

LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI NELL'ARCHITETTURA COSTITUZIONALE

Francesco Saverio Marini ()*

Abstract: L'articolo si propone di inquadrare il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti dal punto di vista della copertura costituzionale. Pur nella loro eterogeneità, infatti, le autorità indipendenti si connotano per alcuni attributi comuni, quali l'indipendenza e la neutralità, e per l'attribuzione di plurime funzioni, alcune di produzione di precetti giuridici, altre di applicazione degli stessi in ottica paragiudiziale, che impongono all'interprete di saggiarne l'ammissibilità nel nostro ordinamento costituzionale. A tal proposito, nel contributo si individuano le peculiarità di questa categoria giuridica e i relativi elementi di problematicità, attuale o potenziale, dal punto di vista costituzionale, sotto i profili dell'indipendenza dal Governo, del rispetto dei principi di riserva di legge e di legalità sostanziale, dell'esercizio di poteri sanzionatori, delle garanzie dei terzi. La conclusione che se ne trae è che la Costituzione vigente, pur non contemplando espressamente le autorità indipendenti, offre comunque loro una copertura costituzionale, ma che, alla luce degli elementi evidenziati, sarebbe comunque opportuna, in prospettiva *de iure condendo*, una disciplina espressa.

The article aims to frame the phenomenon of Italian administrative independent authorities from the point of view of constitutional coverage. Despite their heterogeneity, in fact, independent administrations are characterized by some common attributes, such as independence and neutrality, and by the attribution of multiple functions, such as the production of legal precepts, and the application of the same in a para-judicial, which require the interpreter to test its admissibility in our constitutional system. In this regard, the article identifies the particularities of this legal category and the related elements of current or potential problematicity, from a constitutional point of view, in terms of independence from the Government, compliance with the reserve of law and substantial legality principles, the exercise of sanctioning powers, the guarantees of third parties. The conclusion is that the current Constitution, while not expressly contemplating the independent authorities, nevertheless offers them a constitutional coverage, but that, in a de jure condendo perspective, an express discipline would be appropriate, in consideration of the highlighted elements.

Sommario: 1. *Elementi distintivi di un fenomeno eterogeneo.* – 2. *La copertura costituzionale a legislazione vigente.* – 3. *L'opportunità di una copertura costituzionale in prospettiva de iure condendo.* – 4. *Conclusioni.*

1. *Elementi distintivi di un fenomeno eterogeneo*

La difficoltà di fornire una definizione univoca e generale di autorità amministrativa indipendente rende già prova della complessità del fenomeno giuridico considerato (1).

(*) Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Roma "Tor Vergata" e componente laico del Consiglio di presidenza della Corte dei conti.

(1) Il fatto che si tratti di un "fenomeno giuridico" più che di un istituto è sottolineato da G. Amato, *Autorità semi-indipendenti ed autorità giudiziaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645; F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2011, 6^a ed., 624.

Non è un caso che da tempo ci si sia riferiti alle autorità indipendenti come a un «*poliedrico osservatorio di temi centrali ed “elementi della transizione” nel diritto pubblico, e non solo*», e a «*un caleidoscopio del “pluralismo” giuridico e normativo*» (2).

La genesi di tali organismi, come noto, è accidentata e sfugge a un disegno unitario (3); con la conseguenza che – al di là di alcuni tratti comuni, per lo più elaborati *ex post* da dottrina e giurisprudenza – ancora oggi si discute della *natura giuridica*, della *compatibilità costituzionale*, e della necessità di *reductio ad unitatem* della categoria in discussione.

Pur nella eterogeneità delle discipline relative alle singole *authorities* (4), è comunque possibile tratteggiarne alcuni elementi basilari comuni, da cui è necessario muovere sia per comprendere il fenomeno nella sua attualità, sia per verificarne le astratte potenzialità, sia per sondare la necessità di una disciplina normativa organica e il rango della fonte che dovrebbe operarla.

Analoghe, in primo luogo, sono le ragioni che soggiacciono all’istituzione delle amministrazioni indipendenti, per molti versi disegnate sulla scorta delle esperienze straniere, statunitense prima di tutto (5).

Tra tali ragioni si individua (6), come noto, la c.d. crisi della legislazione (7), che nel caso delle autorità indipendenti sarebbe meglio identificare come la *strutturale* (più che *patologica*) impossibilità per la legge di definire con il dovuto grado di completezza e competenza fenomeni e regole giuridiche connotate da specificità e tecnicità, e soprattutto soggette a continui e repentini mutamenti ed evoluzioni (8).

(2) A. Patroni Griffi, *Le Autorità amministrative indipendenti nell’ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2015, 1-2, 1; l’A. cita S. Labriola (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1999.

(3) Osserva G. Pericu, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, 1, come i tentativi di ricostruire una categoria omogenea assumono consistenza solo in negativo, là dove si sottolinea che le amministrazioni indipendenti non sono organi dell’amministrazione statale, non sono strutture del Parlamento, non sono giudici.

(4) Si rinvia a F. Patroni Griffi, *Tipi di autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, il Mulino, 1996, 25 ss.

(5) Il fenomeno delle *authorities* trova le sue radici nel modello delle *independent regulatory agencies* statunitensi di fine 1800, istituite per l’attuazione di un processo di regolazione pubblica dell’economia a seguito dell’industrializzazione, e attributarie non solo di funzioni tradizionalmente amministrative e di vigilanza, ma anche di poteri di normazione secondaria (c.d. *rule-making*) e di soluzione delle controversie (c.d. *adjudication*). In Europa il modello è stato mutuato per la prima volta in Francia e in Gran Bretagna, seppure con differenti finalità rispetto all’esperienza statunitense: nel contesto europeo l’istituzione delle autorità indipendenti si affianca ai processi di privatizzazione di settori economici tradizionalmente affidati allo Stato, con la finalità di evitare la sostituzione del monopolista pubblico con quello privato. Approfondimenti in R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, Neldiritto, 2020, 14^a ed., 317; M. D’Alberti, *Il valore dell’indipendenza*, in M. D’Alberti, A. Pajino, (a cura di), *Arbitri e mercati. Le autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, il Mulino, 2010, 3; L. Barra Caracciolo, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell’ordinamento USA. Profili comparativi con l’esperienza italiana*, Torino, Giappichelli, 1997, 167 ss.

(6) Maggiori approfondimenti in R. Garofoli, G. Ferrari, *op. cit.*, 318 ss.

