). A questo proposito particolare importanza rivestono strumenti quali l'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie e le audizioni orali. Le garanzie procedurali, anche con riguardo alle funzioni sanzionatorie e provvedimentali, operano non solo a garanzia degli interessati (a tutela del rispettivo diritto di difesa e nei confronti dei quali vale il principio della "parità delle armi"), ma anche a garanzia dei terzi controinteressati per i quali la giurisprudenza ha riconosciuto il diritto a partecipare al relativo procedimento anche con riguardo ai c.d. "provvedimenti negativi" delle autorità indipendenti (Consiglio di Stato, sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865).

<sup>80</sup> R. CHIEPPA, *Tipologie provvedimentali e contraddittorio ...*, cit. 3, specifica: "La caduta del valore della legalità sostanziale viene, quindi, almeno in parte compensata dalla legalità procedurale. Si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: tanto meno è garantita la prima per l'effetto dell'attribuzione all'Autorità di poteri che a volte sono sostanzialmente in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento nel procedimento condotto dall'Autorità di tutti i soggetti interessati". v. già M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti*, intervento al Convegno "Le Autorità amministrative indipendenti", tenuto in memoria di Vincenzo Caianiello in Roma, presso il Consiglio di Stato in data 9 maggio 2003, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>81</sup> M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Diritto Amministrativo*, 2004, 59 ss.

<sup>82</sup> M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005, 162 ss.

<sup>83</sup> M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 163 ss., evidenzia che "anche l'applicazione delle garanzie del contraddittorio si atteggia in modo diversificato a seconda del tipo di funzione e della struttura delle relazioni

L'art. 23 l. n. 262/2005 (*“Procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali”*) ha previsto che gli atti “aventi natura regolamentare o di contenuto generale” (ad esclusione di quelli attinenti all'organizzazione interna) della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap e della Covip “devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono”. Il secondo comma di tale disposizione aggiunge che tali atti devono essere “accompagnati da una relazione” volta ad illustrarne le “conseguenze” su: a) la regolamentazione in generale; b) sull'attività delle imprese e degli operatori; c) sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori. Questa disposizione codifica un principio generale, destinato a guidare le autorità indipendenti nella determinazione del contenuto degli “atti di regolazione generale”. Si tratta del “principio di proporzionalità”, che viene definito come “criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari”. Il legislatore impone dunque alle autorità indipendenti un vincolo, nell'esercizio delle rispettive potestà normative, rappresentato dal “minor sacrificio possibile” degli interessi dei destinatari. Ed è a questo scopo che è imposta la consultazione degli “organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori”. E' inoltre previsto che le autorità periodicamente (e comunque “almeno ogni tre anni”) sottopongano a “revisione periodica” il contenuto dei rispettivi atti di regolazione al fine di “adeguarli all'evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori”.

Alla potestà regolamentare delle singole autorità è rimesso il compito di disciplinare le modalità di applicazione dei principi elencati nel medesimo art. 23 l.n. 262/2005 (motivazione, relazione illustrativa, principio di proporzionalità, ecc.) con l'ulteriore onere di indicare “i casi di necessità e di urgenza o le ragioni di riservatezza” che possono giustificare la deroga ai predetti principi. Dall'esame dell'art. 23 l. n. 262/2005 emerge un ulteriore accrescimento dell'autonomia normativa delle autorità indipendenti le quali sono chiamate a regolamentare anche le modalità mediante le quali poter raggiungere l'obiettivo della “apertura” dei procedimenti normativi di loro competenza. Sembra così emergere dalla legislazione nazionale un orientamento (non a limitare, bensì) a rafforzare la potestà normativa delle autorità indipendenti, da un lato imponendo la tendenza (comunque già sottolineata dalla dottrina)<sup>(84)</sup> verso la predisposizione di formule partecipative volte ad assicurare un ampio ed incisivo coinvolgimento nel relativo processo decisionale dei soggetti destinatari dell'attività di regolazione e, dall'altro lato, prevedendo strumenti (revisione periodica, drafting, analisi dell'impatto della regolamentazione, ecc.) finalizzati al miglioramento della qualità degli atti normativi delle autorità con riguardo all'adeguatezza degli stessi alle esigenze concrete da regolare. E se la partecipazione degli interessati assicura ai processi decisionali una “adeguata

---

giuridiche nelle quali si inserisce il potere esercitato dalle autorità”. Sull'importanza delle garanzie di partecipazione al procedimento di formazione degli atti regolatori delle autorità, v. Consiglio di Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201.

<sup>84</sup> M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit. p. 149 ss.

ponderazione”, l’analisi di impatto della regolazione (Air) impone alle autorità indipendenti una “valutazione *ex ante*” dei possibili effetti dell’atto normativo in corso di adozione, con riguardo ai concreti interessi regolati (ad esempio in termini di costi/benefici su cittadini, amministrazione pubblica ed imprese).

La dottrina non ha mancato di elencare i molteplici vantaggi arrecati da forme di consultazione preventiva: dalla possibilità, per le autorità di regolazione, di avere a disposizione anche visioni alternative in determinate questioni, a quella di potersi avvalere dell’*expertise* anche dei soggetti destinatari della regolazione, dall’ampliamento delle informazioni di cui l’autorità può disporre alla possibilità di una più precisa definizione dell’impatto potenziale della (proposta) regolazione<sup>(85)</sup>. Al tempo stesso è stato evidenziato (anche dalla prassi) che tali forme procedurali finiscono (o possono finire per) per rallentare (a volte eccessivamente) l’attività di regolazione (e questa è una critica che sorge periodicamente da varie parti anche della dottrina), ma l’esperienza dimostra parimenti che l’adozione di atti regolatori preventivamente ed ampiamente negoziati ha (proporzionalmente) maggiori probabilità di “successo” in termini di accettazione e condivisione delle scelte di merito adottate e quindi di effettiva applicazione dell’atto regolatorio.

Se, da un lato, si avverte la necessità di distinzione fra la c.d. attività di *adjudication* (adozione di provvedimenti inibitori o sanzionatori) da quella di *rule making* (regolazione), pena il rischio di una commistione tra gli interventi *ex ante* (in quanto regolativi) posti in essere dall’autorità, e destinati a fissare le regole per la disciplina del settore di riferimento, ed i provvedimenti concreti di *adjudication* adottati dall’autorità nei confronti di singole imprese, dall’altro lato bisogna ribadire l’importanza della tutela (ed anche di un continuo rafforzamento) delle garanzie partecipative per tutti i procedimenti che si svolgono dinanzi alle autorità indipendenti<sup>(86)</sup>. Infatti è grazie a tale modulo d’azione che le regole procedurali vengono a svolgere la funzione di correttivo alla perdita di legalità sostanziale e al *deficit* di legittimazione democratica delle autorità amministrative indipendenti<sup>(87)</sup>. E la centralità delle regole del contraddittorio contribuiscono ad un

<sup>85</sup> Da ricordare che l’art. 12 l. n. 229/2003 ha posto a carico anche delle autorità amministrative indipendenti l’obbligo di dotarsi di metodi di analisi dell’impatto della regolazione (AIR).

<sup>86</sup> F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 3.

<sup>87</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006 sent. n. 7296, che conferma un orientamento giurisprudenziale che prende le mosse da Cons. Stato, Sez. VI, n. 5105/2002; Cons. Stato, Sez. Consultiva per gli atti normativi, n. 11603/2004, e Cons. Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, in *Foro amm.*, 2006, 3142 ss., (con nota di F. GAMBARDELLA, *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio*, *ivi*, pp. 3152 e ss.) e riconosce la possibilità di una “compensazione della caduta della legalità sostanziale” per effetto di un “rafforzamento della legalità procedurale sotto forma di garanzie del contraddittorio”, giungendo all’affermazione della necessità di garantire il contraddittorio anche con riguardo ai *presupposti* che costituiscono il fondamento di una determinata misura regolativa, e dunque anche le finalità che il regolatore intende perseguire attraverso l’emanazione dell’atto normativo misura in oggetto. In tale pronuncia il Consiglio di Stato ha dichiarato illegittima la misura normativa dell’Aeeg di introduzione del cd. “prezzo di non arbitraggio” in ragione della mancata realizzazione di un contraddittorio effettivo e d’integrale su una delle finalità che stavano alla base del provvedimento impugnato (e il giudice amministrativo ha ritenuto non ammissibile nemmeno una “esplicitazione *ex post*” - in sede giurisdizionale - del presupposto in oggetto); per un esame di tale pronuncia v. S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2007, 377 e ss., e, sull’intera tematica v. R.

consolidamento del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti quale effettivo strumento di democrazia economica e di tutela della libertà dei cittadini<sup>(88)</sup>.

