

LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI OGGI. LA NECESSITÀ DI UN APPROCCIO STORICO E COMPARATO

Valerio Turchini (*)

Abstract: Le autorità amministrative indipendenti rappresentano un modello di governo dei mercati e delle attività economiche trasversale e presente in numerosi ordinamenti giuridici. Nate alla fine dell'Ottocento negli Stati Uniti con l'affermazione delle *Independent Regulatory Commissions*, le autorità indipendenti hanno saputo affermarsi globalmente e, soprattutto, in Europa, rispondendo a esigenze spesso diverse da quelle che ne avevano segnato l'origine e allacciandosi al processo di integrazione comunitaria, che ne ha rappresentato un fenomenale fattore di proliferazione. Il presente contributo, attraverso una analisi comparata, declinata in chiave storica, di alcune esperienze nazionali in cui le autorità indipendenti si sono sviluppate e affermate con particolare successo – in particolare quella francese e britannica – cerca di analizzare quali siano le caratteristiche fondamentali del modello, come si declini l'indipendenza nei diversi contesti statuali, quali i fattori che hanno garantito alle autorità flessibilità e capacità di adattamento in contesti socio-economici differenti e, infine, quali siano le possibili prospettive di sviluppo del modello, anche in chiave europea.

Independent administrative authorities represent a common model of both markets and economic activities governance. Established at the end of the nineteenth century in the United States with the institution of the Independent Regulatory Commissions, spreading globally, but mostly in Europe, the independent authorities respond to needs often different from those which had justified their original institution. The European integration process also represented a crucial proliferation factor for such model of markets governance. This paper aim to study the independent authorities' main features, through out a comparative analysis, declined in a historical key. The analysis will be focused on some national experiences in which independent authorities have successfully spread and established, French and British above all. The goal of this document is also represented in studying how independence has been declined in several national framework, and in understanding which ones are the factors that have ensured the model's flexibility in relation to different contexts. Moreover, the analysis will try to verify the model's development perspectives.

Sommario: 1. *Le origini delle autorità amministrative indipendenti. L'esperienza delle Independent Regulatory Commissions statunitensi.* – 2. *L'affermazione delle authorities negli ordinamenti europei e il ruolo del processo di integrazione comunitaria.* – 3. *Le autorità indipendenti nel Regno Unito e in Francia. Cenni.* – 4. *L'indipendenza della regolazione nell'ordinamento giuridico europeo e le sue recenti evoluzioni.* – 5. *Conclusioni.*

1. *Le origini delle autorità amministrative indipendenti. L'esperienza delle Independent Regulatory Commissions statunitensi*

A partire dalla seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso si è assistito alla implementazione a livello mondiale di politiche orientate al mercato e volte a ridefinire il ruolo dello Stato in economia soprattutto in settori produttivi in precedenza caratterizzati dalla presenza di monopoli pubblici. Le ragioni di tale fenomeno devono essere certamente rintracciate in dinamiche di natura domestica, ma anche in meccanismi di pressione internazionale (esercitata soprattutto all'interno di organizzazioni politiche

(*) Avvocato e dottore di ricerca in diritto dei mercati europei e globali dell'Università della Tuscia.

ed economiche multilaterali) o di emulazione normativa, dettata dalla necessità per gli Stati di rimanere competitivi sui mercati internazionali (1).

Tali riforme, caratterizzate da interventi di liberalizzazione e privatizzazione di interi settori economici, si sono fondate altresì sulla separazione formale tra il soggetto pubblico deputato alla regolazione di determinati comparti e l'amministrazione tradizionale. Le agenzie o autorità indipendenti di regolazione, dotate di poteri amministrativi, "normativi" e giustiziali, sono divenute trasversalmente uno dei modelli di *governance* preferiti all'interno di un contesto economico capitalistico, godendo di una rapida quanto disorganica diffusione.

La natura dell'indipendenza e i poteri di queste autorità sono diversi a seconda del Paese e del settore di riferimento, ma esse tendono a presentare ovunque determinate caratteristiche ricorrenti, rappresentate in primo luogo dal tentativo di aumentare il peso dell'*expertise* tecnico-professionale all'interno dei processi decisionali pubblici (2) e dal parziale superamento della tradizionale tripartizione dei poteri. Le autorità indipendenti con compiti di regolazione non rappresentano però una novità degli ultimi decenni.

Il fenomeno trova la propria origine negli Stati Uniti alla fine del XIX secolo, quando vennero creati nuovi apparati amministrativi – statali e federali – competenti a disciplinare materie prima lasciate interamente all'autodeterminazione dei privati, con il fine quindi di ampliare i confini dell'influenza pubblica nell'economia.

L'istituzione delle autorità indipendenti di regolazione rappresenta indubbiamente uno dei fenomeni giuridici più interessanti per l'ordinamento giuridico degli Stati Uniti d'America. Le *Independent Regulatory Commissions* – Irc vengono comunemente indicate come primo esempio di autorità amministrative indipendenti e principale archetipo di riferimento per gli organismi indipendenti successivamente affermatasi nei sistemi europei. Il loro è un ruolo tuttavia ambiguo all'interno del sistema costituzionale americano, senza che le stesse possano ricondursi a un modello monolitico.

Le Irc vengono generalmente identificate con quelle agenzie che fanno parte dell'apparato amministrativo federale, ma alle quali sono affidati poteri amministrativi in una posizione di indipendenza rispetto al Presidente e di neutralità rispetto all'oggetto della loro azione regolatrice (3).

Da un punto di vista storico, lo sviluppo della regolazione indipendente negli Stati Uniti fu il frutto di esigenze diverse rispetto a quelle che spingeranno anni più tardi gli Stati europei a istituire soggetti tecnici e terzi cui affidare funzioni di regolazione economica e di garanzia nel campo dei servizi pubblici e sociali.

L'istituzione nel 1887 della prima autorità indipendente federale nel settore ferroviario, la *Interstate Commerce Commission* – Icc, composta da cinque membri nominati dal Presidente per sei anni su

(1) Cfr. W.J. Henisz, B.A. Zelner, *The Worldwide Diffusion of Market-Oriented Infrastructure Reform, 1977-1999*, in *American Sociological Review*, 2005, 871. La stretta interconnessione tra politiche di privatizzazione, liberalizzazioni e riforme dei sistemi di regolazione è evidenziata da W.L. Megginson, J.M. Netter, *From State to Market: a Survey of Empirical Studies on Privatization*, in *Journal of Economic Literature*, 2001, 321.

(2) Cfr. J. Jordana, D. Levi-Faur, X. Fernandez i Marín, *The Global Diffusion of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion*, in *Comparative Political Studies*, 2011, 1343, la cui ricerca evidenzia l'istituzione, dal 1966 al 2007, di agenzie indipendenti in 15 settori e in 48 diversi Stati appartenenti all'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (Oecd) e all'area latinoamericana. Il numero di agenzie di regolazione create a livello globale è cresciuto da meno di 5 nuove *authorities* per anno negli anni Ottanta dello scorso secolo, a più di 20 per anno tra il 1995 e il 2001.