(7) Discorre in termini generali di crisi della legge, intesa come incapacità di rispondere attraverso i canoni della generalità e dell’astrattezza alla necessità di definire un sistema preciso e completo di regole di comportamento che sia comprensibile *ex ante* dai soggetti dell’ordinamento giuridico, M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, relazione al Convegno: “*Le autorità amministrative indipendenti*”, tenuto in onore di Vincenzo Caianiello, Roma, Palazzo Spada, 9 maggio 2003, in <www.giustizia-amministrativa.it>. Sulle implicazioni della crisi della legislazione rispetto al fenomeno delle autorità indipendenti e ai relativi poteri di regolazione, v. anche Id., *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm.*, 2002, 3865.

(8) G. Pericu, *op. cit.*, osserva come le autorità indipendenti costituirebbero un modo di essere obbligato dello Stato moderno, e testimonierebbero il fallimento del Parlamento a disciplinare materie di elevata tecnicità, come pure la

Sotto un concorrente versante, è stata sottolineata l'esigenza di affrancare dal condizionamento politico la disciplina e la gestione di determinati settori sensibili, donde l'istituzione di soggetti giuridici terzi e neutrali, tecnicamente preparati, cui affidare compiti regolatori, contenziosi e sanzionatori per il presidio di beni giuridici di rilevante importanza (9).

Da ultimo, tra le ragioni sottese alla progressiva diffusione del fenomeno delle autorità indipendenti nel nostro Paese, si individuano i processi di rinuncia all'intervento diretto nell'economia da parte dello Stato, a partire dalle privatizzazioni degli anni '90.

Si tratta di un "*mutamento genetico*" (10) cui ha fatto da contrappeso l'istituzione di organismi indipendenti con compiti di regolazione, vigilanza e sanzione, volti a evitare la sostituzione del "monopolista" pubblico con quello privato, e a perseguire un disegno di liberalizzazione di alcuni mercati (11).

Sotto quest'ultimo aspetto, non può non rimarcarsi anche l'incidenza che sul processo di liberalizzazione ha avuto l'ordinamento dell'Unione europea (12), al quale pure si devono l'istituzione di alcuni organismi indipendenti di regolazione e di vigilanza, come pure l'enucleazione di talune prerogative imposte per garantirne un funzionamento effettivamente svincolato dal potere politico e neutrale rispetto agli interessi coinvolti (13). L'incidenza euro-unitaria è così pregnante che, lo si può anticipare sin d'ora, in essa può rinvenirsi forse la più solida base giuridica del fenomeno *authorities* a livello costituzionale.

Venendo ora ai caratteri essenziali comuni delle amministrazioni indipendenti, pur nella già descritta poliedricità del fenomeno, essi vanno rintracciati soprattutto nella *indipendenza*, intesa come indipendenza dal Governo e da qualsiasi influenza politica nello svolgimento della propria attività (14)

stessa ammissione di incapacità degli apparati ministeriali e giudiziari a "riempire" l'esigenza di regolazione del settore. Sul punto anche F. Caringella, *op. cit.*, 629.

(9) E per la garanzia del c.d. "contraddittorio economico", che necessita del presupposto della neutralità delle autorità di regolazione e vigilanza; sul punto v. M. D'Alberti, *Il valore dell'indipendenza*, cit.; M. Ramajoli, *L'attuale configurazione delle autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, in <www.giustizia-amministrativa.it>, 14 febbraio 2019. Sul rapporto tra autorità indipendenti e Governo, v. F. Satta, *Indirizzo politico, autorità di regolazione e autorità antitrust: quale spazio e quali ruoli in un ordinamento fondato sul principio di libera concorrenza*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci, *20 anni di Antitrust*, Torino, Giappichelli, 2010. Sull'emersione di interessi e valori rispetto ai quali gli apparati tradizionali si sono dimostrati impreparati, e sulla conseguente consapevolezza dell'apporto tecnicamente qualificato di organismi "*muniti di una peculiare posizione di terzietà, di rincarata imparzialità, di neutralità, di indifferenza rispetto agli interessi stessi*", v. F. Longo, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *op. cit.*, 13.

(10) Così F. Caringella, *op. cit.*, 626.

(11) Si è osservato che «una "liberalizzazione" pura e semplice di particolari mercati, sicuramente rispondente all'esigenza di maggior concorrenzialità, ove si traduca in un mero abbandono di interi settori economici alla logica del mercato, lascerebbe irrisolto il problema di salvaguardare esigenze in senso lato collettive»; così, «L'obbiettivo della tutela del mercato o di una significativa parte di esso, nonché quello della tutela degli utenti, sono perseguiti dall'ordinamento, da un lato in virtù della previsione di una serie di "regole del gioco" comuni a tutti gli operatori, dall'altro, mediante l'istituzione, in funzione di controllo e regolazione, di soggetti tendenzialmente svincolati dai condizionamenti politici e agenti in posizione di terzietà». V. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, 6ª ed., 214.

(12) In questa prospettiva, l'ordinamento europeo avrebbe funto anche da strumento di omogeneizzazione del fenomeno delle autorità indipendenti, secondo G. Napolitano, voce *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in M. Clarich, G. Fonderico (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2007, 86 ss.

(13) Sulla indubbia importanza della dimensione euro-unitaria v. F. Donati, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. Unione europea*, 2006, 27; A. Valastro, *Le autorità indipendenti in cerca di interlocutore*, Napoli, Esi, 2008, 89 ss.; A. Patroni Griffi, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale*, cit., 11 ss.

(14) Secondo la definizione di M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, 162, per indipendenza delle autorità si intende "*l'assenza di qualsiasi rapporto organizzativo fra tali organi e qualsiasi altro organo dello Stato*", che si concreta "*nell'inamovibilità dei loro componenti*" e "*nella non interferenza nel rapporto d'ufficio tra gli appartenenti all'organo*". L'indipendenza può dunque essere presidiata sia sul piano funzionale, con l'attribuzione di piena autonomia di giudizio e di valutazione alle autorità indipendenti, sia sul piano strutturale, tramite la

(presupposto, questo, comunque non omogeneo tra le varie autorità), nella *neutralità*, *aliud* rispetto all'imparzialità propria dell'azione amministrativa, ma piuttosto da intendersi come indifferenza rispetto agli interessi in conflitto (15), e nella *competenza tecnica* richiesta ai relativi componenti.