La partecipazione degli interessati ai processi normativi delle autorità indipendenti (processi che vengono così ad “aprirsi” agli interessi regolati) e la valutazione *ex ante* degli effetti delle misure (regolamentari) in elaborazione (valutazione che assicura una maggiore ponderazione delle nuove scelte decisorie) consentono di superare la tradizionale “asimmetria” tra decisore pubblico (in questo caso, autorità amministrativa indipendente) e destinatari della decisione (operatori di settore) e, per tale via, di “colmare il *deficit* di legalità sostanziale” per mezzo delle “garanzie procedurali rafforzate” le quali finiscono così anche per svolgere la funzione di elemento di legittimazione della “presenza nel nostro ordinamento di Autorità indipendenti dal potere politico e sganciate in qualche misura dal circuito democratico tradizionale”<sup>(89)</sup>.

Nei procedimenti che si svolgono dinanzi alle autorità indipendenti, e destinati all'adozione di atti normativi, il principio del giusto procedimento e più specificamente il principio del contraddittorio vengono a svolgere il ruolo di “elemento indefettibile”<sup>(90)</sup>. Ed in particolare proprio il principio del contraddittorio deve essere garantito in tutte le fasi del procedimento di formazione dell'atto regolamentare e pertanto l'autorità indipendente deve rendere espliciti, prima dell'adozione della decisione definitiva, “i presupposti e le finalità che giustificano l'intervento pubblico di regolazione” e, dopo

---

CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, Relazione al Convegno “*Imparzialità ed indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali ed amministrative*” tenutosi a Roma presso il Consiglio di Stato il 14 dicembre 2005, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Nel parere sul “*Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*”, il Consiglio di Stato (Sez. Norm., parere n. 355/06 del 6 febbraio 2006) ha precisato che l'esercizio di poteri normativi da parte di autorità indipendenti, proprio in ragione delle “problematiche particolari” che si pongono quando tali poteri finiscono per incidere sulle posizioni dei privati, trova la propria giustificazione anche nella previsione di un procedimento partecipativo “inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. Il rischio di una caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensato, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio”. A questo fine, il Consiglio di Stato ha precisato che l'autorità debba prevedere “idonee garanzie partecipative in sede di approvazione dei propri regolamenti” nonché “dotarsi di sistemi di consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti vigilati”. Il parere è stato recepito nell'art. 8, comma 1, del Codice: “L'Autorità si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di organizzazione e di analisi dell'impatto della normazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione. Al fine di migliorare la qualità dei propri atti, l'Autorità utilizza metodi di consultazione preventiva, consistenti nel dare preventivamente notizia del progetto di atto e nel consentire agli interessati di far pervenire le proprie osservazioni, da valutare motivatamente”.

<sup>88</sup> R. CHIEPPA, *op. ult. cit.*, 9.

<sup>89</sup> Così M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione in Il procedimento davanti alle autorità indipendenti (Quaderni del Consiglio di Stato)*, cit., 19. G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, cit., 80 ss., svolge un analitico esame delle tesi contrarie a ritenere che la tutela del principio del contraddittorio possa essere invocata quale strumento legittimante le autorità amministrative indipendenti e quindi idoneo a colmare il *deficit* di legalità sostanziale. Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 11 aprile 2006, n. 2007, *considerato in diritto n. 5*, cit., espressamente afferma che “l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri ed al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione”, può essere “giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative”.

<sup>90</sup> F. GAMBARDELLA, *Autorità indipendenti*, cit., 3153; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa*, cit., 197, ritiene ineludibile il contraddittorio nei procedimenti normativi delle autorità indipendenti.

tale illustrazione, l'autorità deve sottoporre alla consultazione preventiva dei soggetti interessati (e cioè di quanti operano nel settore oggetto della regolazione) la versione dell'atto normativo che intende adottare, affinché i soggetti interessati possano “contribuire o essere messi nelle condizioni di partecipare alla formazione della regola, della quale risulteranno i destinatari”. Infine ricade sull'autorità di regolazione l'onere di corredare la decisione finale “con idonea motivazione che si soffermi esplicitamente anche con riguardo alle osservazioni presentate nel corso della consultazione preventiva”<sup>(91)</sup>.

Nella tutela di questi distinti, ma connessi, passaggi (illustrazione dei presupposti e delle finalità che giustificano l'intervento normativo dell'autorità indipendente; consultazione preventiva degli interessati sul progetto dell'atto finale; motivazione dell'atto finale che si esprime anche con riguardo alle osservazioni presentate nelle fasi precedenti) trova reale affermazione il principio del contraddittorio che può così esplicare la sua funzione di “correttivo del *deficit* di legittimazione democratica” delle autorità indipendenti<sup>(92)</sup> grazie alla “legalità procedurale” che riesce ad assicurare e che consente di “recuperare” quella perdita di “legalità sostanziale” sopra delineata.

L'obbligo di motivazione introdotto dalla l. 28 dicembre 2005, n. 262, viene ritenuto (sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza) principio applicabile anche con riguardo agli atti (sia normativi che amministrativi generali) di ogni autorità indipendente ed è stato recepito dai regolamenti di procedura (o di funzionamento) delle varie autorità. Nella motivazione dell'atto normativo l'amministrazione indipendente esplica, in contraddittorio con gli interessati, le ragioni delle proprie scelte e prima ancora le ragioni giustificative dello stesso intervento dell'autorità<sup>(93)</sup>. Ed è sulla motivazione della delibera finale e sui documenti prodotti durante il procedimento di formazione dell'atto normativo che finisce spesso per svolgersi il controllo giurisdizionale sugli atti normativi delle autorità indipendenti. I regolamenti delle autorità indipendenti sono infatti sottoposti ad un penetrante sindacato giurisdizionale e, in ragione anche dell'elevata rilevanza economica degli interessi coinvolti, il relativo contenzioso ha dato vita ad una vasta giurisprudenza amministrativa (ma anche ordinaria) la quale, se da un lato ha tracciato le linee fondamentali di legittimità dell'attribuzione di poteri normativi alle amministrazioni indipendenti, dall'altro lato ha anche elaborato importanti orientamenti

<sup>91</sup> S. SCREPANTI, *op. cit.*, 379.

<sup>92</sup> S. SCREPANTI, *op. cit.*, 381; R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, cit., 3 ss.; nonché Consiglio di Stato. Sez. VI, sent. 11 aprile 2006, n. 2007, cit.; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 205 ss.

<sup>93</sup> La motivazione consente di recuperare quel rispetto del principio di legalità che sembra non del tutto presente. Infatti, grazie alla motivazione dell'atto, maggiore è il controllo che può svolgere il successivo controllo giurisdizionale e le esigenze di garanzia sottese al principio di legalità si perseguono anche attraverso la presenza di un sindacato giurisdizionale “forte” del provvedimento. In tal senso operano anche i continui richiami alla motivazione (oltre che alla partecipazione al procedimento) che si leggono in Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972 (proprio per compensare la ridotta legalità sostanziale di una delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas).

interpretativi con riguardo ai necessari requisiti di tali atti ed in particolare con riferimento alla centralità – e al significato anche sostanziale – delle garanzie procedurali. E così, il Consiglio di Stato, in sede consultiva<sup>(94)</sup>, ha riconosciuto in capo alle autorità indipendenti la titolarità di funzioni normative, le quali «non possono più ritenersi di spettanza esclusivamente di “soggetti dotati di rappresentatività», giacché il «policentrismo normativo» che caratterizza il nostro ordinamento giuridico (e che si collega «alla sempre più vasta distribuzione di funzioni pubbliche fra una pluralità di soggetti, anche al di fuori dell'apparato governativo e ministeriale») giustifica il potere normativo delle amministrazioni indipendenti la quali «costituiscono certamente una tipologia speciale di soggettività pubblica», che deve sempre avere «in un profilo legislativo primario la fonte attributiva del potere e i criteri di fondo che devono presiedere all'esercizio di detto potere»<sup>(95)</sup>. E nella giurisprudenza amministrativa si riconosce che l'esercizio di poteri normativi sia “insito nella natura e nel ruolo delle autorità” in quanto chiamate «a regolare e quindi anche a regolamentare, in conformità alle esigenze che via via si pongono nel settore di afferenza, anche e soprattutto sulla base del dato dell'esperienza, della prassi, l'azione di quanti vi operano»<sup>(96)</sup>. Il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti è dunque giustificato in quanto ricompreso all'interno della funzione di regolazione il cui esercizio impone il rispetto (controllato dal giudice amministrativo) delle regole del giusto procedimento<sup>(97)</sup>.