(3) Nel caso *Humphrey's Ex'r v. United States*, 295 U.S. 602, 624 (1935), la Corte Suprema così descriveva le caratteristiche fondamentali di una *Independent Regulatory Commission*: "The commission is to be non-partisan; and it must, from the very nature of its duties, act with entire impartiality. It is charged with the enforcement of no policy except the policy of the law. Its duties are neither political nor executive, but predominantly quasi-judicial and quasi-legislative. [...] Its members are called upon to exercise the trained judgment of a body of experts appointed by law and informed by experience".

suggerimento e dopo la conferma del Senato, dei quali non più di tre potevano essere espressione dello stesso partito politico, non rappresentò un evento isolato. Essa fu piuttosto, il naturale prodotto di un più ampio movimento sviluppatosi a livello statale circa dalla seconda metà del XIX secolo (in un periodo definito come “*Progressive Era*”, caratterizzato da una generalizzata richiesta di riforme sociali ed economiche), volto a riconoscere un ruolo più centrale ai pubblici poteri nella disciplina, nella guida e nella promozione delle attività economiche (4) in opposizione alla dottrina allora dominante del *laissez faire* economico e dello “Stato minimo” (5).

La creazione di autorità indipendenti, dunque, fu un fenomeno inizialmente statale preso poi a modello dall’organizzazione federale quando il governo centrale iniziò ad aumentare i propri poteri di intervento e di regolazione economica in settori precedentemente lasciati all’arbitrio dei privati al fine di risolvere i conflitti insorti, promuovere la libertà di iniziativa economica privata e la concorrenza nel mercato, abbattendo i monopoli (6). Tali obiettivi furono perseguiti negli Stati Uniti rifiutando fin dall’inizio un’impostazione di carattere dirigistico, privilegiando invece una regolazione amministrativa basata sull’esaltazione della neutralità e dell’*expertise* tecnica.

La Icc sommovava poteri di tipo diverso, ma, nel complesso, non particolarmente incisivi: poteri di regolazione, di *decision-making*, ma anche giustiziali. La Icc, inoltre, esercitava anche poteri di indagine sull’attività delle compagnie ferroviarie, atti a verificare il rispetto delle norme vigenti in materia. In caso di violazioni, tuttavia, questa aveva solo la possibilità di “richiamare all’ordine” la società, potendo eventualmente rivolgersi al potere giudiziario per ottenere una sentenza che la obbligasse a conformarsi al dettato normativo. Quanto alla fissazione delle tariffe, la nuova *authority* non aveva il potere di determinarle o modificarle direttamente.

È con il New Deal che si assiste, anche in risposta alla grande depressione, a una delega generalizzata di competenze alle commissioni indipendenti, che videro fortemente incrementato il proprio peso istituzionale e le proprie funzioni, finendo per essere rimessa loro la disciplina di interi settori economici attraverso l’adozione di vere e proprie scelte “politiche”. Tra le misure più rilevanti adottate in questo periodo si deve ricordare per esempio l’istituzione della *Security Exchange Commission* (Sec), creata con il *Federal Securities and Exchange Act* del 1934, con compiti di vigilanza sul mercato finanziario e bancario.

(4) M.A. Eisner, *Regulatory Politics in Transit*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1993, 48. Sulla nascita e sull’evoluzione storica delle *Independent Regulatory Commissions* v., *ex multis*, W.K. Doyle, *Independent Commissions in the Federal Government*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1939; R.E. Cushman, *The Independent Regulatory Commissions*, New York, Oxford University Press, 1941; M.H. Bernstein, *Business by Independent Commissions*, Princeton, Princeton University Press, 1955; T.K. McCraw, *Prophets of Regulation*, Cambridge, Harvard University Press, 1984. M.J. Breger, G.J. Edles, *Independent Agencies in the United States*, New York, Oxford University Press, 2015.

(5) M. D’Alberti, voce *Autorità indipendenti* (dir. amm.), in *Enc. giur.*, 1995, fa riferimento al concetto di Stato come “guardiano notturno” degli interessi dei cittadini. Sullo “Stato minimo”, v. R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974. M. Shapiro, *A Comparison of US and European Independent Agencies*, in S. Rose Ackerman, P.L. Lindseth (a cura di), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2010, 293 ss., evidenzia come la nascita della prima *independent commission* vada collocata all’interno del più ampio dibattito sulla pubblica amministrazione che aveva visto contrapporsi due teorie. Da un lato, “*the Hamiltonian theory*”, promotrice di un governo composto da tecnici, esperti e isolati dalla politica. Dall’altro, “*the Jacksonian theory*”, fondata sullo *spoils system* e sulla possibilità, in un sistema bipartitico, per il partito vincitore delle elezioni di affidare cariche pubbliche a soggetti dallo stesso indicati, sostituendo i precedenti funzionari. La visione jacksoniana e lo *spoils system* furono predominanti nella vita pubblica statunitense per quasi tutto il XIX secolo, ma non furono in grado di garantire un’amministrazione efficiente. Le commissioni indipendenti, composte da tecnici esperti della materia oggetto di regolazione rappresentano, allora, il risultato pratico e applicato della visione hamiltoniana prevalente nella c.d. “*Progressive Era*”, a cavallo tra il 1890 e il 1920.

(6) Così, G. Tiberi, *Le Independent Commissions nell’ordinamento statunitense*, in *Amministrare*, 2000, 169.

Spesso, peraltro, gli obiettivi da perseguire risultavano particolarmente vaghi, generando fin da subito di due ordini di questioni: da un lato, alle Irc vennero attribuite, sulla base di deleghe legislative spesso indeterminate, funzioni di regolazione che ricomprendevano poteri di carattere normativo, esecutivo e para-giurisdizionale, contravvenendo alla classica separazione dei poteri. Dall'altro, la Costituzione americana attribuiva solamente al Congresso il potere di legiferare, senza apparentemente permettere alcuna delega a soggetti diversi, in base alla c.d. “*non delegation doctrine*”. Queste criticità esplosero in un contrasto tra l'amministrazione Roosevelt e la Corte Suprema, che intervenne pesantemente dichiarando incostituzionali nel 1935 il *National Industrial Recovery Act* (7), e nel 1936 l'*Agricultural Adjustment Administration* (8).

L'approvazione nel 1946 dell'*Administrative Procedure Act*, la prima legge generale sul procedimento amministrativo, rappresentò una parziale risposta ai problemi che l'azione delle Irc aveva sollevato. Si tentò, in primo luogo, di risolvere la questione legata alle funzioni para-giurisdizionali. All'interno di alcune *commissions*, infatti, i medesimi funzionari svolgevano sia le funzioni investigative e di indagine, sia quelle giudicanti. Venne dunque introdotto il principio della obbligatoria separazione delle due funzioni, oggi pilastro dell'attività para-giurisdizionale delle autorità indipendenti. La fase istruttoria venne affidata a *hearing examiners*, che pur operando all'interno della Irc, godevano di particolari garanzie di indipendenza e autonomia, agendo come veri e propri “*administrative law judges*” (9). Ad essi spettava il compito di svolgere le indagini necessarie, raccogliere le prove, ascoltare le parti coinvolte, assicurare il rispetto delle norme procedurali e, soprattutto, suggerire una possibile decisione finale ai membri della Irc.

Le commissioni indipendenti rappresentano un modello strutturale all'interno dell'ordinamento statunitense, essendo presenti in quasi tutti i settori della vita economica e sociale del paese. Si va dalla tutela dell'ambiente (*Environmental Protection Agency*) al settore finanziario e borsistico (*Securities and Exchange Commission*); dal comparto energetico (*Federal Energy Regulatory Commission*) alla tutela della concorrenza (*Federal Trade Commission*); dalle comunicazioni elettroniche (*Federal Communication Commission*) alla protezione dei consumatori (*Consumer Product Safety Commission*).