Simili elementi attestano un tratto distintivo fondamentale delle autorità indipendenti, vale a dire il loro essere eccentriche rispetto al modello "tradizionale" di pubblica amministrazione (16): non si tratta, infatti, né di braccio esecutivo del Governo, né, comunque, di autorità chiamata a esercitare, pur nel rispetto del principio di legalità, tassi di discrezionalità in cui il perseguimento dell'interesse pubblico deve essere soppesato alla luce degli altri interessi coinvolti, dunque nel rispetto del principio di

disciplina delle modalità di nomina dei componenti, dei regimi di incompatibilità, della durata del mandato, nonché tramite il riconoscimento di autonomia organizzativa, finanziaria e contabile. Anche sotto questo aspetto il fenomeno è variegato ed eterogeneo, essendo tali aspetti differentemente disciplinati dalle leggi istitutive delle varie autorità amministrative indipendenti. Per una rassegna v. R. Garofoli, G. Ferrari, *op. cit.*, 337 ss.; F. Caringella, *op. cit.*, 640 ss. Sull'indipendenza v. anche A. Patroni Griffi, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale*, cit., 16 ss.

(15) Dunque, mentre "*L'imparzialità non significa disinteresse ed indifferenza, bensì, equità di condotta sulla premessa del carattere interessato dell'azione amministrativa, volta alla cura di interessi pubblici concreti*", "*la neutralità, per converso, indica indifferenza dell'Amministrazione indipendente rispetto ai protagonisti degli interessi confliggenti da comporre*", così F. Caringella, *op. cit.*, 636; v. anche V. Caianiello, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, II, spec. 353.

(16) Qualche perplessità desta, alla luce di tale connotato, la decisione della Corte costituzionale n. 13/2019, con cui è stata dichiarata inammissibile una questione di legittimità costituzionale incidentalmente sollevata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nell'ambito di un procedimento istruttorio per violazioni *antitrust*, per assenza del presupposto della *terzietà* che deve connotare il *giudice a quo*. La Corte ha escluso che Agcm potesse essere considerato giudice, sia pur solo "ai limitati fini" del promovimento di un giudizio incidentale, facendo leva su una pluralità di argomentazioni, alcune delle quali, tuttavia, sembrano mettere in discussione lo statuto fondante delle amministrazioni indipendenti. In particolare, si legge al par. 8 del *Considerato in diritto*: «*La veste processuale di parte riflette, del resto, la natura del potere attribuito all'Autorità: una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. Essa, infatti, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale [...]. Ciò emerge con particolare evidenza nei rilevanti poteri pararegolatori e consultivi attribuiti all'Autorità garante (artt. 21, 22, 23 e 24 della legge antitrust e art. 23-bis, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria") e nell'ampio margine di discrezionalità amministrativa che connota istituti quali le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l'accettazione degli "impegni" e i cosiddetti programmi di clemenza (rispettivamente, artt. 4, 14-ter e 15, comma 2-bis, della legge antitrust).*

8.1. Si aggiunga che *l'attività dell'Autorità garante si sviluppa nell'ambito di un contraddittorio che non si differenzia – se non per la sua intensità – da quello procedimentale classico e che resta di natura verticale, proprio perché il privato si confronta con un soggetto che, nell'irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità*».

In proposito, A. Patroni Griffi, *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull'Agcm: alcune considerazioni*, in <www.federalismi.it>, 3 luglio 2019, sottolinea criticamente il rischio connesso a tale pronuncia, ove intesa come riferibile in generale a tutte le autorità indipendenti, «*di cancellare d'un tratto decennali studi di attenta dottrina giuspubblicistica, in cui si è evidenziata la distinzione ontologica tra imparzialità dell'amministrazione e "indipendenza", per l'appunto, di un'autorità amministrativa indipendente, di cui peraltro è stata tentata anche l'espressa introduzione in Costituzione in falliti procedimenti di riforma costituzionale. Sia pure, beninteso, l'indipendenza delle autorità non ricostruibile come "eguale" all'indipendenza del giudice – atto quindi non certo a configurare nuovi, e quindi illegittimi, giudici speciali –, ma espressione di una logica di controllo e garanzia indipendente, e non semplicemente "imparziale", in grado di disegnare anche singoli, eccezionali spazi di legittimazione incidentale*». Su tale pronuncia sia consentito rinviare anche a F.S. Marini, *La sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale sull'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come giudice a quo: note a prima lettura*, in <www.giustamm.it>, 16 febbraio 2019.

proporzionalità; siamo invece al cospetto di soggetti sganciati dal circuito fiduciario-rappresentativo (17), chiamati a presidiare beni e settori giuridici di rilievo costituzionale, che agiscono in base a un criterio di schietta *neutralità* (18), ed esercitano, in tale contesto, una pluralità di funzioni (19), che spaziano dall'individuazione della norma regolatrice (20) alla relativa applicazione in sede "para-giurisdizionale" (21), con attribuzione di potestà sanzionatoria (22).

2. La copertura costituzionale a legislazione vigente

Un modello, dunque, che in ragione di tali connotati ha storicamente suscitato – e tuttora suscita – dubbi di compatibilità con l'architettura costituzionale, sia rispetto allo statuto costituzionale dell'Esecutivo e del suo rapporto con l'amministrazione (23), sia rispetto allo statuto costituzionale del potere giudiziario (24), e, in generale, dubbi circa la relativa copertura costituzionale (25). Non è un caso, del resto, che la nascita delle autorità indipendenti venga riconnessa appunto "*al percepito fallimento, al*

(17) Le autorità indipendenti non sono soggette né responsabili verso il Governo relativamente alle funzioni assolte, e ciò si risolve, in termini operativi, nell'assenza di poteri governativi di direttiva e di annullamento.

(18) Intesa "*nel senso di indifferenza ed estraneità rispetto agli interessi, pubblici o privati, sui quali quella funzione va a incidere*", così V. Caianiello, *Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti*, in *Dir. economia*, 1998, 258; cfr. anche A. Patroni Griffi, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale*, cit., spec. 3 ss.

(19) Come osservato da A. Patroni Griffi, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale*, cit., "*le stesse scelte fondamentali sono assunte dalle autorità, sia in sede di ritrovamento delle regole, fissate nella legge o addirittura poste talora da essa stessa, sia in sede di applicazione delle regole alle concrete controversie in attività giustiziale, vuoi a tutela della concorrenza nel settore, ma anche dei diritti dei cittadini ed imprese coinvolte, vuoi a garanzia di altri valori comunque di rilevanza costituzionale. Si giunge qui talora a configurare un soggetto che pone le regole, esercita il controllo sul rispetto delle stesse e sanziona le condotte difformi, in un'attività al contempo di regolazione e decisoria di contenzioso*".