Infatti netta è l'affermazione in giurisprudenza dell'esigenza del rispetto del giusto procedimento e della partecipazione al medesimo e della motivazione degli atti dell'autorità<sup>(98)</sup>. Fondamentale, in questa direzione, è stata proprio la giurisprudenza del

<sup>94</sup> Cons. Stato, sez. consult. atti normativi, 14 febbraio 2005, n. 11603/04 (v. in particolare §§ 6.1, 6.2., 6.3 e 6.5), nel parere reso sullo schema di decreto legislativo relativo al Codice delle assicurazioni.

<sup>95</sup> Il Consiglio di Stato riconosce una «copertura costituzionale» e/o una «copertura comunitaria» del potere normativo delle autorità indipendenti. Il fondamento costituzionale è stato rinvenuto, oltre che nel principio di legalità, «nel principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, nonché nei principi regolanti singoli settori o attività, quali gli artt. 41, 47, 21, 39 Cost. ecc.» che forniscono «caso per caso» un fondamento costituzionale «diversificato» a seconda del tipo di autorità (§ 6.3.). Il fondamento in principi e norme di livello «sovra-primario» dei poteri normativi delle autorità si rinviene poi – afferma il Consiglio di Stato – «ampiamente nell'ordinamento comunitario, che ha fornito un impulso decisivo alla diffusione di questi organismi», cui è affidata «una competenza regolatoria» e una «competenza di vigilanza».

<sup>96</sup> V. anche Tar Lazio, I, n. 5523/2007; Cons. Stato, VI, 11 novembre 2008, n. 5622; Tar Lazio, sez. II, 21 dicembre 2005, n. 14357 e n. 12820/05; Tar Lazio, sez. II, 30 ottobre 2008, n. 9731, secondo cui l'autorità può, anche in assenza di una normativa nazionale di recepimento di una direttiva, esercitare potere regolamentare allo scopo di dare diretta ed immediata attuazione alla normativa comunitaria.

<sup>97</sup> Tar Lazio, I, 28 marzo 2008, n. 2687, con riferimento ai regolamenti della Consob, ha affermato che «fermo restando il principio di legalità, le norme secondarie emanate da tali organismi ... sono annullabili dal giudice amministrativo solo ove contrastino con i principi generali della materia o con gli obiettivi della vigilanza stessa, ovvero non rispettino il principio di proporzionalità, ovvero ove non siano emanate all'esito di procedure di consultazione aperte e trasparenti. Al di fuori di tali ipotesi generali, e salvo il contrasto con specifiche disposizioni di legge, il merito delle scelte effettuate fuoriesce dal controllo giurisdizionale». Nello stesso senso Tar Lazio, I, 27 luglio 2008 n. 7549; Cons. Stato, VI, 25 febbraio 2003, n. 1054, e 1 ottobre 2002 n. 5156; per il settore dell'energia, Tar Lombardia, IV, 1 dicembre 2005, n. 4831.

<sup>98</sup> V. ad esempio, Cons. Stato, VI, 29 maggio 2006, n. 3272; 2 maggio 2006, n. 2444; 20 aprile 2006, n. 2201; 11 aprile 2006, n. 2007; 17 marzo 2006, n. 1409. In dottrina v. G. PUCCINI, *Osservazioni in tema di applicazione del principio del giusto procedimento agli atti normativi delle autorità indipendenti*, in P. CARETTI – M.C. GRISOLIA (a cura di), *Lo Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, 420-421; v. anche A. VALASTRO, *Le autorità indipendenti in cerca di*

Consiglio di Stato il quale ha affermato che è proprio la garanzia della trasparenza, che si ottiene attraverso procedimenti partecipati da tutti i soggetti interessati e attraverso l'adozione di atti adeguatamente motivati in merito alle scelte adottate, a giustificare l'esercizio di poteri regolatori da parte delle autorità amministrative indipendenti, altrimenti «poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del criterio di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost.» e per le quali lo «strumento di partecipazione dei soggetti interessati» è sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative» (Cons. Stato, VI, n. 2201/06 cit.) e «costituisce un meccanismo di democrazia sostitutivo rispetto a quello fondato sulla rappresentanza popolare», giacché le regole di «formazione amministrativa» dell'autorità indipendente «provocano una caduta della “legalità sostanziale”, che viene compensata con un rafforzamento della “legalità procedurale” sotto forma di garanzie del contraddittorio»<sup>(99)</sup>. Per il Consiglio di Stato dunque la funzione di regolazione impone il rispetto di un procedimento “aperto”, il quale – a sua volta – viene a legittimare anche il potere normativo delle autorità indipendenti. Infatti «quanto meno è garantita la legalità sostanziale, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un rilevante impatto sull'assetto del mercato»<sup>(100)</sup>.

---

*interlocutore*, Napoli, Esi, 2008, 72; e M. FOGLIA, *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2, 008, 559 ss.

<sup>99</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, che, proprio per l'assenza del contraddittorio, ha ritenuto illegittima la deliberazione dell'Aeeg che aveva introdotto un «atto di regolazione ... rispetto alle finalità dell'intervento regolatorio, indicate nel documento di consultazione e nella delibera regolatoria», non rispettoso del «principio di proporzionalità (del c.d. minimo mezzo), implicando un aggravio per i contrapposti interessi dei soggetti grossisti, non presi in considerazione in modo esplicito dall'Autorità» ed in «contrasto anche con il principio dell'affidamento, trattandosi di misure dirette a incidere su contratti di fornitura già stipulati e su soggetti che non potevano in alcun modo rivalersi sui propri clienti o comunque programmare in modo diverso la propria attività». La partecipazione dei soggetti regolati viene così ad avere un “valore legittimante” dell'attività di regolazione svolta dall'autorità e «la legittimazione derivante dal procedimento partecipativo è possibile purché sia assicurato il rispetto di apposite regole di garanzia del giusto procedimento e il controllo successivo in sede giurisdizionale» (cfr. Cons. Stato, VI, n. 7972/06 cit. e negli stessi termini, Cons. Stato, VI, n. 3272/06 cit.).

<sup>100</sup> Cons. Stato, sez. VI, n. 2007/2006 (con riferimento all'attività dell'Aeeg). V. inoltre Cons. Stato, sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469, che, ricostruendo proprio l'orientamento giurisprudenziale in materia, riconosce che «il giudice amministrativo possa sindacare senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche ... anche quando riferite ai c.d. concetti giuridici indeterminati», e che «la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione .... Il sindacato del giudice amministrativo è quindi pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame»; v. anche Cons. Stato, sez. VI, n. 926/2004. Da ultimo v. Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, che ha dichiarato illegittimo il regolamento Consob relativo al procedimento di irrogazione delle sanzioni per mancato rispetto del principio del contraddittorio. In tale pronuncia il Consiglio di Stato dichiara che “la giurisprudenza nazionale, ha, ormai da tempo, elaborato il principio del “giusto procedimento” (riconoscendone, entro certi limiti, anche la valenza costituzionale: cfr. Corte cost. 23 marzo 2007, n. 103), in forza del quale ogni procedimento amministrativo deve svolgersi nel rispetto di un nucleo irriducibile di garanzie procedurali che assicurino, fra l'altro, la partecipazione degli interessati e il conseguente contraddittorio endoprocedimentale, la conoscenza degli atti del procedimento, il diritto di difesa, l'obbligo di motivazione”. Il