Le Irc sono tutt'oggi titolari di funzioni di regolazione economica e sociale (*rule-making*) loro delegate dal Congresso ed esercitate mediante veri e propri poteri normativi di secondo grado da cui originano doveri in capo ai cittadini. Il modello è quello della “*combined-function agency*”, che stabilisce le regole, investiga sulla loro applicazione, persegue eventuali violazioni e risolve controversie. Poteri che si concretizzano nella fissazione di prezzi e tariffe, nella determinazione delle condizioni di accesso a un determinato mercato, dei requisiti minimi da rispettare per tutelare la sicurezza dei luoghi di lavoro o degli standard di affidabilità di determinati prodotti ai fini della loro commercializzazione (10).

Le Irc sono state efficacemente, anche se magari enfaticamente, definite come un “*headless fourth branch of government*” (11), un quarto potere “senza testa”, a rimarcare da un lato il loro essere poste al

(7) *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495, 542 (1935).

(8) *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 68-78 (1936).

(9) Il titolo di “*administrative law judge*” prenderà formalmente il posto di “*hearing examiner*” soltanto nel 1972. Si trattava di un corpo di funzionari amministrativi di carriera, stipendiati (non in base alle proprie *performance* ma all'anzianità) dall'*Office of Personnel Management*, i quali potevano essere rimossi dal proprio incarico solo per giusta causa.

(10) Cfr. G. Tiberi, *op. cit.*, 175.

(11) Tale espressione fu usata per la prima volta nel 1937 da Luis Brownlow, allora Presidente della *Commission on Administrative Management*. Cfr. *Report of the Committee with studies of administrative management in the federal Government*, Washington, 1937. P.L. Strauss, *An introduction to administrative justice in the United States*, Durham, Carolina Academic Press, 1989, sottolinea come in realtà «they are, of course, not “headless”; all accounts of their functioning recognize that at least the courts and Congress remain superior – if not dominating – entities in their appropriate spheres». Sulla definizione e sull'approccio in questione v., inoltre, P.L. Strauss, *Formal and Functional*

di fuori del diretto potere di controllo del Presidente, dall'altro la titolarità simultanea di competenze e funzioni semi-legislative, esecutive e quasi-giurisdizionali appartenenti agli altri organi costituzionali.

Al fine di ricondurre questo “quarto potere” alla Costituzione è necessario vedere nelle Irc dei soggetti in grado di rompere con la tradizionale tripartizione dei poteri, secondo una lettura alternativa che si basa invece sulla “*permeability between the branches*” (12). In conformità a tale approccio, il Congresso avrebbe la possibilità anche di modificare la struttura dei poteri federali, purché non vada a indebolire la funzione centrale o il sistema di responsabilità di uno di essi, alterando l'equilibrio tra le autorità dello Stato.

I dubbi di costituzionalità sulla natura e sui poteri delle Irc derivano soprattutto dalle c.d. *distributing clauses* presenti nella Costituzione, che affidano il potere legislativo al Congresso, quello esecutivo al Presidente e il potere giudiziario alla Corte Suprema e alle altre corti inferiori. Nessuno dei tre poteri potrebbe mai essere delegato a organi, agenzie, uffici diversi da quelli espressamente contemplati dalla carta costituzionale. Le questioni concernenti la delega di funzioni “miste” alle Irc e la possibilità che esse dispongano di una più o meno ampia discrezionalità nel loro esercizio sono inoltre originate principalmente dalla loro dubbia legittimazione e dall'assenza di *accountability* delle stesse commissioni, poste al di fuori del circuito politico-elettivo.

Al fine di conciliare il principio della separazione dei poteri con l'attribuzione alle agenzie indipendenti di funzioni diversificate e miste, la Corte Suprema ha allora dovuto superare la *non-delegation doctrine*, controbilanciando le deleghe legislative a favore delle Irc in due direzioni. Da un lato, si è imposto alle Irc il rispetto del principio garantistico del giusto procedimento (*due process*), incentrato soprattutto sull'elemento della partecipazione dei privati sia per quanto riguarda l'adozione di atti di regolazione, sia per quanto riguarda i procedimenti di *adjudication*. Dall'altro, la Corte ha introdotto il c.d. “*intelligible principle test*” (13), tuttora valido: qualora il Congresso adotti un provvedimento legislativo contenente un principio chiaro, volto a orientare l'azione, a limitare la discrezionalità – e a permettere la sindacabilità giurisdizionale – di una agenzia esecutiva o di una Irc obbligata a conformarvisi nella propria attività di regolazione, questa delega è conforme alla Costituzione.

Si tratta di principi che, pur all'interno delle naturali differenze storiche, istituzionali e costituzionali, caratterizzano e legittimano l'azione delle autorità indipendenti anche negli ordinamenti nazionali europei, dove il modello ha conosciuto uno sviluppo per certi versi ancora più florido rispetto al Paese di origine del modello, seppur originato da motivazioni storico-politiche per certi versi opposte a quelle d'oltreoceano.

2. L'affermazione delle authorities negli ordinamenti europei e il ruolo del processo di integrazione comunitaria

Se negli Stati Uniti le autorità indipendenti nascono per sottrarre all'autodeterminazione dei privati interi settori economici, espandendo l'area di intervento dello Stato, nei Paesi europei, seppur nelle non trascurabili differenze tra i singoli ordinamenti statuali, esse si sono affermate in corrispondenza dei processi di liberalizzazione di comparti economici precedentemente caratterizzati dalla presenza di monopoli pubblici, come risposta alla necessità di una disciplina delle attività economiche neutrale rispetto

Approaches to Separation of Powers Questions: a Foolish Inconsistency?, in *Cornell Law Review*, 1986-1987, 495, che ne evidenzia la eccessiva portata. Definire le Irc come un “*headless fourth branch*”, infatti, significherebbe abbandonare ogni possibilità di ricondurre ad unità il potere esecutivo

(12) Cfr. G. Calabresi, K.H. Rhodes, *The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary*, in *Harvard Law Review*, 1992, 1153.

(13) *Chrysler Corp. v. Brown*, 441 U.S. 281, 302 (1979) (“[T]he exercise of quasi legislative authority by governmental departments and agencies must be rooted in a grant of such power by the Congress and subject to limitations which that body imposes”); *Whitman v. Am. Trucking Ass'ns*, 531 U.S. 457, 472 (2001). Cfr. C.R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, Chicago, University of Chicago Law School, 1999.

a tutti gli interessi in gioco (compresi quelli delle numerose imprese statali ancora presenti sui mercati). Le *authorities* rappresentano, cioè, uno dei risultati del trasformarsi del ruolo dello Stato in economia, che da “imprenditore” tende ad assumere maggiormente le vesti del “regolatore” (14).

Nell’affermazione continentale delle autorità indipendenti è stato certamente determinante il percorso di integrazione europea, che si è aggiunto all’influenza esercitata dal modello statunitense. A partire dalla metà degli anni Novanta, la creazione del mercato unico aperto alla concorrenza tra gli operatori economici è stata perseguita dal diritto europeo preferendo forme di regolazione affidate a soggetti terzi rispetto alla politica e all’amministrazione tradizionale (15).

Il fine ultimo è quello di sostituire a una regolazione delle attività economiche di tipo conformativo e dirigistico, una regolazione condizionale in grado di favorire e proteggere la concorrenza. Una regolazione di questo tipo si limita a dettare le regole di comportamento essenziali che devono guidare la condotta degli operatori economici (16). La funzione delle autorità di regolazione consiste allora nel mantenere effettiva la concorrenza o crearne i presupposti nel caso la stessa non ci sia, attraverso la “determinazione autoritativa delle parità delle armi fra i contendenti” (17), in maniera tale da proteggere categorie di interessi collettivi potenzialmente in pericolo.

La diffusione delle autorità indipendenti, in questo senso, dovrebbe impedire che le autorità politiche nazionali riescano a influenzare l’applicazione del diritto europeo all’interno dei mercati regolati.