(20) Si tratta di funzioni di c.d. *law-making*, cioè funzioni normative e di regolazione. In generale, sui poteri di regolazione delle autorità indipendenti, cfr. V. Cerulli Irelli, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in M. D'Alberti, A. Pajno (a cura di), *op. cit.*, cap. IV; M. Clarich, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca, impresa e società*, 2003, 49; L. Torchia, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, relazione al Convegno: "*Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*", Roma, Palazzo Spada, 23 febbraio 2013, in <www.giustizia-amministrativa.it>.

(21) In dottrina si discorre di "*funzioni para-giudiziali*", E. Cheli, *Le Autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 11, Torino, Giappichelli, 2000, 129; di "*Poteri quasi-giudiziali*", E.L. Camilli, M. Clarich, *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in M. D'Alberti, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, il Mulino, 2010, 107 ss.

(22) Si è osservato, a proposito della eterogeneità delle funzioni attribuite alle autorità indipendenti, come "*Tratto distintivo del loro modello di essere è di costituire una deroga al principio classico della separazione dei poteri, essendo le stesse titolari di funzioni che si sovrappongono di volta in volta al potere legislativo, esecutivo e giudiziario*"; sul punto v. R. Garofoli, G. Ferrari, *op. cit.*, 321 ss.; L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, 148.

(23) Secondo parte della dottrina, l'esistenza di un'amministrazione indipendente e non responsabile verso il Governo contrasterebbe con l'art. 95 della Costituzione, che imporrebbe un minimo di dipendenza dell'amministrazione nei confronti dell'Esecutivo, ciò costituendo presupposto necessario perché quest'ultimo sia responsabile davanti al Parlamento e al Paese; in tal senso G. Pericu, *op. cit.*

(24) Stante l'omessa previsione costituzionale espressa di organismi non giudiziari deputati all'esercizio di una funzione para-giurisdizionale e dotati di pari tasso di indipendenza.

(25) Per una sintesi del dibattito sul tema cfr. V. Caianiello, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, cit.; Aa.Vv., *Autorità indipendenti e principi costituzionali* (Atti del convegno, Sorrento, 30 maggio 1997), Padova, Cedam, 1999; E. Cheli, *L'innesto costituzionale delle autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, relazione al convegno Nexus, 27 febbraio 2006, in <www.astrid-online.it>; M. Manetti, *Le autorità indipendenti*, Bari, Laterza, 2007; Id., *Profili di giustizia costituzionale delle autorità indipendenti*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2002*.

tempo stesso, dell'organizzazione amministrativa classica e del potere giudiziario in sede di gestione e regolazione di settori sensibili" (26).

Con riferimento al primo aspetto, ci si deve interrogare se l'unico modello di "amministrazione" desumibile dalla Costituzione sia quello tratteggiato dall'articolo 95, che incardina nel Governo la responsabilità dell'unità di indirizzo amministrativo, e che individua l'amministrazione come braccio esecutivo del Governo per l'attuazione dell'indirizzo politico, il quale si realizza attraverso ministri che rispondono "*collegialmente degli atti del Consiglio dei ministri ed individualmente degli atti dei loro dicasteri*"; un disegno, dunque, che presuppone un minimo di dipendenza e responsabilità dell'amministrazione nei confronti dell'Esecutivo, investito della funzione attraverso la fiducia parlamentare.

Pur con qualche cautela, tale scoglio può essere superato considerando che l'articolo 95 della Costituzione è norma che disciplina il Governo e non l'organizzazione amministrativa, e che dunque "*non scolpisce un'inderogabile regola di dipendenza*" (27) della seconda rispetto al primo; ciò vale in tutti i casi in cui non si tratti di gestire l'interesse pubblico in rapporto alle direttive governative, quanto di garantire, in uno Stato pluralista, gli interessi obiettivi in particolari settori di rilievo costituzionale, interessi che per loro stessa natura (finanche per la garanzia della loro stessa esistenza) necessitano, da un lato, di una regolamentazione tecnica adeguata (svincolata dunque dalle pressioni politiche), e dall'altro della relativa applicazione in modo *neutrale* (e cioè ancora una volta indifferente rispetto agli interessi in conflitto, ivi compreso quello pubblico espresso dalle contingenti istanze politiche) (28).

Un addentellato costituzionale alternativo all'amministrazione come braccio del Governo esiste, e si rinviene nell'articolo 97 della Costituzione (29), che, vuoi con la previsione della riserva di legge in materia di organizzazione dei pubblici uffici, vuoi con la codificazione dei principi di buon andamento e di imparzialità, vuoi con la previsione del superamento di concorsi pubblici per l'accesso ai ruoli, contribuisce a definire e legittimare uno statuto alternativo di "*amministrazione come apparato a sé, separato dal Governo ed in genere dal potere politico: una sorta di pouvoir administratif, non subordinato al potere politico ma regolato direttamente dalla legge*" (30).

Uno statuto che, come pure è stato autorevolmente osservato, è essenziale alla garanzia dello stesso principio democratico nelle Costituzioni pluraliste del secondo dopoguerra, qual è quella italiana, il quale esige un certo tasso di indipendenza e di astrazione rispetto alle determinazioni del circuito politico rappresentativo, proprio per tutelare gli eterogenei e compositi valori incarnati in Costituzione (31).

(26) Così F. Caringella, *op. cit.*, 628, che cita S. Cassese, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, relazione al Convegno internazionale Francesco Sajia, *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e mercati internazionali*, in *Foro it.*, 1996, V, 7.

(27) L'art. 95 sta piuttosto a significare che, "*ove sia necessaria e ravvisabile una dipendenza dell'amministrazione dal governo, i membri di quest'ultimo, collegialmente o individualmente, sono chiamati a rispondere*", così F. Caringella, *op. cit.*, 645, che cita G. Gemma, *Garante per la radiodiffusione e l'editoria e conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1995, 1668.

(28) G. Gemma, *op. cit.*; V. Cerulli Irelli, *Premesse problematiche allo studio delle amministrative indipendenti*, in F. Bassi, F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1993, 24 ss.; F. Caringella, *op. cit.*, 646. Da tali considerazioni discende che, laddove le autorità indipendenti esercitino funzioni di tipo amministrativo "tradizionale", torna a espandersi il profilo della responsabilità nei confronti dell'azione governativa, v. F. Longo, *op. cit.*, 19; V. Caianiello, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, cit., 471, F. Caringella, *op. cit.*, 651.