Consiglio di Stato riconosce inoltre che “vi è nell’ordinamento nazionale una crescente tendenza ad assimilare il “giusto procedimento” al “giusto processo”, anticipando, già in sede procedimentale, molte garanzie tradizionalmente tipiche del processo e dell’esercizio della giurisdizione”. E con riguardo al regolamento Consob il Consiglio di Stato non ritiene che emergano profili di illegittimità rispetto ai precetti costituzionali: «Le norme della Costituzione che garantiscono il diritto di difesa e il giusto processo riguardano espressamente il giudizio cioè il procedimento in cui il giudice è chiamato ad esercitare funzioni giurisdizionali al fine di statuire su posizioni soggettive, e sono rivolte a garantire che, nel dibattito prodromico alla decisione, siano presenti tutti gli interessati, in situazione di parità e con effettiva possibilità di formulare le deduzioni difensive ritenute opportune. Il procedimento amministrativo, ancorché sia finalizzato ad un provvedimento incidente su diritti soggettivi non è assimilabile al giudizio, sicché l’assenza di una totale equiparazione del procedimento amministrativo e giusto processo non autorizza ad ipotizzare un contrasto con i principi costituzionali propri esclusivamente del giudizio (Civ., Sez. Un., 20 settembre 2009, n. 20935). La nozione di “giusto processo”, enunciata dall’art. 111, è dunque direttamente riferibile soltanto ai giudizi destinati a svolgersi dinanzi ad organi giurisdizionali, come inequivocabilmente conferma già l’instestazione della sezione II (“*Norme sulla giurisdizione*”), del titolo IV della Costituzione (a propria volta intestato alla “*Magistratura*”). Sotto il profilo costituzionale, la disciplina del procedimento amministrativo anche sanzionatorio è vincolata solo al rispetto dei più generici principi di eguale trattamento, imparzialità e buon andamento dell’amministrazione, posti dagli artt. 3 e 97 Cost., nonché al generalissimo principio di legalità che è sempre sotteso all’operare della pubblica amministrazione». E «La considerazione secondo cui il provvedimento amministrativo sanzionatorio, in forza della sua immediata esecutività ..., potrebbe produrre effetti gravemente lesivi in danno al privato che ne sia destinatario ancor prima che quest’ultimo possa eventualmente invocare rimedi giurisdizionali, non basta, di per sé a giustificare sul piano costituzionale un obbligo di estendere le garanzie del giusto processo alla fase procedimentale sanzionatoria. Se così fosse, infatti, una tale estensione dovrebbe predicarsi non solo per i provvedimenti sanzionatori, ma per molti altri provvedimenti amministrativi, i quali, pur senza connotazione sanzionatoria, possono ugualmente essere fonte di gravissimi pregiudizi per il privato che ne è destinatario e dare parimenti luogo al pericolo di lesioni ingiustificate prima dell’intervento giurisdizionale. Tale pericolo non può essere però risolto invocando la giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo. Al contrario, la soluzione corretta e costituzionalmente compatibile è quella che passa attraverso un bilanciamento tra le esigenze di tutela del privato e il contrapposto interesse alla prontezza e alla efficacia dell’azione amministrativa. Da tale punto di vista, l’ampiezza, l’efficacia e l’immediatezza della tutela cautelare, anche ante causam e monocratica, è certamente in grado di assicurare, tanto nel processo amministrativo quanto in quello civile di opposizione alle sanzioni amministrative, un equilibrato contemperamento degli opposti interessi, scongiurando così il pericolo che il destinatario del provvedimento sia privato della ineliminabile garanzia della tutela effettiva». Invece, con riguardo alla compatibilità del regolamento Consob con le previsioni di rango primario contenute negli artt. 187-*septies* e 195 del T.U.F. (nel testo risultante dopo le modifiche introdotte con la legge 18 aprile 2005, n. 62, che ha modificato il procedimento sanzionatorio, attribuendo alla Consob la competenza sia della fase istruttoria che di quella decisoria, prima riservata al Ministero dell’Economia e delle Finanze) il Consiglio di Stato giunge ad una decisione in senso negativo. Gli artt. 187-*septies* e 195 del T.U.F. Infatti stabiliscono che il procedimento sanzionatorio (di competenza della Consob) debba essere retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie (“Sono, nella sostanza, gli stessi principi richiamati dall’art. 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, che ne ha esteso l’applicazione anche ai procedimenti sanzionatori della Banca d’Italia, dell’Ivass e della Covip”) ed in attuazione di tali disposizioni, la Consob ha adottato la delibera 21 giugno 2005 n. 15086 (poi sostituita dalla delibera 19 dicembre 2013, n. 18750). «In base a detto regolamento, prodromica a ogni procedimento sanzionatorio è una fase preliminare, nella quale la Consob raccoglie gli elementi di fatto e le informazioni sulle quali si basa l’eventuale successiva fase istruttoria. Nell’ambito dei propri poteri di vigilanza ispettiva l’Autorità di controllo dispone, infatti, di ampi poteri-doveri di indagine per l’accertamento di violazioni ... Ad esito dell’attività di vigilanza, il dialogo tra gli uffici della Consob può condurre l’ufficio competente ad avviare il procedimento sanzionatorio vero e proprio». Per il Consiglio di Stato la disciplina del procedimento sanzionatorio contenuta nel regolamento Consob non assicurava il rispetto del principio del contraddittorio e della piena conoscenza degli atti. Per il supremo giudice amministrativo «la disposizione legislativa, nel richiamare il principio del contraddittorio non fissa esplicitamente un livello minimo di tutela, né tantomeno impone l’adozione di un modulo procedimentale che offra garanzie del tutto equiparabili a quelle proprie del giusto processo giurisdizionale. Il legislatore non fornisce direttamente una definizione della nozione di contraddittorio di cui impone il rispetto. Tale nozione deve essere, pertanto, ricavata in via interpretativa, tenendo conto del complessivo contesto in cui si inserisce la disposizione in esame. ... quella di “contraddittorio” costituisce, in sé considerata, una nozione polisemica, che comprende una pluralità di livelli, più o meno alti, di tutele. In ogni ambito, le garanzie del contraddittorio non costituiscono un insieme predefinito e costante di poteri, doveri e facoltà attribuiti alle parti all’interno del procedimento amministrativo. Esse sono invece suscettibili di variazioni e adattamenti, in funzione del tipo di procedimento e degli interessi in gioco. Persino nella sede giurisdizionale, il principio del contraddittorio