La concezione dello “Stato interventista” o “gestore”, prevalsa in Europa dal dopoguerra fino agli anni Ottanta, si fondava su un ruolo preponderante dei pubblici poteri nella determinazione delle regole di condotta dei mercati, considerati incapaci di raggiungere gli obiettivi di allocazione delle risorse e di massimizzazione del benessere (18). L’intervento pubblico tradizionale nei processi economici si traduceva, dunque, nell’esercizio di stringenti poteri conformativi nei confronti dei soggetti attivi nel mercato, nonché nello svolgimento diretto di attività economiche attraverso lo strumento dell’impresa pubblica. Il mercato era considerato utile esclusivamente alla fornitura delle risorse necessarie a sostenere i costi delle imponenti politiche pubbliche, e “qualunque prova di fallimento del mercato stesso veniva considerata sufficiente per giustificare l’intervento dello Stato, spesso nella forma altamente intrusiva dell’allocazione centralizzata del capitale e della nazionalizzazione di settori chiave dell’economia” (19).

Questo assetto entra in crisi a causa dell’azione congiunta di due fattori. In primo luogo, l’aumento esponenziale della spesa pubblica necessaria a sostenere l’interventismo economico degli Stati. In secondo luogo, come detto, il percorso di integrazione euro-unitaria e le liberalizzazioni economiche che lo stesso ha stimolato – o imposto – soprattutto in attuazione dell’art. 114 Tfu (20) hanno portato alla

(14) Sui vari filoni di pensiero in merito alle autorità indipendenti e alle ragioni profonde della loro affermazione, v. anche G. Della Cananea, *Autorità indipendenti?*, in *Diritto amministrativo e società civile*, Bologna, Bononia University Press, 2018, 199.

(15) G. Amato, *Le autorità indipendenti nella Costituzione economica*, in Aa.Vv., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1997.

(16) Cfr. L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, il Mulino, 1996, 58. 61. Id., *La nuova Costituzione economica*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *L’amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, Bologna, il Mulino, 1994, 122, afferma che «si assiste al passaggio dalla regolazione “di risultato” alla regolazione “di processo”: dell’attività economica privata non viene più tanto in rilievo l’esito, quanto i modi di svolgimento».

(17) Così, F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo “quasi” giallo*, Bologna, il Mulino, 2000, 25.

(18) Cfr. M. Sebastiani, *Le radici dell’intervento pubblico sui mercati fra regolamentazione e antitrust*, in D. Iacono, *I servizi di pubblica utilità tra Stato, mercato, regolatore e consumatore*, Bologna, il Mulino, 2014, 16.

(19) Così, A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, il Mulino, 2000, 16.

(20) Art. 114, c. 1, Tfu: “Salvo che i trattati non dispongano diversamente, si applicano le disposizioni seguenti per la realizzazione degli obiettivi dell’articolo 26. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione col Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al

creazione di una disciplina generale e uniforme a livello europeo che ruotasse intorno alla libertà di entrata in settori prima riservati, indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli operatori.

La necessità di determinare regole di comportamento neutrali per tutti i soggetti economici, soprattutto in quei settori precedentemente caratterizzati da una situazione di monopolio pubblico e in cui continuano a operare imprese riferibili ai pubblici poteri, ha reso indispensabile che tale funzione regolatrice “nuova” venisse esercitata da soggetti altrettanto originali, distinti rispetto all’organizzazione amministrativa tradizionale, autonomi da quest’ultima e indifferenti a qualunque pressione proveniente dal mercato o dalla politica.

Soggetti che garantiscano, da un lato, il rispetto delle stesse direttive europee di liberalizzazione da parte delle imprese e che queste non pongano in essere condotte anticoncorrenziali atte a impedire l’ingresso nel mercato da parte di potenziali *competitors*; dall’altro, che il mercato rimanga effettivamente accessibile a tutti, soprattutto quando nello stesso sia presente lo stesso ex monopolista *incumbent* (il quale spesso mantiene il controllo e la gestione delle reti infrastrutturali), che potrebbe rapidamente riassumere una posizione di dominanza sul comparto grazie al proprio perdurante potere di mercato (21).

Il principio dell’indipendenza istituzionale e funzionale del regolatore rispetto agli attori del mercato e alle autorità amministrative tradizionali finisce così per essere imposto dal diritto europeo in molti settori, economici e non (22), al fine di garantire una regolazione neutrale rispetto agli interessi in gioco. Il regolatore viene così posto al riparo dal potere di indirizzo e controllo dei governi, in modo da garantire alle politiche regolatorie credibilità e stabilità che favoriscano investimenti privati di lungo periodo e prevenire potenziali conflitti di interesse tra lo Stato che mantiene il controllo di alcune imprese e chi garantisce il rispetto delle regole in modo imparziale. Al tempo stesso, le autorità sono indipendenti anche rispetto al mercato, minimizzando così il rischio di “cattura” (23).

L’affermazione delle autorità indipendenti nei diversi ordinamenti europei rappresenta una conseguenza dei medesimi sviluppi sopra descritti, ma ha poi naturalmente trovato concreta applicazione con rilevanti variazioni a seconda delle singole esperienze nazionali e delle relative dinamiche interne. Nel nostro Paese, per esempio, all’indubbio prevalere sul piano culturale, prima che politico e giuridico, di una visione basata sulla centralità del mercato e sul ridimensionamento dell’interventismo statale, si

ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l’instaurazione e il funzionamento del mercato interno”.

(21) L. Torchia, *La regolazione indipendente nell’ordinamento europeo: i nuovi organismi di settore*, in P. Bilancia (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, Giuffrè, 2012, 258-259.

(22) La direttiva quadro in materia di comunicazioni elettroniche (direttiva 2002/21/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, per esempio, afferma che “[i]n conformità al principio della separazione delle funzioni di regolamentazione dalle funzioni operative, gli Stati membri sono tenuti a garantire l’indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione in modo da assicurare l’imparzialità delle loro decisioni. Il requisito dell’indipendenza lascia impregiudicata l’autonomia istituzionale e gli obblighi costituzionali degli Stati membri, come pure il principio della neutralità rispetto alla normativa sul regime di proprietà esistente negli Stati membri sancito nell’articolo 295 del trattato”. La direttiva prevede, inoltre, che gli Stati membri garantiscano l’indipendenza delle autorità di regolazione assicurandone la separazione giuridica e l’autonomia funzionale rispetto a tutti gli organismi fornitori di reti o servizi di comunicazione elettronica, mentre “[g]li Stati membri che mantengono la proprietà o il controllo di imprese che forniscono reti e/o servizi di comunicazione elettronica provvedono alla piena ed effettiva separazione strutturale delle funzioni di regolamentazione dalle attività inerenti alla proprietà o al controllo”. Previsioni simili sono contenute nelle direttive di liberalizzazione del settore dell’energia elettrica (direttiva 2003/54/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003) e del settore degli strumenti finanziari (direttiva 2004/39/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004).

(23) Così, M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino 2005, 18, secondo cui “[b]ussare alla porta dei commissari delle autorità è più difficile di quanto non sia accedere all’anticamera dei ministri”.

sono intrecciate e connesse ragioni tutte interne legate alla crisi delle finanze pubbliche e alla delegittimazione della classe politica (24).

È in questo periodo che anche il legislatore italiano ha istituito la maggior parte delle autorità indipendenti tuttora operanti in diversi settori, anche non economici (l'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel 1990; l'Autorità per l'energia elettrica e il gas nel 1995; l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nel 1997; il Garante per la protezione dei dati personali nel 1996) e ha modificato la disciplina di altre autorità già esistenti per conferire loro caratteri di indipendenza funzionale e organizzativa maggiori rispetto al passato (25).