(29) Sulla possibilità di individuare a partire dall'art. 97 Cost. un modello alternativo di amministrazione caratterizzato da ampia indipendenza dal Governo, cfr. G. Gemma, *op. cit.*, 1671; A. Pajno, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *op. cit.*, 107 ss.

(30) M. Nigro, *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1996, 1845 ss.

(31) V. anche A. Patroni Griffi, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale*, cit., 10, ove si osserva come "*a Costituzione vigente, è possibile ribadire, sul piano della legittimazione, come lo stesso*

Venendo al secondo versante, i connotati di neutralità e indipendenza delle *authorities* e l'affidamento alle stesse di funzioni contenziose-sanzionatorie in posizione di neutralità non si pongono neppure in contrasto con l'architettura costituzionale del sistema giudiziario, né col divieto di introduzione di giudici speciali.

Sotto un primo aspetto, è chiaro che l'articolo 101 della Costituzione non attribuisce un monopolio soggettivo di indipendenza alla magistratura (32), né incardina esclusivamente sulla stessa il ruolo di *ius dicere*, pretendendo, piuttosto, che solo la magistratura abbia il potere di adottare l'ultima parola sulle controversie e di fornire a esse l'autorità di cosa giudicata.

Sotto un secondo versante, la pacifica giustiziabilità degli atti delle autorità amministrative indipendenti (sia regolatori, sia soprattutto sanzionatori), impedisce di ipotizzarne la qualificazione a giudici speciali in violazione dell'articolo 102 della Costituzione; e del resto, la stessa Corte costituzionale, con una pronuncia non priva di criticità, ha escluso, ad esempio, che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato possa qualificarsi giudice neppure “*ai limitati fini*” della proposizione di una questione incidentale di legittimità costituzionale (33).

Piuttosto, sono proprio i principi discendenti dall'articolo 97 della Costituzione a legittimare “*una forma di organizzazione (amministrativa in senso ormai allargato e, per così dire, anomalo) capace di garantire in fase pregiudizionale, colmando le lacune del modello del ricorso gerarchico come forma di soluzione preventiva dei conflitti, l'applicazione della legge a tutela di interessi costituzionali in settori socialmente sensibili*” (34).

La costituzionalizzazione dei principi della legalità sostanziale, dell'imparzialità e del buon andamento, insomma, se da un lato offre copertura a un modello di amministrazione indipendente dall'indirizzo politico, al fine di presidiare interessi sensibili in ambiti costituzionalmente rilevanti e connotati da elevato tecnicismo e da strutturale mutevolezza, dall'altro lato, e corrispondentemente, legittima un'anticipazione della fase di tutela giudiziale direttamente nella sede amministrativa.

Chiaramente, come pure è stato autorevolmente osservato, simile legittimazione richiede un alto tasso di procedimentalizzazione e la predisposizione di adeguate garanzie partecipative direttamente nella sede para-giurisdizionale (35); e ciò vale soprattutto per quelle garanzie che non possono essere recuperate in sede processuale (si pensi alla recente declaratoria di incostituzionalità dell'art. 187-*quinquiesdecies* del Tuf (36), per violazione del principio generale del *nemo tenetur se detegere* nell'ambito dei

principio democratico richieda che la non facile garanzia di certi interessi costituzionalmente rilevanti siano indipendenti proprio dalle determinazioni del circuito politico rappresentativo”; v., ancora, A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli, 1997, secondo cui, di fronte “*a interessi [che] coinvolgono i cittadini in maniera indifferenziata, appare incongruo affidare la loro tutela a meccanismi ispirati al principio di rappresentatività democratica*”; A. Massera, *Autonomia ed indipendenza nell'amministrazione dello Stato*, in *Studi in onore di Massimo Giannini*, vol. III, Milano, Milano, 1988, 478, osserva come la legittimazione costituzionale delle autorità indipendenti trovi fondamento anche “*nella protezione dei cittadini e delle libertà pubbliche*” e nell'esercizio “*di una funzione di rempart contro gli abusi di potere dell'amministrazione pubblica ma anche dei potenti gruppi di interessi privati*”, elementi che sollecitano la “*messa a riparo di questi organismi dallo stesso potere politico dello Stato*”.

(32) Sul punto, v. F. Caringella, *op. cit.*, 648 ss.

(33) Il riferimento è alla sentenza della Corte costituzionale n. 13/2019, sui cui profili di criticità si rinvia *supra* alla nota n. 16.

(34) Così F. Caringella, *op. cit.*, 648.

(35) G. Grasso, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006, spec. 80 ss.; M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994.

(36) Corte cost. n. 84/2021; la sentenza, come noto, fa seguito all'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 117 del 10 maggio 2019, con cui la Corte costituzionale aveva sottoposto alla Corte di giustizia europea una questione di validità dell'ordinamento unionale (di cui quello italiano oggetto della dedotta questione di legittimità costituzionale costituisce

procedimenti ispettivi di Consob e Banca d'Italia; principio che deve essere assicurato già in sede procedimentale, non potendo altrimenti recuperarsi la relativa violazione nel corso del processo; analogo discorso si potrebbe fare per il controinterrogatorio dei segnalanti o del *leniency applicant* nei procedimenti *antitrust*).

Una tale procedimentalizzazione non solo integra un'ulteriore garanzia dell'indipendenza e della neutralità dell'amministrazione indipendente, ma concorre, attraverso la formazione del giudizio in contraddittorio, a rendere la fase contenziosa un effettivo strumento di risoluzione neutrale della controversia, e al contempo costituisce presupposto indefettibile per ammettere che l'eventuale decisione giurisdizionale sulle decisioni delle autorità sia limitata al c.d. sindacato debole (37).

Infine, come già accennato, a imprimere copertura costituzionale alle autorità indipendenti sovengono i vincoli alla legislazione derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea (38), ora costituzionalizzati (non solo nell'articolo 11, ma, appunto come vincolo alla legislazione) nell'articolo 117, primo comma, della Costituzione.