subisce adattamenti e limitazioni in funzione del tipo di processo (cognizione, di esecuzione, cautelare). Diverse sono anche le funzioni del contraddittorio: funzione di garanzia del diritto di difesa, di partecipazione in funzione collaborativa, di rappresentanza degli interessi. Il più alto livello di contraddittorio è certamente quello di matrice processuale: il contraddittorio orizzontale e paritario (contraddittorio tra due parti in posizioni di parità rispetto ad un decidente terzo e imparziale), con il riconoscimento del diritto, in capo al soggetto interessato, di interloquire in ogni fase del procedimento. Il contraddittorio procedimentale (quello che si svolge nell'ambito dei procedimenti amministrativi) è, invece, normalmente di tipo verticale (contraddittorio tra l'interessato sottoposto e l'Amministrazione titolare del potere e collocata, quindi, su un piano non paritario) ed ha essenzialmente una funzione collaborativa e partecipativa, piuttosto che difensiva. Ha prevalentemente queste caratteristiche e questa funzione (più partecipativa che difensiva) il contraddittorio che trovala sua concreta disciplina nell'ambito della legge 7 agosto 1990, n. 241 (*“Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”*), che detta una disciplina generale destinata ad applicarsi, salvo discipline speciali, ad ogni procedimento amministrativo. Occorre allora chiarire se il contraddittorio richiamato in generale dall'art. 195 e, per la specifica materia del c.d. *market abuse* ... dall'art. 187-*septies* T.U.F, sia semplicemente il “tradizionale” contraddittorio endoprocedimentale (con finalità partecipativa e collaborativa) già conosciuto nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo o se, al contrario, si tratti di un concetto più stringente di contraddittorio, volto ad imporre, in un'ottica difensiva, l'introduzione di garanzie ulteriori». Per il Consiglio di Stato è necessari optare per la seconda strada secondo cui «il contraddittorio richiamato per i procedimenti sanzionatori della Consob sia un contraddittorio rafforzato rispetto a quello meramente collaborativo già assicurato dalla disciplina generale del procedimento amministrativo», giacché: 1) «l'obbligo di assicurare il rispetto del principio del contraddittorio nell'ambito dei procedimenti sanzionatori della Consob viene introdotto (dalla legge n. 62 del 2005) e poi ribadito (dalla legge n. 262 del 2005), in un contesto normativo ed in un momento storico in cui già esiste da tempo, nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241 del 1990, il riconoscimento di un livello minimo di contraddittorio, prevalentemente inteso come momento di partecipazione, collaborazione e rappresentanza degli interessi. L'intervento normativo del 2005 non avrebbe, quindi, quasi alcuna reale utilità se si dovesse concludere nel senso che il legislatore abbia voluto limitarsi, attraverso l'enfatico richiamo ai principi del contraddittorio e della piena conoscenza degli atti, a ribadire obblighi di trasparenza e di partecipazione già da tempo sanciti dalla legge generale sul procedimento amministrativo. Al contrario, la portata innovativa e autonomamente precettiva delle richiamate disposizioni legislative viene conservata e valorizzata ritenendo che il risultato della disciplina in esame sia proprio quello di imporre uno *standard* di contraddittorio più elevato rispetto a quello già assicurato dalla legge generale del procedimento amministrativo, un livello di contraddittorio che, con riferimento a questa particolare tipologia di procedimenti, il legislatore ha voluto in parte assimilare quello di matrice processuale»; 2) «il principio del contraddittorio sia richiamato insieme a quelli di piena conoscenza degli atti e di separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, che sono pure tipici principi di matrice processualistica e che, a loro volta, evocano il rispetto di un nucleo minimo di garanzie senz'altro più elevato di quello assicurato nell'ambito dei comuni procedimenti amministrativi. In questi ultimi, infatti, la conoscenza degli atti è solo eventuale (ed avviene principalmente ad iniziativa dell'interessato mediante il c.d. accesso endoprocedimentale) e non vi è certamente alcuna forma di separazione tra istruttoria e decisione ... Si ritiene, pertanto, che il procedimento sanzionatorio abbia una natura, almeno in parte, paragiurisdizionale, che richiederebbe un rafforzamento delle garanzie del contraddittorio, che dovrebbe, quindi, essere destinato ad una finalità difensiva e non solo ad esigenze partecipative e di rappresentanza degli interessi in gioco. Evidentemente, quindi, con la novella legislativa del 2005, il legislatore ha inteso soddisfare tali esigenze, imponendo, almeno con riferimento al procedimento sanzionatorio della Consob, il rispetto di un più elevato livello di contraddittorio rispetto a quello già assicurato per i comuni procedimenti amministrativi»; 3) il regolamento Consob si pone «al di sotto dello *standard* di contraddittorio fissato dal legislatore. Non vi è dubbio, infatti, che la fase del procedimento sanzionatorio che si svolge davanti alla Consob presenti numerose criticità (che neanche il successivo regolamento del 2013 riesce a superare), sul piano del rispetto del c.d. *fair trial*. Nella fase istruttoria non viene, infatti, garantito ... un vero e proprio diritto di difesa, con contraddittorio pieno ... Dopo l'iniziale ridotta partecipazione ... il procedimento sanzionatorio prosegue in totale assenza di contraddittorio. ... Questo *iter* procedimentale ... determina allora una violazione del contraddittorio voluto dal legislatore, dal momento che in un procedimento ispirato a tale principio il contraddittorio dovrebbe esplicarsi in ogni fase del procedimento, prima, durante e dopo il compimento dell'attività istruttoria preordinata alla decisione finale. La contraria opinione, in passato accolta dalla giurisprudenza, secondo cui il rispetto del principio del contraddittorio nel procedimento in esame sarebbe adeguatamente assicurato dalla previa contestazione degli addebiti all'interessato e dalla possibilità che costui ha di far valere le proprie difese nei successivi trenta giorni, risulta, dunque, frutto di una concezione eccessivamente riduttiva della nozione di contraddittorio. È certamente vero che esiste un legame logico e funzionale tra contestazione degli addebiti e l'attuazione del contraddittorio e che entrambe riguardano l'esercizio del diritto di difesa, ma queste garanzie non sono da sole sufficiente ad assicurare il principio del contraddittorio. Il principio del contraddittorio specificamente richiamato da legislatore con riferimento ai procedimenti sanzionatori della Consob

## 5. Riflessioni conclusive. Il potere regolamentare delle autorità indipendenti nel sistema istituzionale

Se (come si è cercato di dimostrare nelle pagine precedenti) la potestà normativa delle autorità indipendenti costituisce espressione della funzione di regolazione alle medesime assegnata e se lo svolgimento di tale funzione (che si esplica mediante l'esercizio di una pluralità di poteri, anche normativi) corrisponde ad un'esigenza di grado costituzionale che, a sua volta, si ricollega alla posizione istituzionale (come costituzionalmente fissata) della pubblica amministrazione, si deve riconoscere che i regolamenti delle autorità indipendenti vengono a caratterizzarsi per varie peculiarità che pongono gli stessi in una posizione differenziata nel sistema delle fonti ed in particolare con riguardo alle altre fonti secondarie (e soprattutto rispetto ai regolamenti governativi).

Con riguardo al mancato rispetto del principio di legalità, i dubbi di costituzionalità relativi all'assegnazione alle autorità indipendenti di potere normativo sono dipesi anche dalla circostanza che spesso le singole leggi attributive conferiscono un ampio ed indeterminato potere normativo con l'indicazione solo di obiettivi da raggiungere (ad esempio, tutela del pluralismo, tutela del risparmio, tutela della concorrenza, ecc.). A quest'ultima considerazione viene inoltre aggiunto che le autorità indipendenti si presentano prive di una diretta legittimazione democratica.

Inoltre, anche in ragione delle competenze di elevata specializzazione proprie delle amministrazioni indipendenti, i regolamenti adottati dalle medesime non possono ritenersi di mera esecuzione ed integrazione delle disposizioni di legge<sup>(101)</sup>. I regolamenti delle autorità si presentano infatti come regolamenti “indipendenti” proprio perché il rapporto con la legge è caratterizzato dal conferimento ai medesimi di ampia discrezionalità<sup>(102)</sup>.

---

implica, infatti, qualcosa di più: implica non solo che all'interessato deve essere assicurato il diritto di controdedurre rispetto all'addebito contestatogli, ma che la difesa debba poter interagire con l'accusa in tutte le fasi del procedimento, secondo modalità destinate a connotare in termini più dialettici il procedimento e a trasformarlo da procedimento inquisitorio a procedimento accusatorio, in cui l'interessato deve avere la possibilità di conoscere la proposta dell'Ufficio sanzioni e di replicare prima che la Commissione decida. La prevista possibilità di presentare deduzioni davanti all'Ufficio sanzioni, così come la possibilità che l'interessato chieda di essere sentito dall'Ufficio sanzioni non risulta sotto tale profilo sufficiente, risultando comunque dirimente, al fine di riscontrare la violazione del principio del contraddittorio, la circostanza che l'atto certamente più importante della fase istruttoria (ovvero la relazione conclusiva redatta dall'Ufficio sanzioni e inviata alla Commissione) non è oggetto di comunicazione (o di altre forme di conoscenza) e rispetto ad esso non vi è alcuna possibilità di controdeduzione».

<sup>101</sup> P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, cit., 2004, XV, sottolinea che la legge finisce per lasciare alle singole autorità indipendenti ampi margini di discrezionalità così “da configurare delle vere e proprie deleghe in bianco”. E così Caretti si interroga: “fino a che punto il principio di legalità, anche nella sua portata meramente formale, possa dirsi salvo di fronte a disposizioni che conferiscono poteri normativi (ma anche provvedimenti: n.d.r.) vincolati solo con la generica enunciazione di un obiettivo o di un valore; fino a che punto una tecnica di questo genere sia compatibile con le riserve di legge relative previste nella Costituzione?”.

<sup>102</sup> Secondo F. Politi, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 7 ss., legge e regolamento della singola autorità indipendente vengono spesso a trovarsi in rapporto di competenza. Secondo tale autore, una volta tracciate le rispettive sfere, la legge lascia alla fonte secondaria l'intera disciplina del settore. S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999, 143, definisce i regolamenti delle autorità indipendenti

E, per tale via, almeno secondo parte della dottrina, verrebbe leso (come visto) il principio di legalità non ritenendosi ammissibile un potere regolamentare così esteso e totalmente privo di una – sia pur ampia – cornice limitativa fissata dalla legge (o comunque da fonte di grado primario)(103). Siffatta potestà regolamentare si porrebbe così in contrasto con il principio di legalità e con le esigenze garantistiche ad esso sottese(104).