3. *L'affermazione del modello nel Regno Unito e in Francia. Cenni*

Le sollecitazioni derivanti dal processo di integrazione europea hanno prodotto risultati differenti nei singoli ordinamenti statali, toccando i diversi settori economici e sociali con tempi diversi e con esiti variabili a seconda delle caratteristiche economiche e giuridiche dei singoli sistemi interessati (26). Il diritto europeo ha certamente rappresentato un fattore unificante nell'affermazione del modello delle autorità indipendenti nei singoli Paesi, ma non l'unico, inserendosi in processi già avviati nella medesima direzione, in conseguenza di dinamiche tutte domestiche. Sotto tale profilo, il caso britannico e quello francese rappresentano due campi di indagine particolarmente interessanti.

In un sistema di *common law* come quello del Regno Unito (27), l'istituzione di autorità indipendenti è un fenomeno che non può non essere letto alla luce dell'assenza di una Costituzione scritta e dei

(24) M. Sanino, *L'approdo dell'esperienza delle autorità indipendenti a oltre venti anni dalla loro istituzione*, Padova, Cedam, 2015, 5, afferma che l'avvento nell'ordinamento italiano del modello delle autorità indipendenti è correlato non solo al processo di liberalizzazione che ha interessato il sistema economico e sociale, ma anche a "una rassegnata consapevolezza di una amministrazione non efficiente ed incisiva e soprattutto non capace di adeguarsi al decorso del tempo".

(25) E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, Giappichelli, 2019. Il riferimento è, per esempio, alla Consob, istituita nel 1985 ma riformata con le leggi 2 gennaio 1991, n. 1, 17 maggio 1991, n. 157 e 18 febbraio 1992, n. 149, e all'Isvap, istituita nel 1982 e poi trasformata in autorità indipendente nel corso degli anni Novanta con una serie di provvedimenti normativi che ne hanno accentuato l'autonomia dal ministero competente per il settore assicurativo.

(26) Per un'analisi comparata del fenomeno nei diversi contesti giuridici statali europei, si vedano, tra i molti, M. Andenas, D. Fairgrieve, *Independent Administrative Authorities*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2005; E. Balboni, *Amministrazione giustiziale*, Padova, Cedam, 1986; M. Salvador Martínez, *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, Ariel, 2002; M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, il Mulino, 1992.

(27) Per una ricostruzione in generale, v. S. Cattaneo, "Agencies" e "Regulation" nel Regno Unito, in S. Labriola (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1999, 249 ss. La primogenitura della autorità indipendenti è, come detto, da riconoscersi al modello americano. Nel processo di sviluppo dei primi organismi indipendenti con compiti di regolazione negli Stati Uniti alla fine dell'Ottocento, deve tuttavia riconoscersi un ruolo centrale proprio all'influenza dell'esperienza britannica. Un'esperienza, a dire il vero, non particolarmente felice almeno all'inizio, negli stessi anni in cui si affermavano in Nord America le *State commissions*. Nel Regno Unito, infatti, già dal 1840 operava il *British Board of Trade*, che aveva alcuni limitati poteri relativi nel settore ferroviario e che rispondeva alla necessità di porre fine a una legislazione intermittente, tutelando e implementando la concorrenza nel settore dei trasporti su ferro, al fine di proteggere gli utenti da comportamenti predatori delle compagnie ferroviarie. I limitati e non estesi poteri attribuiti al *Board*, consistenti nella facoltà di presentare *advisory opinions* al Parlamento e nella possibilità di pretendere dalle compagnie il rispetto dell'obbligo di informare il Board prima di iniziare la costruzione di una nuova linea ferroviaria (senza che però quest'ultimo potesse in qualche modo prevenire eventuali violazioni), ne decretarono il fallimento. Nel 1846, con il nuovo governo a guida Whigs, fu creata un'apposita commissione composta da cinque membri, il cui compito era quello di sottoporre a esame le proposte di fusione tra società operanti nel comparto e incoraggiare la concorrenza. Tale *commission*, tuttavia, ebbe vita breve e venne abolita nel 1851. Nel 1873, poi, il Parlamento approvò il *Regulation of Railways Act*, che istituì un nuovo *board* composto da commissari dotati di poteri ancora troppo limitati. Solo nel 1888,

maggiori spazi di libertà che il legislatore ha storicamente incontrato nella determinazione degli strumenti di intervento in economia. La mancanza di qualunque riconoscimento speciale alla categoria giuridica del “servizio pubblico”, inoltre, ha garantito oltremarica, più che in altri ordinamenti continentali, una maggiore autonomia decisionale nell’implementazione delle politiche di liberalizzazione e privatizzazione di interi settori economici e produttivi e nella conseguente adozione del modello della “*regulation by agencies*”.

Un modello che rappresenta indubbiamente anche un risultato delle spinte comunitarie sopra descritte, ma che è anche una reazione a tre diversi e concatenati fenomeni interni (seppur per certi versi comuni anche ad altre esperienze statuali): le tensioni sociali tra governo e imprese, già in essere almeno dagli anni Sessanta; le modalità poco trasparenti con cui i poteri pubblici di indirizzo venivano esercitati, soprattutto nei confronti delle imprese in mano pubblica; l’impellente necessità di ridurre la spesa pubblica fuori controllo (28).

Nell’esperienza britannica, peraltro, non può non essere riconosciuto un ruolo anche ai preesistenti *administrative tribunals*, soggetti che, come le Irc statunitensi, hanno svolto un ruolo centrale nell’adottare regole (c.d. *collective legislation*) volte a produrre effetti su ampie fasce di popolazione, anche a costo di limitare la libertà di iniziativa economica privata. Tuttavia, mentre le *agencies* hanno fatto prevalentemente uso di poteri di *rulemaking* in campo economico, i *tribunals* britannici hanno posto l’accento sul potere di adottare decisioni individuali e sulle funzioni di *dispute resolution*, prevalentemente nel campo del *social welfare* (29).

I primi organismi che possono essere ricondotti alla moderna categoria delle agenzie o autorità dotate di compiti di *rulemaking*, terze rispetto alle pressioni della politica e neutrali rispetto al mercato, nascono già negli anni Settanta (per esempio la *Civil Aviation Authority* nel 1971), in base a un processo che avrebbe trovato il proprio culmine tra gli anni Ottanta e Novanta con le privatizzazioni di massa varate