La disciplina unionale derivata, a partire dalle direttive di liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità, prima di tutto contempla, e quindi legittima, l'istituzione di autorità di regolazione indipendenti, così imponendo l'adozione del modello agli Stati membri (39); inoltre, negli atti più recenti ed evoluti, impone requisiti per assicurare l'indipendenza delle autorità stesse, e principi inderogabili per lo svolgimento delle relative funzioni ispettivo/sanzionatorie, con garanzia delle parti del procedimento (40).

È vero che anche nell'ordinamento euro-unitario la disciplina è settoriale e non omogenea, e ciò potrebbe costituire un limite all'interiorizzazione di tali principi nell'ordinamento interno; ma è anche vero che, a Costituzione invariata, un ausilio potrebbe provenire dalle pronunce della Corte di giustizia, laddove dovessero codificare principi applicabili in generale al *genus* "authorities" (41).

3. L'opportunità di una copertura costituzionale in prospettiva de iure condendo

Chiarito, dunque, che anche a Costituzione vigente è possibile rinvenire un fondamento al fenomeno delle autorità indipendenti, ciò non toglie l'opportunità che esse vengano direttamente contemplate dalla Carta costituzionale.

attuazione) rispetto ai principi di diritto al silenzio contenuti negli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte di giustizia, con sent. 2 febbraio 2021, causa C-489/19, ha operato un'interpretazione conforme della disciplina europea, sulla base della quale, in sede di rinvio, la Corte costituzionale ha poi dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 187-*quinquiesdecies* del Tuf "nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Banca d'Italia o alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato".

(37) Inaugurato da Cons. Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, su cui v. F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 190 ss.

(38) A. Patroni Griffi, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale*, cit., 12.

(39) M. Ramajoli, *op. cit.*, 5.

(40) Si pensi alla direttiva 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno. La direttiva insiste sulla necessità che venga rafforzata ancor più l'indipendenza e neutralità delle autorità *antitrust* (cfr. considerando n. 5; art. 4). La direttiva ha trovato attuazione in Italia con il d.lgs. n. 185/2021, che ha modificato l'art. 10 della l. n. 287/1990, imponendo stringenti presupposti di indipendenza e imparzialità, nonché le norme sul procedimento istruttorio di cui all'art. 14 della medesima legge istitutiva, implementando i poteri dell'autorità e al contempo meglio regolamentando le prerogative procedimentali delle parti coinvolte.

(41) Si pensi alla sentenza Corte giust. 9 marzo 2010, *Commissione europea c. Repubblica Federale di Germania*, causa C-518/07, con cui si è statuita l'ostatività rispetto all'ordinamento europeo di una normativa nazionale lesiva dell'indipendenza di autorità previste come necessarie dal diritto europeo stesso. Cfr. anche A. Patroni Griffi, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale*, cit., 12, che attribuisce valore "omogeneizzante", nell'ordinamento multilivello, anche alle pronunce della Corte di Strasburgo, citando in proposito la nota sentenza *Grande Stevens c. Italia*.

Una simile copertura si giustifica, in primo luogo, in considerazione del fatto che nell'esercizio dei propri poteri, sia di regolazione, sia, soprattutto, di ispezione/accertamento e sanzionatori, le autorità si misurano e incidono su libertà e diritti costituzionali. Se è vero che un'eventuale lesione di tali diritti può essere tutelata in sede giurisdizionale, è parimenti indiscutibile l'opportunità che, laddove a un organismo di matrice pubblicistica – come visto sganciato dal circuito rappresentativo – si consenta di ingerire su sfere di libertà costituzionalmente tutelate, ciò trovi una cornice espressa nella Costituzione, in modo non solo da fornirne una copertura di esistenza, quanto anche di individuare i capisaldi per assicurarne effettivamente indipendenza, neutralità e competenza, e di controbilanciare la stessa ingerenza sulle libertà costituzionali.

A quest'ultima esigenza, come noto, ha già in parte risposto la Corte di Strasburgo, che a partire dalla nota sentenza *Grande Stevens* (42) ha riconosciuto alle sanzioni adottate da talune autorità indipendenti la natura *sostanzialmente* penale ai sensi e per gli effetti della Cedu, con conseguente necessità che alle parti del procedimento siano riconosciute le stesse garanzie di giusto processo di cui agli articoli 6 e 7 della Carta, prerogative che, se anche non devono necessariamente essere assicurate già in sede procedimentale, devono quantomeno essere integralmente recuperabili in sede giurisdizionale (43).

Si tratta di un aspetto di sicuro rilievo, che meriterebbe una adeguata copertura nella stessa Costituzione; e ciò anche al fine di garantire che la Corte costituzionale possa operare quella ponderazione tra diritti e valori previsti direttamente dalla Carta costituzionale, rendendo ancora più proficuo il dialogo multilivello tra Corti dei diritti (44).

Sotto un concorrente versante, una disciplina costituzionale delle autorità indipendenti sarebbe opportuna anche al fine di offrire una migliore collocazione sistematica alla relativa “produzione”; come noto, infatti, al tema della copertura costituzionale delle autorità indipendenti si collega quello della legittimità dell'attribuzione a esse di funzioni di tipo normativo (45).

Problema al quale si è risposto in via affermativa, senza particolari difficoltà, con riferimento a poteri di normazione secondaria in materie non coperte da riserva di legge, facendo leva sul “policentrismo normativo” che caratterizza le fonti di produzione secondaria, ovviamente nei limiti e sulla base dei

(42) Corte Edu, Sez. II, 4 marzo 2014, n. 18640, su cui sia consentito rinviare a F.S. Marini, *Le garanzie sulle sanzioni amministrative nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, commento alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, causa Grande Stevens e altri c. Italia, 4 marzo 2014, ric. n. 18640/10*, in *Riv. nel diritto*, 2014, 1802-1807.

(43) Come ha chiarito la Corte di Strasburgo, il rispetto dell'articolo 6 della Convenzione non esclude che nei procedimenti di natura amministrativa, una “sanzione” sia prima imposta da un'autorità amministrativa (*Giemsrl e altri c. Italia* [GC], nn. 1828/06 e altri 2, par. 254 28 giugno 2018). Tuttavia, la norma convenzionale presuppone che la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfa le condizioni dell'art. 6 sia soggetta al controllo successivo da parte di un organo giudiziario con piena giurisdizione (*Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal* [GC], nn. 55391/13 e altri 2, par. 132, 6 novembre 2018). Tra le caratteristiche di un organo giudiziario con piena giurisdizione c'è il potere di riformare in tutti i punti, di fatto oltre che di diritto, la decisione presa dall'organo inferiore. Questo organo deve in particolare essere competente per esaminare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia dinanzi ad esso (*Chevrol c. Francia*, n. 49636/99, par. 77, ECHR 2003-III; *Silvester's Horeca Service c. Belgio*, n. 47650/99, par. 27, 4 marzo 2004; *A. Menarini Diagnostics Srl. c. Italia*, n. 43509/08, 27 settembre 2011, par. 59). Negli stessi termini si è espressa conseguentemente la giurisprudenza nazionale.