Opinione contrapposta è quella sostenuta nel presente lavoro e che mira a dimostrare che la previsione, con legge, di una potestà regolamentare configurata sugli obiettivi da raggiungere (e dunque – per così dire - in termini “teleologici”) sia una conseguenza dello specifico ruolo assegnato alle autorità indipendenti, chiamate – per la loro stessa natura – allo svolgimento di un compito non di mera esecuzione ed attuazione di norme di grado primario, bensì di “regolazione” del settore loro affidato(105). A queste considerazioni si è replicato che le specificità della funzione di regolazione non possono giustificare il venir meno della soddisfazione dell'esigenza di predisposizione di norme di grado primario (all'interno delle quali possa muoversi la potestà regolamentare delle autorità indipendenti) volte a tutelare i diritti costituzionalmente garantiti(106).

Ancora diverso è l'orientamento di quanti preferiscono porre l'accento (nell'esame della questione relativa al rispetto del principio di legalità) sulla tipologia di potestà normativa affidata dalla legge (o dalla fonte di grado primario)(107). In questa

regolamenti “quasi indipendenti”, non “davvero indipendenti perché gli interessi sono predefiniti dal legislatore”, ma nemmeno “meramente attuativi-esecutivi”, perché viene notato un “basso livello di predeterminazione nella legge dei contenuti dell'atto”. Posizione simile, S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2002, 133.

<sup>103</sup> Viene così ritenuta incostituzionale la legge attributiva della potestà normativa alle amministrazioni indipendenti (S. STAMMATI, *Tre questioni in tema di “autorità amministrative indipendenti”*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, Cedam, 1999, 86) in quanto dispone di potestà regolamentare oltrepassando i limiti costituzionalmente imposti; v. anche S. STAMMATI, *Intervento*, in *Le autorità di garanzia e di vigilanza*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme*, Milano, Giuffrè, 1998, 343 ss.

<sup>104</sup> In tal senso, M. MANETTI, *Autorità indipendenti*, cit., 4; ID., *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 101 ss., secondo la quale l'indeterminata assegnazione da parte della legge alle amministrazioni indipendenti di un potere normativo non semplicemente “attuativo” ma “integrativo” della legislazione primaria finisce per consegnare nelle mani di tali autorità un potestà normativa “libera nel fine” e quindi “politica”; ID., *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Politica del diritto*, 1997, 657 ss., evidenzia un contrasto dei regolamenti delle autorità indipendenti con le singole riserve di legge contenute in Costituzione. Al riguardo v. anche G. FALCON, *Il “primo”, il “secondo” ed il “terzo” Garante nei settori dell'editoria e della radiodiffusione*, in F. BASSI-F. MERUSI (a cura di),  *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit., 96, secondo cui “ove la Costituzione imponga riserve di legge, queste si impongono in relazione alle autorità amministrative indipendenti esattamente come si impongono in relazione al potere esecutivo in generale”.

<sup>105</sup> Sul concetto di regolazione v. L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002, 19 ss., ma già N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, 87, aveva evidenziato come l'assegnazione della funzione di regolazione comporti il conferimento di un ampio potere normativo; v. anche G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolative*, Padova, Cedam, 1993.

<sup>106</sup> V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle “amministrazioni indipendenti”*, in F. BASSI-F. MERUSI (a cura di),  *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit., 19, il quale, oltre a richiamare l'argomentazione secondo cui i regolamenti delle autorità indipendenti provengono da soggetti esterni al circuito politico-rappresentativo, aggiunge che le amministrazioni indipendenti debbono collocarsi “in un'area di soggezione esclusiva alla legge”.

<sup>107</sup>In tal senso già G. GUARINO, *Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro italiano*, 1953, I, 541 ss.; M. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, Giuffrè, 1990, 169 ss.; Corte Cost. 7 agosto 1988

prospettiva peculiare funzione è assegnata alla motivazione dell'atto e alle esigenze di partecipazione al procedimento di formazione dell'atto medesimo da parte di tutti i soggetti coinvolti (o destinatari dell'atto)(108).

Gran parte della dottrina (ed anche della giurisprudenza)(109) pone oggi in particolare risalto la circostanza secondo cui i regolamenti delle autorità indipendenti si formano in base a procedure aperte alla partecipazione dei soggetti interessati(110) e con obbligo di motivazione (con rilevanti conseguenze sia sulla ponderazione dei molteplici interessi di

---

n. 409, in *Giur. Cost.* 1988, I, 1833; Corte Cost., 24 marzo 1993, n. 103, *ivi*, 1993, 841; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, 267 ss.; con riguardo più specifico ai regolamenti delle autorità amministrative indipendenti (con attenzione ai profili della esigenza di una adeguata motivazione) v. F. DONATI - V. BONCINELLI, *I regolamenti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, cit., 156 ss.

<sup>108</sup> G. PUCCINI, *La potestà regolamentare della Consob in materia di intermediazione finanziaria etc.*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, cit. 14 ss.; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, II ed. Torino, Giappichelli, 2007, 111 ss. e *ivi* numerose ulteriori indicazioni; P. LAZZARA, *L'azione amministrativa ed il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale*, in G. DELLA CANANEA - M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, 430 ss.; Consiglio di Stato, Sez. V, 27 dicembre 2006, n. 7972, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 2007, 378 ss. con nota di S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolati dalle Autorità indipendenti*, (ed *ivi* richiami di dottrina e di giurisprudenza sulla c.d. "legalità procedimentale"), il quale afferma che «nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio». Inoltre (Cassazione, Sez. I, 7 aprile 1999, n. 3351, in *Giustizia civile Massimario*, 1999, 770) è stato parimenti rilevato che il principio di legalità è inverato quando si tratta di norme "confacenti al particolare ambito tecnico - specialistico cui si riferiscono" e pertanto è da ritenersi "una certa «elasticità nella puntuale configurazione e nella determinazione delle condotte sanzionabili», purché «esse siano riferibili a principi enunciati da disposizioni legislative o enucleabili dai valori che ispirano nel loro complesso le regole di comportamento che caratterizzano la scala di doveri propri della funzione esercitata» (Corte costituzionale, 24 luglio 1995, sentenza n. 356, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, I, 2631) e «quando il contenuto dei valori tutelati dalla norma ... è tale da rendere impossibile prevedere tutti i comportamenti che possono lederli» (Corte costituzionale, 8 giugno 1981, sentenza n. 100, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, I, 843). E così, con riguardo al potere regolamentare della Banca d'Italia, in materia di istruzioni di vigilanza, è stato evidenziato che, in tal caso il rispetto del principio di legalità è assicurato dal fatto che tali istruzioni si svolgono all'interno di "criteri oggettivi, ricavabili dalla regolamentazione tecnica del settore bancario" (Cassazione, Sez. I, 23 marzo, 2004, n. 5743, in *Foro amministrativo - Consiglio di Stato*, 2004, 679).

<sup>109</sup> Nella giurisprudenza costituzionale consolidato è l'orientamento volto a ritenere che nelle materie coperte da riserva di legge la eventuale indeterminatezza del parametro contenutistico può essere compensata dalla contestuale presenza di una serie di garanzie di ordine procedimentale (quale ad esempio la partecipazione al procedimento di formazione dell'atto sublegislativo delle rappresentanze degli interessati, ovvero di organi od uffici di natura tecnica o, ancora, di una pluralità di organi in collaborazione fra loro, giacché la presenza di un "modulo procedimentale contribuisce ad escludere eventuali arbitri dell'amministrazione", G. PUCCINI, *La tutela dei diritti di libertà fra riserva di legge e garanzie procedimentali*, in AA.VV., *Nuove dimensioni dei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, Cedam, 1990, p. 153 ss.). Parimenti nella giurisprudenza amministrativa è stato affermato che "non è pensabile che l'attività di regulation venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati: nei settori regolati dalle autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sottoforma di garanzie del contraddittorio (la dottrina ha sottolineato che si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessanti nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori?" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, in *Giurisprudenza italiana*, 2006, III, 1516).

<sup>110</sup> Sul punto v. F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit., 80 ss. Bisogna aggiungere che anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 23, co. 2, l. 28.12.2005 n. 262 (che, a proposito dei regolamenti di Banca d'Italia, Consob, Isvap, Covip, prevede procedure partecipate per l'adozione di atti normativi da parte delle singole autorità) presso le singole autorità era già diffusa una prassi di consultazione.

tutti i destinatari che con riguardo alla correttezza dell'esercizio del relativo potere)<sup>(111)</sup>.