un anno dopo la creazione della *Interstate Commerce Commission* americana, venne istituita oltremarica una stabile ed efficace *Railway and Canal Commission*. Secondo R.E. Cushman, *op. cit.*, 36, non ci sono però prove che dimostrino che il movimento che condusse alla creazione delle prime commissioni statali – e, in seguito, a quelle federali – fosse stato influenzato dai precedenti britannici, piuttosto che dall’esigenza di rispondere a problematiche ed esigenze di natura prettamente locale e interna (anche se è vero che l’esperienza inglese dovette esercitare un qualche peso, anche indiretto, sui membri del Congresso che si confrontarono con il problema della regolazione delle ferrovie). T.K. McCraw, *op. cit.*, 13-15, sottolinea, però, come gli scritti di un autore fondamentale, e certamente conosciuto dal Congresso di Washington, come Charles Francis Adams, membro e poi presidente del *Massachusetts Board of Railroad Commissioners*, fossero senza dubbio influenzati da ciò che accadeva nel Regno Unito (compresa la difficoltà che questo Paese incontrava nella creazione di commissioni dotate di effettivo potere e peso politico). A proposito di due misure che tale *commission* adottò (l’imposizione di un limite massimo alle tariffe praticabili dalle compagnie e il divieto delle stesse di porre in essere la pratica dello *stock watering*), Adams ne individuava l’origine in una legge inglese del 1844 originariamente proposta dal *Board of Trade* il cui presidente era allora William Gladstone. L’opera di Adams, infatti, rappresentò uno stimolo eccezionale a favore di un maggior controllo del governo sui fenomeni economici. Sul tema si rinvia a C.F. Adams, H. Adams, *Chapters of Eire, and Other Essays*, Boston, J.R. Osgood and Company, 1871, in cui si sosteneva che un settore ferroviario non sottoposto a regolazione pubblica sarebbe diventato un monopolio naturale. Tuttavia, egli riteneva che tale compito non spettasse al legislatore statale, il quale prendeva decisioni politiche dettate solo dalla necessità di tranquillizzare l’elettorato di riferimento e, inoltre, non possedeva le adeguate conoscenze tecniche. Adams propose la creazione di quella che lui stesso denominò “*Sunshine Commission*”: un organo imparziale composto da esperti che avrebbe dovuto investigare ed esaminare le problematiche connesse all’attività ferroviaria, pur senza essere dotata di poteri esecutivi in senso stretto. Sul tema, cfr. C.F. Adams, jr., *Railroads: Their Origin and Problems*, New York, G.P. Putnam’s Sons, 1878. Sulla regolazione in Gran Bretagna e sui suoi rapporti con quella americana, v. H. Parris, *Government and the Railways in Nineteenth-century Britain*, London, Routledge and Kegan Paul, 1965; C.D. Foster, *Privatization, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly*, London, Coopers & Lybrand, 1992.

(28) Cfr. P. Cavaliere, *L’Autorità di regolazione e controllo dei mercati energetici nell’ordinamento britannico*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa*, Bologna, il Mulino, 2011, 39 ss.

(29) Cfr. M. D’Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 75.

dai governi Thatcher, l'implementazione di politiche fondate sul *new public management* e la ricerca di risposte convincenti ai problemi che la gestione di servizi pubblici in monopolio aveva posto nei decenni precedenti.

L'amministrazione britannica è stata così profondamente modificata in attuazione di riforme volte a ispirare l'azione del settore pubblico ai principi "imprenditoriali", al fine di aumentarne l'efficienza, l'economicità e l'efficacia. Riforme che hanno dunque drasticamente ridotto il numero dei *civil servants* da un lato e, dall'altro, delegato l'esercizio di rilevanti funzioni amministrative a soggetti terzi rispetto alla politica e all'amministrazione ministeriale, spesso ricondotti alla disomogenea nozione di "*non departmental public bodies*" (30).

Nascono così diverse *regulatory agencies*, quali l'*Office of Telecommunications* (OfTel), l'*Office of Gas Supply* (Ofgas), l'*Office of Electricity Regulation* (Offer), l'*Office of the Rail Regulator* (Orr), la cui *governance* e le cui funzioni sono inizialmente fondate sulle strutture ministeriali, con un forte accentramento dei poteri decisionali in capo al vertice, rappresentato da un direttore generale, almeno fino a quando viene loro affidato il decisivo ruolo di rilascio delle licenze a favore degli operatori economici per l'accesso ai rispettivi mercati e quello correlato di irrogare sanzioni (31).

Caratteristica fondante l'attività svolta dalle autorità istituite nei vari economici è, fin da subito, il loro strutturarsi intorno al principio generale che riconosce in capo agli operatori diritti partecipativi rafforzati nei procedimenti svolti dalle singole autorità. Principio di derivazione statunitense che, tuttavia, si è affermato in maniera immediata nel Regno Unito, perché intimamente connesso alla tradizione costituzionale britannica, che da sempre pone in primo piano l'idea che la *fair procedure* rappresenti una condizione indispensabile per garantire validità a ogni decisione pubblica che sia in grado di incidere sulla sfera giuridica dei privati e sui loro diritti, a maggior ragione se adottate da soggetti posti al di fuori del circuito politico-rappresentativo. Il procedimento fondato sull'audizione degli interessati diviene allora una "essenziale garanzia preliminare all'adozione dell'atto amministrativo" (32), in grado di recuperare attraverso la "legalità procedurale" la mancanza di legalità sostanziale che caratterizza le autorità indipendenti, in quanto poste al di fuori del circuito politico-rappresentativo.

In un sistema di *civil law* come quello francese (33), peraltro caratterizzato da una forte tradizione amministrativa e da una stabile presenza pubblica nella gestione dell'economia (anche a livello municipale) e nella fornitura dei servizi pubblici, la nascita e l'affermazione delle autorità indipendenti rappresentano una plastica dimostrazione di come il modello non si sia affermato in base a un disegno istituzionale prestabilito.

Le *Autorités administratives indépendantes* – indipendenti dal potere esecutivo in modo da garantire una tutela differenziata e più efficace agli interessi coinvolti nei settori sensibili, seppur caratterizzate da notevoli differenze genetiche, organizzative e funzionali – vengono per la prima volta introdotte nel

(30) S. Cattaneo, *op. cit.*

(31) P. Cavaliere, *op. cit.*, 47. Ad avviso dell'A., un ulteriore momento decisivo nell'evoluzione delle autorità indipendenti britanniche si è avuto a partire dal 2000 in poi (soprattutto grazie all'*Utilities Act*), quando è stato loro affidato, nei rispettivi settori, il compito di tutelare i consumatori.

(32) Cfr. M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 80. In particolare, "la regola dell'*audi alteram partem*, del sentire il destinatario della decisione prima che questa venga assunta, è così connaturata con il sistema che viene ritenuta *natural justice*, operante anche in assenza di una previsione esplicita. Il diritto d'esser sentiti, e i principi della giustizia naturale, del loro terreno tipico del processo sono penetrati anche nei territori delle attività delle pubbliche amministrazioni".

(33) Sulle origini e le caratteristiche dell'esperienza francese, in generale, v. M.-J. Guédon, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Lgdj, 1991; J.L. Autin, *Autorités administratives indépendantes*, in *JCP Administratif*, 1998, 3.

sistema francese già nel 1977 (34) e nel 1978 (35), con l'istituzione rispettivamente della *Commission des infractions fiscales* e della *Commission nationale de l'informatique et des libertés*. Lo sviluppo che ne è seguito è stato prorompente e disordinato, fino ad arrivare addirittura alla creazione di quaranta autorità (36) dotate di poteri decisori, sanzionatori, di regolazione di settori economici, nate quasi sempre come risposta a specifiche esigenze contingenti (37).

Anche oltralpe, tuttavia, lo stimolo più forte all'affermazione del modello si deve al diritto comunitario e alle direttive europee che negli anni Novanta hanno delineato le caratteristiche fondamentali del mercato comune. In Francia, tuttavia, il modello organizzativo dell'autorità indipendente viene visto come il giusto compromesso al fine di dare attuazione agli indirizzi europei volti a garantire la neutralità della regolazione rispetto agli attori – pubblici o privati – in campo, al tempo stesso conservando un ruolo centrale per le istituzioni pubbliche, senza mettere da parte il principio di separazione tra operatore e regolatore (38).