(44) A ogni modo la Corte costituzionale, proprio sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ha applicato i principi propri delle sanzioni penali in senso stretto anche alle sanzioni adottate dalle autorità indipendenti: ciò è avvenuto in particolare in relazione alle garanzie del divieto di irretroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius* (Corte cost. n. 223/2018; n. 68/2017; n. 276/2016; n. 104/2014; n. 196/2010), della sufficiente precisione del precetto sanzionatorio (Corte cost. n. 121/2018) e della irretroattività delle modifiche sanzionatorie *in mitius* (Corte cost. n. 63/2019).

(45) Sulla “discutibilità” dell'attribuzione di poteri normativi “a soggetti privi di responsabilità politica, in assenza oltre tutto di una disciplina che ne fissi in modo peculiare i limiti”, v. E. Casetta, *op. cit.*, 213.

criteri direttivi dettati dalla fonte primaria, la quale ultima trova a propria volta copertura nell'articolo 97 della Costituzione e nei principi del diritto europeo (46).

Altro aspetto del problema, invece, è quello relativo ai c.d. poteri impliciti (47), e cioè all'ammissibilità dell'adozione di atti di normazione secondaria pur in assenza di una copertura normativa di rango primario; aspetto anch'esso risolto, non senza problematicità, in senso positivo (48), facendo leva sia sull'esigenza di assicurare, in contesti caratterizzati da elevato tecnicismo, un intervento regolatorio celere ed efficace (49), sia sulla possibilità di colmare il *deficit* di legalità sostanziale recuperandolo "dal basso", con l'implementazione delle garanzie partecipative degli operatori destinatari degli atti di regolazione (50).

(46) Cons. Stato, Sez. atti normativi, parere 25 febbraio 2005, n. 11603, sul d.lgs. recante il codice delle assicurazioni private.

(47) N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001, 458 ss.; cfr. anche G.U. Rescigno, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 247 ss.; S. Perongini, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (Atti del convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003), Torino, Giappichelli, 2003, 41-50; G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 710; M. D'Amico, *Legalità (dir. cost.)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, 3365.

(48) V., per l'allora Aeeg, Cons. Stato, Sez. VI, 14 giugno 2006, n. 3502, secondo cui la l. n. 481/1995, pur avendo natura programmatica e delineando le attribuzioni dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, non necessita di successive leggi attuative che specificchino i limiti d'azione dell'amministrazione indipendente. Quindi, relativamente al caso in discussione, l'Aeeg mantiene il potere di regolamentare l'esercizio di attività liberalizzate quali la produzione: "Il Collegio condivide in linea di principio il ragionamento svolto dall'Autorità appellante in merito alla permanenza di poteri di regolazione pro-competitiva in tutte le fasi della produzione e della distribuzione dell'energia elettrica in forza delle clausole generali contenute nella legge n. 481/1995 in sede di perimetrazione dei poteri di regolazione dell'Autorità". Nella stessa direzione si è pronunciato nuovamente Cons. Stato, Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521, in *Foro amm.-CdS*, 2012, V, 1284, facendo esplicitamente riferimento alla nozione di "poteri impliciti" e ponendo come principale argomento di giustificazione la connotazione "fortemente tecnica" del settore regolato, settore che pone anche la necessità di un continuo rinnovo dei contenuti delle singole discipline normative.

(49) Sul punto v. Cons. Stato, Sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182.

(50) V. Cons. Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972: "L'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è 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. In assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurative le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale. Del resto, 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, sotto forma di garanzie del contraddittorio".

Sul punto si è espressa anche la Corte costituzionale con la pronuncia 7 aprile 2017, n. 69, par. 7.2 del *Considerato in diritto*: "La possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge, ai fini della valutazione del rispetto dell'art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. In questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti".

Sulla "correlazione inversa" tra legalità sostanziale e legalità procedurale v. M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, cit.

Una soluzione, questa, che continua a destare qualche perplessità (51), risolvendosi infatti in una distorsione del principio di legalità sostanziale (52), che potrebbe essere meglio evitata con una previsione generale di rango costituzionale che legittimi l'adozione di atti di normazione assimilabili ai regolamenti indipendenti.

Di sicuro rilievo costituzionale, ancora, è la disciplina della nomina degli organi delle *authorities*, che costituisce il primo baluardo di garanzia della relativa indipendenza (53), mentre invece essa è oggi eterogeneamente regolata dalle leggi istitutive delle varie autorità indipendenti, con differenti intensità di indipendenza dal potere politico.

Le soluzioni non sono costituzionalmente vincolate e potrebbero essere variamente modulate (54); certamente sarebbe opportuno che alla nomina parlamentare si accompagnasse una basilare procedimentalizzazione (anche preordinata a garantire la competenza dei nominati), come pure la fissazione di *quorum* deliberativi adeguati ad assicurare il coinvolgimento delle minoranze, e quindi un effettivo svincolo dall'indirizzo politico.

Ancora, sempre al fine di garantire l'indipendenza delle autorità, si potrebbe intervenire unitariamente sulla durata dell'organo, disallineandola rispetto a quella della legislatura; come pure potrebbe prevedersi un'autonomia organizzativa, regolamentare e contabile delle *authorities*.

Come è stato condivisibilmente osservato, del resto, dal momento che le autorità nascono proprio nell'ottica di "garanzia", che costituisce il minimo comun denominatore delle plurime funzioni regolatorie, di controllo e sanzionatorie assegnate a tali organismi, e che assurge dunque a garanzia globale del settore considerato (e cioè tanto delle imprese che vi operano, quanto del rapporto tra esse e i privati fruitori dei servizi, titolari di diritti fondamentali di libertà) (55), allora un tale ruolo esige personalità in grado di assicurare effettivamente queste funzioni di garanzia e di vigilanza, in piena indipendenza; e questa esigenza può essere assicurata in primo luogo con adeguati sistemi di nomina, che trovino copertura a livello costituzionale.