Ed il peculiare fondamento che legittima la potestà normativa delle autorità indipendenti (che, come detto, trova fondamento nella funzione di regolazione legislativamente assegnata alle autorità e nella collocazione costituzionale delle medesime) spinge a ritenere superate (o comunque non utili) le tradizionali categorie tipologiche utilizzate per classificare i regolamenti (distinte in esecutivi, attuativi, integrativi, ecc.) ed elaborate proprio con riguardo ai regolamenti governativi<sup>(112)</sup>.

Ampia infatti è l'eterogeneità di contenuto dei regolamenti delle autorità indipendenti qualora esaminati dal punto di vista delle «tradizionali» tipologie di regolamenti. Infatti in ciascun atto normativo di singole autorità indipendenti è agevole riscontrare norme regolamentari attuative, esecutive, di integrazione (di norme di grado primario), ma anche norme «indipendenti» e «di delegificazione»<sup>(113)</sup>. In tale eterogeneo quadro l'unica distinzione netta è quella che pone da un lato i regolamenti di organizzazione<sup>(114)</sup> e dall'altro lato tutti i restanti regolamenti delle autorità indipendenti<sup>(115)</sup>.

Il potere regolamentare delle autorità amministrative indipendenti si presenta infatti come un potere normativo qualitativamente differente da quello regolamentare del governo<sup>(116)</sup>. Le norme poste dalle autorità indipendenti si caratterizzano per una

<sup>111</sup>V. *supra*.

<sup>112</sup> Muovendo dal riconoscimento di questo differente fondamento, può forse individuarsi una diversa strada interpretativa anche con riguardo al problema relativo al rapporto intercorrente tra la legge e gli atti normativi delle autorità indipendenti e cioè se questi ultimi siano appunto espressione di un potere normativo che opera in ambiti lasciati liberi dalla legge (che però può sempre «rioccupare» tale ambito anche con interventi episodici e puntuali) o se invece l'attribuzione operata dalla legge istitutiva (unita al fondamento costituzionale degli interessi tutelati) non determini una «attribuzione permanente e stabile di competenza» alla quale il legislatore stesso deve adeguarsi almeno finché non adotti una legge che ridisciplini organicamente la materia medesima. In tal senso S. NICCOLAI, *Autorità amministrative indipendenti come potere di garanzia*, in *Rassegna parlamentare*, 1998, 358 ss.

<sup>113</sup> Questa constatazione consiglia di evitare di (tentare di) ricostruire le diverse espressioni di potestà regolamentare delle varie autorità amministrative indipendenti secondo la configurazione proposta dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988 (e dunque dividendoli fra regolamenti di esecuzione, di attuazione, di integrazione, indipendenti, di organizzazione e di delegificazione), in quanto nei singoli atti normativi (adottati dalle varie autorità amministrative indipendenti) è frequente riscontrare la presenza di disposizioni di attuazione unitamente ad altre integrative, altre ancora indipendenti, altre di delegificazione, ecc. In tal senso F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 4.

<sup>114</sup> Le autorità indipendenti presenti nel nostro ordinamento godono di autonomia organizzativa (e spesso anche relativa alla gestione delle spese), senza alcun vincolo – o con pochi vincoli – da parte della legge. E questa scelta (del legislatore statale) è consequenziale alla volontà di istituire un soggetto operante in autonomia e indipendenza, scelta che impone dunque di riconoscere all'istituenda autorità una proporzionale autonomia nella disciplina del proprio assetto organizzativo. In dottrina v. F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 12 ss.; v. già N. LONGOBARDI, in *Studi in memoria di M. Nigro*, cit.; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 324.

<sup>115</sup> Riguardo ai “restanti” atti normativi delle autorità amministrative indipendenti pare opportuno aggiungere che è forse anche inidoneo (tentare di) applicare la “classica” tipologia proposta dalla legge n. 400\1998 per i regolamenti governativi, giacché non rispondente alle peculiarità del fenomeno “autorità amministrative indipendenti” e dunque degli atti normativi dalle stesse adottati. Infatti, se la scelta operata dal legislatore è quella di istituire un soggetto chiamato a regolare un determinato settore, è inevitabile la constatazione secondo cui gli atti che la relativa autorità verrà ad adottare sono (e saranno) eterogenei nel senso che conterranno disposizioni strettamente esecutive di norme legislative, ma anche disposizioni attuative, integrative, indipendenti (giacché per interi ambiti il legislatore non avrà previsto alcunché) e (quando previsto) anche di delegificazione (così F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 6).

<sup>116</sup> Questa conclusione si ricollega alla “posizione” ricoperta dalle autorità nel sistema istituzionale «ed alla

peculiare specializzazione della normativa «frutto di una mediazione non politica ma di una mediazione di interessi organizzati e che necessita di una sicura competenza tecnica nella fase elaborativa ed interpretativa»<sup>(117)</sup>. E, con riguardo alla esigenza di garanzia tutelata dal principio di legalità è opportuno (se non necessario) interrogarsi sul regime giuridico dei regolamenti delle autorità amministrative indipendenti (dal procedimento di formazione ai controlli giurisdizionali dei medesimi) ed anche sulle modalità necessarie (e utili) per evitare il problema di un'ipertrofia normativa (in tal senso opera l'art. 23, co. 4, l. n. 262/2005 che impone una revisione triennale dei regolamenti delle autorità indipendenti).

Il Consiglio di Stato (sezione atti normativi), 25 febbraio 2005 n. 11603/04<sup>(118)</sup>, ha affermato che il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti si inquadra all'interno del c.d. "policentrismo normativo"<sup>(119)</sup>, che caratterizza il contemporaneo sistema delle fonti del diritto. La funzione di regolazione assegnata alle autorità indipendenti risponde ad esigenze di garanzia (degli investitori, dei consumatori, dei cittadini, ecc.) costituzionalmente tutelate<sup>(120)</sup>. Ed è proprio a tutela di tale funzione di garanzia che è necessario assicurare l'indipendenza, la neutralità, la funzionalità e l'autorevolezza delle autorità indipendenti<sup>(121)</sup>.

Il richiamo alle esigenze di garanzia si rivela centrale proprio con riguardo alla funzione di regolazione, esattamente definita come "*attività ... rilevante per il diritto, il cui compito e scopo sono individuabili ... nella garanzia del corretto funzionamento di un determinato settore attraverso la predisposizione delle regole del giuoco, o attraverso il controllo delle attività svolte dai soggetti in esso operanti, al fine di garantire che esse siano svolte nel rispetto delle regole predisposte dalla*

conseguente esigenza di garantirne l'indipendenza e l'autonomia nell'esercizio delle funzioni», così F. POLITI, *op. ult. cit.*, 13. Questa tesi è stata sostenuta in relazione alla Corte costituzionale da S.P. PANUNZIO, *Regolamenti della Corte costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondata da G. Treccani, 1988, 2; ID., *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova, Cedam 1970, 235 ss.

<sup>117</sup> F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico rappresentativo*, cit., 76 ss.

<sup>118</sup> Consiglio di Stato, Sezione atti normativi, 25 febbraio 2005 n. 11603/04: "La *ratio* sottesa alle norme in questione fa emergere la necessità di una visione unitaria dei processi di regolazione in un sistema a più livelli, nell'attuale contesto istituzionale di "policentrismo normativo", ulteriormente accentuatosi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, anche in considerazione dell'avvertita esigenza di un sostegno tecnico- giuridico in posizione di indipendenza e in grado di favorire la necessaria coerenza del sistema. Appare utile, in questa sede, rilevare la medesima esigenza anche per l'attività normativa delle autorità indipendenti".

<sup>119</sup> F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, relazione presentata in stesura provvisoria al convegno su "Le Autorità amministrative indipendenti", tenuto in memoria di Vincenzo Caianiello in Roma, presso il Consiglio di Stato in data 9 maggio 2003, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>120</sup> Anche la Corte costituzionale fin dalla sentenza n. 482 del 1995 ha specificato che le attribuzioni delle autorità amministrative indipendenti "non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo, ma svolgono una funzione di garanzia".