Pur nell'impossibilità, come detto, di ricondurre le autorità francesi a un unico e monolitico modello, sono riscontrabili caratteri ricorrenti e comuni alle altre esperienze continentali: componenti particolarmente qualificati, nominati per mandati lunghi e in base a procedure diversificate che prevedono il coinvolgimento a vario titolo del Parlamento, del Presidente della Repubblica e del Primo Ministro; struttura normalmente collegiale (anche se in alcuni casi si tratta di organismi monocratici, come il *Mediateur de la République*, dal 2011 sostituito dal *Défenseur des droits*); titolarità di funzioni che superano la tradizionale tripartizione dei poteri e che permettono loro di assommare competenze che vanno dall'adozione di poteri normativi e regolamentari (come le decisioni generali dell'Autorità dei mercati finanziari in merito ai meccanismi di funzionamento della borsa valori), sanzionatori e di tipo para-giurisdizionale (come quelli dell'*Autorité de la concurrence* in merito alle concentrazioni e all'abuso di posizione dominante), o di mera raccomandazione.

Il numero delle autorità è stato ridotto solo a partire dal 2017 con un intervento legislativo (39) sullo statuto generale delle autorità indipendenti, che le ha accorpate distinguendo all'interno della categoria tra le autorità amministrative indipendenti vere e proprie (40) e le "autorità pubbliche indipendenti" (Api), dotate di personalità giuridica e, in teoria, di uno statuto di autonomia rafforzato (41).

(34) Loi n° 77-1453 du 29 décembre 1977 accordant des garanties de procédure aux contribuables en matière fiscale et douanière.

(35) Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

(36) Cfr. Conseil d'État, *Rapport public 2001, jurisprudence et avis de 2000: Les autorités administratives indépendantes*, Paris, La Documentation française, 2001. Cfr. anche il rapporto Gélard, *Les autorités administratives indépendantes: évaluation d'un objet juridique non identifié*, I, 2006.

(37) C. Lucini, *Il ruolo delle autorità amministrative indipendenti nel settore della regolazione dei servizi pubblici in Francia; il caso della Commission de régulation de l'énergie*, in G.F. Ferrari (a cura di), *op. cit.*, 112 ss.

(38) *Ibidem*, 122.

(39) Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

⁴⁰ Come l'*Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires* (Acnusa); l'*Autorité de la concurrence*; l'*Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse* (Arcep); l'*Autorité de sûreté nucléaire*; la *Commission de régulation de l'énergie* (Cre).

(41) Cfr. Corte costituzionale, Servizio studi, Area di diritto comparato, *Le autorità amministrative indipendenti come autorità che promuovono la questione di costituzionalità in via incidentale*, a cura di P. Passaglia, 2018. La Api sono: l'*Agence française de lutte contre le dopage* (Afd); l'*Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique* (Arcom); l'*Autorité de régulation des transports*; l'*Autorité des marchés financiers* (Amf); l'*Haute Autorité de santé* (Has); l'*Haut conseil du commissariat aux comptes* (H3C); il *Médiateur national de l'énergie*.

4. *L'indipendenza della regolazione nell'ordinamento giuridico europeo e le sue recenti evoluzioni*

In un primo momento, come abbiamo visto, l'indipendenza istituzionale e funzionale della regolazione ha rappresentato un obiettivo che i regolamenti e le direttive europee hanno cercato di perseguire incentivando la creazione di regolatori indipendenti negli ordinamenti degli Stati membri. Dal 2009 in poi si è assistito invece a una evoluzione nell'architettura amministrativa europea, dovuta alla creazione di agenzie e autorità attive in diversi settori e riconosciute espressamente come indipendenti sia dagli esecutivi nazionali, sia dagli altri organi dell'Unione, in primo luogo la Commissione. Organismi la cui indipendenza è decisamente più spiccata rispetto alle tradizionali agenzie "tecniche" europee.

Queste agenzie e organismi – dette anche "*network agencies*" – operano nei settori della vigilanza microprudenziale (Autorità bancaria europea – Eba, Autorità europea degli strumenti finanziari – Esma, Autorità europea delle pensioni e delle assicurazioni aziendali e professionali – Eiopa), dell'energia elettrica e del gas (Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia – Acer) e delle telecomunicazioni (Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche – Berec), e presentano una *governance* del tutto originale. Gli Stati sono infatti rappresentati in tali organismi non dagli esponenti dei governi, ma direttamente dalle autorità indipendenti nazionali competenti nel settore di riferimento, che operano dunque "in funzione comunitaria" e possono trarre da tale nuova dimensione un rafforzamento della propria autonomia anche a livello interno (42). Si tratta peraltro di soggetti che, come nel caso delle *authorities* nazionali, assommano poteri di diversa natura: potestà di adottare decisioni individuali e sanzioni, poteri di predisposizione di regole tecniche generali e idonee ad incidere direttamente categorie più o meno omogenee di soggetti regolati (seppur non incisivi come quelli delle autorità domestiche), nonché funzioni para-giurisdizionali di risoluzione delle controversie tra operatori economici.

Si assiste dunque al passaggio da una regolazione europea di natura solo funzionale, delegata alle autorità nazionali di settore, ad una regolazione europea – sociale ed economica – che può contare anche su strutture proprie, anche in risposta alla domanda di una regolazione maggiormente integrata che la crisi finanziaria ed economica del 2008 ha inevitabilmente posto (43). La crisi, infatti, ha rappresentato il frutto di un doppio fallimento: del mercato, che non è stato in grado di autoregolarsi, e della regolazione, incapace di prevenire e in seguito di evitare l'assunzione di sempre maggiori rischi sistemici, e dunque destinataria di una necessaria e profonda riforma (44).

(42) L'Acer è stato istituito dal regolamento (Ce) n. 713/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, abrogato e sostituito dal regolamento (Ue) 2019/942 del 5 giugno 2019; il Berec con il regolamento (Ce) n. 1211/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, abrogato e sostituito dal regolamento (Ue) n. 2018/1971 dell'11 dicembre 2018. Le tre autorità di vigilanza finanziaria sono state istituite con i regolamenti (Ue) n. 1093/2010, n. 1094/2010 e n. 1095/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010.

(43) Sui "nuovi" organismi europei, v. P. Bilancia (a cura di), *op. cit.*; V. Cerulli Irelli, *Dalle agenzie europee alle autorità europee di vigilanza*, in M.P. Chiti, A. Natalini (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo*, Bologna, il Mulino, 2012; M. Thatcher, *The Creation of European Regulatory Agencies and its Limits: a Comparative Analysis of European Delegation*, in *Journal of European Public Policy*, 2011, 790. M.S. Righettini, G. Nesti, *Indipendenza e credibilità. Istituzioni, imprese, e consumatori nella regolazione*, Roma, Carocci, 2015, 24, sottolinea come l'istituzionalizzazione di questi organismi sovranazionali non sia sempre stata accolta con favore (spesso, anzi, l'atteggiamento è stato di espressa opposizione) dalle autorità statali, preoccupate di perdere la propria discrezionalità regolativa e di mostrarsi deboli nei confronti degli *incumbent* nazionali.

(44) I molteplici fattori scatenanti della crisi coinvolgono "una combinazione di errori di politica monetaria e distorsioni regolatorie". Così, R.A. Posner, *La crisi della democrazia capitalista*, Milano, Università Bocconi Editore, 2010. Questi ricomprendono sicuramente la politica monetaria espansiva e incentivante l'acquisto di immobili adottata soprattutto dagli Stati Uniti; il cattivo operato delle agenzie di *rating*; le carenze della teoria economica; l'eccessivo squilibrio tra paesi con elevato disavanzo, con debito eccessivo, e paesi in avanzo di bilancio che hanno immesso sui mercati troppa liquidità; le asimmetrie informative che hanno determinato arbitraggi in favore di alcuni ordinamenti statuali. Cfr. anche J.E. Stiglitz, *Freefall: America, Free Markets, and the Sinking of the World Economy*, New York, W.W. Norton & Company, 2010, in relazione al fallimento della c.d. "autoregolazione" del mercato.