(51) Come condivisibilmente sostenuto da A. Patroni Griffi, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale*, cit., 11, "non basta richiamare la realizzazione sempre più forte del principio di partecipazione da parte degli operatori del mercato e delle stesse istanze sociali, coinvolte dall'attività delle autorità indipendenti, a fondare la piena legittimazione democratica ed a considerare superato il tema della sottrazione al circuito della rappresentanza politica della regolazione e controllo di tali settori sensibili della stessa tutela dei diritti".

(52) A. Patroni Griffi, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale*, cit., 14, suggerisce come "la stessa Corte costituzionale potrebbe, in tal senso, cominciare ad assumere un atteggiamento di maggiore rigore nel vaglio delle leggi istitutive e di disciplina delle autorità indipendenti, ad esempio, laddove tali leggi riconoscano in sostanza un potere normativo regolamentare «indipendente» delle autorità, in realtà *legibus solutus* e quindi in torsione del principio di legalità". L'A. cita anche E. Grosso, *Autorità indipendente o autorità onnipotente? Il potere normativo di fatto del Garante per la protezione dei dati personali*, in M.G. Losano (a cura di), *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio dei primi cinque anni*, Bari, Laterza, 2001, 139 ss., spec. 157 ss.

(53) A. Patroni Griffi, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale*, cit., spec. 17 ss.

(54) A. Patroni Griffi, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale*, cit., 23, ipotizza che, in una prospettiva di riforma, "si potrebbe arrivare a sostenere, da parte di chi ritenga esistente e sufficiente una legittimazione di tipo tecnico delle autorità, che gli stessi componenti dell'autorità possano essere selezionati sulla base di una procedura concorsuale, semmai di secondo grado e per titoli, atta a realizzare al meglio meritocrazia e trasparenza nella scelta. Tale procedimentalizzazione concorsuale renderebbe anche possibile un controllo giurisdizionale sugli atti di nomina, altrimenti configurandosi gli stessi atti politici e come tali sottratti al sindacato dei giudici". L'A. evidenzia però anche le criticità insite in un simile modello, non tanto per la sua tenuta costituzionale, quanto per il fatto che "le autorità assumono decisioni al contempo tecniche, ma anche intimamente politiche, che però si vogliono garantire indipendenti dalla pressione del circuito politico rappresentativo", sicché si ritiene alla fine "inevitabile" che venga riconosciuta "piena legittimazione politica" all'organo chiamato a selezionare i componenti delle autorità.

(55) A. Patroni Griffi, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale*, cit., 20; E. Cheli, *Le Autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, cit., 134.

4. Conclusioni

Concludendo, la eccentricità e poliedricità del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti, il rango costituzionale delle sfere di interessi su cui esse sono chiamate a incidere, la pluralità delle funzioni a esse attribuite, con conseguente sovrapposizione, in capo al medesimo soggetto, della produzione e applicazione di precetti, rendono opportuna, in prospettiva *de iure condendo*, una copertura costituzionale espressa di tali organismi.

C'è da dire che, pur non essendo mancati tentativi – ormai datati – di revisione costituzionale in questo senso (56), essi non si sono mai finalizzati, e non è detto che si determineranno le condizioni per tornare sul tema in futuro, sia per il ben noto immobilismo nelle riforme costituzionali, sia perché la legislazione primaria, specie per effetto del recepimento di legislazione europea sempre più incisiva, e conseguentemente dell'ampliarsi della giurisprudenza della Corte di giustizia sul tema, potrebbe in qualche modo essere considerata, ormai, "autosufficiente".

Non sarebbe allora peregrino ipotizzare, quanto meno, l'adozione di una legislazione quadro, che disciplini e razionalizzi il fenomeno "autorità amministrative indipendenti" (57), come si era tentato di fare con la legge di delegazione n. 124/2015, rimasta tuttavia inattuata; si tratterebbe di una soluzione che, pur scontando il rango cedevole della fonte, contribuirebbe se non altro a fornire organicità agli aspetti oggi più frastagliati e problematici, che si sono più sopra esemplificativamente enucleati.

* * *

(56) Nella tentata riforma costituzionale elaborata dalla Commissione bicamerale nella XIII legislatura, le autorità amministrative indipendenti avrebbero trovato un esplicito fondamento costituzionale, nell'art. 109, "per l'esercizio di funzioni di garanzia o di vigilanza in materia di diritti e libertà garantiti dalla Costituzione"; quanto alla nomina, il progetto prevedeva che "il Senato della Repubblica elegga a maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti i titolari delle Autorità di garanzia e di vigilanza", esplicitamente obbligate a riferire "alle Camere sui risultati dell'attività svolta". Il progetto di riforma rinviava invece alla legge ordinaria la disciplina de "la durata del mandato, i requisiti di eleggibilità e le condizioni di indipendenza". Altro tentativo è quello della successiva XIV legislatura (non passato al referendum costituzionale del 2006), che si proponeva esclusivamente di menzionare le autorità in Costituzione (all'art. 98-bis), rimettendo poi la disciplina alla legge ordinaria, salvo che per l'obbligo di riferire alle Camere circa i risultati. Su tali riforme v. S. Niccolai, *Le autorità indipendenti nel progetto di revisione costituzionale*, in S. Labriola (a cura di), *op. cit.*; S. Baroncelli, *La costituzionalizzazione delle Autorità amministrative indipendenti: una scelta di stabilità*, in P. Caretti (a cura di), *La riforma della Costituzione nel progetto della Bicamerale*, Padova, Cedam, 1998, 265 ss.; M. Manetti, *Un passo avanti verso la riforma delle autorità indipendenti*, in *Rass. parl.*, 2007, 291; C. Pinelli, *La disciplina delle autorità indipendenti*, in *Quad. dottorato di ricerca in Diritto ed economia*, 2006, 3, 233.

(57) Sull'importanza dell'approvazione di una legge "di sistema" v. F. Donati, *op. cit.*, par. 7; A. Patroni Griffi, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale*, cit., 13, sottolinea come, comunque, «anche l'approvazione di una richiamata legge di sistema non riuscirebbe a soddisfare l'esigenza di ritrovare un adeguato fondamento in Costituzione di garanzia dell'indipendenza e di legittimazione nell'organizzazione e funzionamento delle autorità, che non appaiono ancora avere assunto un loro assetto stabile di fronte ad un atteggiamento ondivago del legislatore anche nel delineare "tipi" di autorità profondamente diversi».