<sup>121</sup> Ed in tale direzione operano le previsioni che disciplinano i requisiti per l'accesso alle relative cariche, il relativo procedimento di nomina dei componenti, il regime delle incompatibilità, durata della carica, rinnovabilità, ecc. Per P. DE LISE, *op. ult. cit.*, 3, "proprio il sistema di nomina dei componenti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas potrebbe costituire un modello da seguire, nella logica dell'accentuazione dei controlli in sede parlamentare e di ricerca di soluzioni condivise anche con le opposizioni, in quanto prevede la designazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, alla quale segue il parere vincolante delle competenti Commissioni dei due rami del Parlamento con maggioranza di almeno due terzi dei componenti".

*stessa autorità*”(122).

La funzione di regolazione si presenta quale “funzione complessa” (giacché comporta l'attribuzione alla singola autorità amministrativa indipendente di molteplici poteri: normativi, amministrativi, di risoluzione di conflitti, esecutivi, ecc.)(123) e che solo considerata nella sua “interezza” consente di essere apprezzata come “funzione”(124). Il profilo teleologico consente dunque di giustificare sia il modello organizzativo ricompreso sotto la denominazione di “autorità amministrativa indipendente”, sia i poteri a questa assegnati in quanto destinati alla funzione di “garanzia della libertà”, libertà che viene ad essere assicurata non mediante un intervento diretto del soggetto pubblico, ma prevedendo un iter più complesso che prende le mosse dal principio costituzionale che pone la separazione fra politica e amministrazione e che passa attraverso la norma di legge istitutiva dell'amministrazione indipendente chiamata concretamente a “regolare” il settore affidatole in base ai relativi principi costituzionali e legislativi. In questo quadro anche il potere normativo delle autorità indipendenti viene ad acquistare un significato ulteriore, in quanto profondamente caratterizzato dal compito di “garanzia della libertà” svolto dalla funzione di regolazione (funzione di cui tale potestà normativa è espressione)(125).

Ricostruendo la funzione di regolazione come funzione amministrativa ed assegnando alla potestà normativa delle autorità indipendenti il significato di espressione della funzione di regolazione, viene inoltre confermata la tesi volta a ricomprendere il potere normativo delle amministrazioni indipendenti all'interno della funzione normativa della pubblica amministrazione(126). L'attività normativa posta in essere dalle autorità indipendenti è finalizzata al funzionamento (in base a principi – costituzionali e legislativi - “pre-definiti”) di un determinato settore: ciò non fa venire meno la normatività (cioè il contenuto normativo) delle regole poste dalle autorità indipendenti, ma consente di individuare la peculiarità (e dunque il fondamento ma anche i limiti) di tale attività

<sup>122</sup> Così L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, 265, che evidenzia le difficoltà di individuazione di una definizione della regolazione come funzione amministrativa in ragione dell'insufficienza sia del criterio soggettivo che di quello relativo alla natura dell'interesse tutelato ed invita invece a porre l'attenzione sul profilo teleologico (v. infra).

<sup>123</sup> Quella di “regolazione” viene così a costituire la funzione che unifica poteri ed atti formalmente eterogenei. F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 3. v. già N. MARZONA, *Il potere normativo delle amministrazioni indipendenti*, cit.; e poi L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit., 265, che ricomprende tutti i poteri delle amministrazioni indipendenti all'interno della funzione di regolazione.

<sup>124</sup> L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, op. cit., 270, individua il profilo teleologico quale “elemento che consente di interpretare e di comprendere, in chiave sistemica, le ragioni che hanno portato alla introduzione di un modello organizzativo peculiare come quello delle autorità amministrative indipendenti e, conseguentemente, anche gli aspetti riguardanti il profilo dell'attività”.

<sup>125</sup> L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, op. cit., 274-275, precisa: “Il nucleo caratterizzante la regolazione, infatti, è individuabile proprio nella consistenza della norma che viene posta la quale, a differenza delle ipotesi di regolamentazione, non tende ad imporre al sistema regolato un principio ad esso estraneo ... La regolazione consta di norme che tendono esclusivamente a garantire il corretto funzionamento (in termini concorrenziali) del medesimo”.

<sup>126</sup> Al riguardo v. A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., 9 ss.

normativa<sup>(127)</sup>.

L'opinione contraria al riconoscimento alle autorità amministrative indipendenti di un potere normativo critica profondamente anche la ricostruzione (elaborata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e poi ripresa dalla dottrina) volta ad individuare una legittimazione delle amministrazioni indipendenti (e del loro operato) nella c.d. “legalità procedurale”, cioè nella previsione di procedure decisionali “aperte”, fondate sul principio di partecipazione e sul rispetto del principio del contraddittorio, e con l'adozione di atti ampiamente motivati<sup>(128)</sup>. Da questa critica radicale emergono spunti importanti con riguardo ai caratteri di cui il procedimento “aperto” deve dotarsi: configurazione della partecipazione al procedimento quale posizione giuridica riconosciuta e tutelata dall'ordinamento giuridico; dovere dell'autorità di prendere in considerazione ogni argomento introdotto dai partecipanti al procedimento; possibilità di audizioni orali; possibilità per ciascun partecipante al procedimento di conoscere le posizioni altrui; accesso agli atti e partecipazione al procedimento fin dall'incipit del medesimo (e dunque anche nella fase istruttoria). E l'acquisizione di un modello partecipativo in cui gli interessati possono, in tutte le fasi del procedimento, partecipare attivamente, finisce per distanziare il modello medesimo (c.d. *negotiated rule-making*) da quello del *notice and comment*, giacché l'autorità finisce per individuare una soluzione “concordata” con i “regolati” (c.d. logica del *getting yes*, con ricerca di un consenso unanime sulla decisione finale).

Le molteplici tipologie procedimentali adottate dalle autorità indipendenti presenti nel nostro Paese evidenziano la necessità di un innalzamento del livello di tutela (proprio al fine di realizzare la funzione di garanzia propria delle autorità indipendenti). Infatti non tutte le autorità hanno pienamente disciplinato il diritto alla partecipazione al procedimento normativo, ma soprattutto va garantito anche “l'ascolto” del partecipante; inoltre non sempre è garantito un pieno diritto di accesso agli atti del procedimento. Particolare importanza assumono dunque gli strumenti volti a garantire la trasparenza e l'accesso agli atti, il principio del contraddittorio nella fase istruttoria, l'esigenza di completezza della fase probatoria, la separazione tra la funzione istruttoria e quella decidente, ecc. E' dunque la previsione di un procedimento “partecipativo” ed “inclusivo” (quale strumento di intervento dei soggetti interessati) ad operare quale momento di garanzia delle posizioni giuridiche soggettive interessate dall'esercizio di poteri regolatori da parte delle Autorità amministrative indipendenti (limitati dunque

<sup>127</sup> Già prima dell'apparizione nel nostro ordinamento giuridico del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti era stata autorevolmente evidenziata la crescita, nello Stato contemporaneo, del ruolo e dei poteri (anche normativi) della pubblica amministrazione la quale, a sua volta, aveva perso la propria monoliticità dovendosi piuttosto parlare di “pubbliche amministrazioni”. Questo pluralismo istituzionale, che produce, a sua volta, un pluralismo normativo, conduce sia al superamento dell'obiezione (spesso rivolta alle autorità indipendenti) di violazione del principio della separazione dei poteri, sia all'individuazione di un forte radicamento costituzionale delle autorità indipendenti. Vedi A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., 12 ss.

<sup>128</sup> Sulla democrazia partecipativa v. U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, Firenze, Firenze University Press, 2010; ID., *Il cammino accidentato di un principio costituzionale: quaranta anni di pratiche partecipative in Italia*, 2011 in <http://www.rivista/aic.it>.

dalle garanzie del giusto procedimento e dal principio del necessario controllo in sede giurisdizionale)<sup>(129)</sup>. E spetta al giudice amministrativo il compito di rendere effettive le forme di una partecipazione effettiva ai procedimenti di formazione degli atti normativi delle autorità indipendenti<sup>(130)</sup>.

---

<sup>129</sup> F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 12, si dichiara favorevole agli orientamenti giurisprudenziali volti ad esaminare le norme poste dalle autorità indipendenti nella loro intrinseca ragionevolezza, piuttosto che “limitarsi” ad esaminarle “attraverso la lente d’ingrandimento - davvero troppo riduttiva - della conformità alla fonte superiore secondo il principio di legalità”.

<sup>130</sup> Un ulteriore profilo problematico è rappresentato da un eccesso di normazione che le singole autorità amministrative indipendenti non devono sottovalutare ed esattamente F. CINTIOLI, *op. cit.*, 12, richiede “il giusto grado di regole: né troppe né troppo poche”.