Le agenzie istituite a partire dal 2009 nei settori delle comunicazioni elettroniche, dell'energia elettrica e del gas, della vigilanza micro e macro prudenziale rappresentano dunque un netto cambio di passo nel processo di integrazione amministrativa europea, nel senso di accelerare quei “meccanismi di progressiva integrazione delle autorità nazionali in organi comunitari” (45) che erano già in corso e che si sono resi necessari alla luce delle insufficienti risposte che una regolazione esclusivamente domestica aveva dato alla crisi.

D'altro canto, anche la più recente crisi di sistema determinata dalla pandemia da Covid-19, cui ha fatto seguito – come accaduto anche nel 2008-2009 – una forte ri-espansione degli interventi di politica economica e industriale attuati direttamente dai governi, pur modificando il quadro complessivo nel quale le autorità indipendenti si muovono, ha confermato “che il ruolo delle autorità, negli ambiti in cui sono state istituite, è centrale; e resta ferma altresì la logica di fondo a cui la loro creazione risponde” (46). Non è insomma la prima volta che lo Stato regolatore è sotto analisi e che ci si interroga sul ruolo delle autorità indipendenti: ma né la crisi economico-finanziaria prima, né la pandemia ora sembrano aver indebolito il paradigma regolatorio e fatto venir meno la comune esigenza che settori sensibili dell'economia vengano affidati alla cura di soggetti tecnici (47).

Il maggiore ostacolo alla costituzione di regolatori indipendenti europei, da sempre rappresentato dalla “dottrina Meroni” – in base alla quale non è possibile per le istituzioni previste dai Trattati delegare poteri di regolazione ad altri soggetti – è stato peraltro in vario modo “smussato” dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Nel caso *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio*, del 2014, la Corte ha infatti ammesso che l'Esma può essere delegata ad adottare atti a portata generale (quasi legislativi) che possono contenere disposizioni tese a vietare il compimento di determinate operazioni finanziarie su tutto il territorio dell'Unione, purché nel provvedimento di delega siano individuabili criteri e condizioni idonei a delimitare l'esercizio del potere delegato.

La creazione di un embrionale livello di regolazione indipendente europea, seppur ancora imperfetto e dai contorni non certamente equiparabili al classico modello delle autorità indipendenti nazionali (soprattutto in riferimento ai poteri normativi “di secondo grado”), permette di effettuare due considerazioni tra loro interconnesse.

Nei momenti di crisi, a una prima reazione caratterizzata dall'ampliamento del ruolo della politica e dell'amministrazione tradizionale nella gestione delle misure di *crisis management* fa seguito, elasticamente, un “ritorno alla normalità”, caratterizzato dalla rinnovata centralità della regolazione indipendente nell'attuare l'assetto di interessi pubblici e privati cristallizzato in via legislativa, “con determinazioni ispirate essenzialmente alla ricerca del mezzo tecnico più idoneo” (48).

Tale conclusione è valida per gli Stati nazionali ma anche per l'ordinamento comunitario, che si è fatto carico della necessità di coniugare contrapposte esigenze, come la dimensione strutturalmente nazionale degli apparati amministrativi e il bisogno di assicurare una applicazione uniforme del diritto europeo. L'idoneità del modello di regolazione indipendente a garantire un livello più elevato di razionalità nell'azione pubblica, unita alla consapevolezza circa la maggiore incisività di misure condivise a livello europeo tra le varie autorità di settore, ha determinato l'avvio di un percorso di integrazione verticale tra le varie *authorities* in soggetti europei. Organismi per la prima volta indipendenti a 360° e dotati di poteri originali e non solo di compiti di mero coordinamento tra le autorità nazionali, che, a

(45) G. Napolitano, *La strategia dei controlli nella governance comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 1486.

(46) Così, E. Bruti Liberati, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *Analisi giur. economia*, 2020, 51.

(47) Cfr. C. Sartoretti, *Le Authorities al tempo del Covid-19. Riflessioni sul ruolo delle autorità indipendenti: modello in declino o consolidato?*, in <www.dpceonline.it>, 8 luglio 2021.

(48) *Ibidem*.

Trattati invariati, potrebbe rappresentare il nucleo originario di future autorità indipendenti dell'Unione europea, dotate di poteri e funzioni simili a quelli di cui sono dotate le autorità domestiche.

5. Conclusioni

L'analisi sopra condotta permette di tracciare alcune brevi conclusioni relative alla necessità di un approccio storico e comparato in merito all'esperienza delle autorità indipendenti, funzionale non solo a comprendere da dove queste provengano, ma soprattutto dove stiano andando. Un approccio comparato è infatti centrale per comprendere le ragioni del successo del modello, ma anche per capire quali potrebbero essere le sue future evoluzioni.

Se negli Stati Uniti le autorità indipendenti si affermano originariamente per legittimare un maggiore interventismo statale in settori economici lasciati completamente in mano ai privati (come quello ferroviario) e tutelare così i diritti degli utenti e degli operatori che venivano tagliati fuori dai monopoli naturali esistenti, in Europa lo stesso modello viene utilizzato per garantire l'esigenza opposta: sostituire una regolazione pubblica conformativa e storicamente penetrante con una regolazione condizionale, volta a determinare *ex ante* le regole del gioco cui gli operatori economici devono sottostare nel mercato, indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli stessi.

Il modello ha dunque dimostrato una particolare elasticità e capacità di adattamento a contesti diversi.

Si potrebbe peraltro affermare che, nonostante le caratteristiche tipiche e di fondo del modello in termini di *governance*, funzioni, garanzie di indipendenza, un unico tipo di autorità indipendente non esista. Le *authorities* nazionali si sono certamente affermate definitivamente in forza delle spinte liberalizzatrici comunitarie, ma hanno poi assunto caratteri peculiari e diversificati a seconda dei singoli ordinamenti e delle dinamiche interne agli stessi.

Nel Regno Unito, per esempio, lo sviluppo è stato tutto sommato progressivo e, in maniera simile al precedente americano, agevolato dall'assenza di un concetto forte e ben definito di servizio pubblico, che ha favorito l'affermazione di politiche di privatizzazione e liberalizzazione. In Francia, viceversa, le autorità si sono sviluppate in modo disomogeneo fino a raggiungere un numero enorme, soprattutto grazie al generalizzato favor verso una forma di intervento pubblico che, pur tenendo fermo il principio di separazione tra regolatore e regolato, permettesse comunque ai pubblici poteri di mantenere un importante ruolo in economia.

Se a livello continentale l'indipendenza è stata inizialmente "trasfusa" dal diritto europeo nei singoli ordinamenti nazionali, grazie ai regolamenti e alle direttive che negli anni Novanta hanno aperto i mercati alla concorrenza, negli ultimi tempi si è assistito a un fenomeno per certi versi inverso: sono le strutture europee che si stanno orientando verso forme di organizzazione che vedono nell'indipendenza dagli Stati, dal mercato e dagli altri organi europei e nell'*expertise* tecnica valori da tutelare per assicurare forme di regolazione più incisive, efficaci e condivise. E l'indipendenza è allora "recuperata" da quella delle autorità nazionali, che vengono coinvolte direttamente in organismi europei con compiti *latu sensu* di regolazione. L'esperienza, seppur parziale e ancora in divenire, delle *network agencies* dimostra proprio questo. (**)

* * *

(**) Il presente contributo rappresenta una sintesi, integrata e aggiornata, di alcuni paragrafi della tesi di dottorato discussa dall'autore presso l'Università della Tuscia di Viterbo e non pubblicata, dal titolo "L'indipendenza della regolazione negli Stati Uniti e nell'Unione europea. Il caso dell'energia" (2018).