



UNICA

UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI CAGLIARI

**SORBONNE
PARIS NORD**

DOTTORE DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

E

DOCTEUR EN DROIT MENTION DROIT PUBLIC

ACCORDO DI COTUTELA TRA L'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI

E

L'UNIVERSITE SORBONNE PARIS NORD

XXXVI CICLO

TITOLO DELLA TESI

Gli itinerari della legalità nell'attività di regolazione delle Autorità Amministrative Indipendenti. Una ricerca comparata tra Italia e Francia.

Settore scientifico-disciplinare

IUS/10

Dottorando:

Nicola Colleo

Supervisore (UniCa)

Prof. Gianmario Demuro

Co-supervisora (UniCa)

Prof.ssa Paola Piras

Supervisore (USPN)

Prof. Franck Laffaille

Esame finale - Anno Accademico 2022/2023

Sessione: febbraio 2024



UNICA

UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI CAGLIARI

**SORBONNE
PARIS NORD**

DOUBLE Ph.D. DEGREE IN

Scienze giuridiche (University of Cagliari)

and

Droit mention Droit public (Sorbonne Paris Nord University)

Cycle XXXVI

TITLE OF THE Ph.D. THESIS

The itineraries of legality in the regulatory activity of the Independent Administrative Authorities. Comparative research between Italy and France.

Scientific Disciplinary Sector(s)

IUS/10

Ph.D. Student:	Nicola Colleo
Supervisor (UniCa)	Prof. Gianmario Demuro
Co-supervisor (UniCa)	Prof. Paola Piras
Supervisor (USPN)	Prof. Franck Laffaille

Final exam: Academic Year 2022/2023
Thesis defence: February 2024 Session

*A Chiara,
ai sogni e ai segreti sussurrati,
agli abbracci e alle risate,
radici invisibili del nostro amore.*

INDICE

PREMESSA.....	9
---------------	---

CAPITOLO I

RADICI STORICHE E FONDAMENTO DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NEGLI ORDINAMENTI ITALIANO E FRANCESE.

1.1. Principio di legalità amministrativa e democrazia nell'ordinamento italiano.....	13
1.2. La legalità amministrativa nell'ordinamento francese.	27

CAPITOLO II

LE AUTORITÀ INDIPENDENTI IN ITALIA E IN FRANCIA. L'ESERCIZIO DEI POTERI PROPRIAMENTE NORMATIVI.

2.1. L'origine del modello di un'Amministrazione per Autorità Indipendenti: l'ordinamento USA	37
2.2. La comparsa delle AAI negli ordinamenti italiano e francese: le funzioni generali	48
2.3. Il potere regolamentare delle AAI nell'ordinamento italiano	57
2.4. Il potere regolamentare delle AAI nell'ordinamento francese.....	69

CAPITOLO III

LA REGOLAZIONE FLESSIBILE DELLE AAI

3.1. La regolazione flessibile: un fattore di perturbazione dell'ordine giuridico	75
3.1.1. La soft regulation nell'attività delle Autorità Indipendenti: alla ricerca della snellezza della funzione regolatoria.....	81
3.2. Il droit souple nell'ordinamento francese.....	83
3.3. La regolazione flessibile in Italia.....	91
3.4. La <i>soft regulation</i> a livello mondiale, tra sovranità statale e globalizzazione	100

CAPITOLO IV
I POTERI NORMATIVI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI
DINANZI AI PRINCIPI DI LEGALITÀ, DEMOCRATICITÀ E DELLA
TUTELA GIURISDIZIONALE IN ITALIA E IN FRANCIA.

4.1. Critica agli argomenti posti a giustificazione dei poteri normativi delle Autorità Indipendenti. Profili di diritto sostanziale	113
4.2. (...segue) La partecipazione nel diritto amministrativo italiano: l'insufficiente valenza democratica del modello del « <i>notice and comments</i> »	121
4.3. I limiti al sindacato del giudice italiano sull'esercizio del potere regolatorio	128
4.4. Caratteri "antisistema" del <i>droit souple</i> e tecniche di tutela giurisdizionale tra nuovi approdi e incertezze	137

CAPITOLO V
TECNICA, POLITICA E PARTECIPAZIONE.
RIPENSARE I POTERI DELLE AAI ALLA LUCE DELLA LEGALITÀ
AMMINISTRATIVA.

5.1. Le correzioni necessarie al modello partecipativo attuale	145
5.2. La legalità procedurale tra codecisione, autoregolazione e democrazia partecipativa	149
5.3. La partecipazione organica. Spunti da alcune esperienze francesi	162
5.4. Un tema annoso: la costituzionalizzazione delle AAI e del loro potere normativo. Poche luci e tante ombre.....	167
5.5. La reimpostazione dei rapporti tra tecnica e politica: unica via per il recupero della legalità. Riflessioni alla luce dell'attuale contesto politico-economico post-pandemico.....	170
5.6. L'avvenire della <i>soft regulation</i> . Le forzature dell'ordinamento francese alla prova delle più recenti dinamiche del mercato globale.....	183

BIBLIOGRAFIA	189
--------------------	-----

PREMESSA

La figura delle Autorità Amministrative Indipendenti, oggi più che mai, stimola l'interesse dello studioso del diritto amministrativo e del giurista in generale, per la rilevanza che insiste nell'assumere nell'ordinamento e per le contraddizioni che sembrano non poterla abbandonare.

Nonostante il *De Profundis* recitato al loro indirizzo con insistenza da più parti e a cadenze alterne negli ultimi vent'anni, queste ambigue creature giuridiche continuano a giocare un ruolo - chiave negli equilibri istituzionali, sospese in un limbo perenne tra l'abbandono del modello di cui sono l'emblema e l'irrinunciabilità della sua funzione.

Anche oggi questa posizione in bilico tra il baratro e la definitiva consacrazione continua ad accompagnarle: da un lato, dal 2020 si assiste all'incedere di robuste spinte antiglobalizzazione che sembrano ridimensionare quei paradigmi alla base del sistema economico-capitalistico nel quale gli organismi indipendenti hanno proliferato negli ultimi trent'anni. Dall'altro, le proposte normative recentemente formulate anche a livello europeo¹ sembrano individuare proprio in queste amministrazioni i soggetti più indicati per guidare la transizione giuridica verso un mondo sempre più digitalizzato e spersonalizzato.

È stata, perciò, condotta un'analisi comparata dell'esperienza italiana e di quella francese, al fine di valutare non solo il tipo di radicamento di queste figure all'interno dei due ordinamenti, ma anche l'approccio seguito in Francia nella gestione di un oggetto sotto molti aspetti distonico rispetto ai fondamenti di un sistema giuridico-amministrativo di diritto duro esattamente come quello italiano. L'interesse per la prospettiva comparatistica nasce, infatti, per diverse ragioni. In primo luogo, per la maggiore familiarità dell'ordinamento francese con la figura oggetto di studio. In secondo luogo, per le affinità strutturali tra l'ordinamento d'oltralpe e quello italiano, che nel primo ha trovato un importante punto di riferimento per la sua evoluzione, soprattutto amministrativa. A questo si aggiunge, inoltre, l'intento di dar conto della portata sovranazionale del fenomeno di diffusione delle autorità indipendenti, che ha conseguentemente dovuto fare i conti con le peculiarità ordinamentali dei sistemi giuridici in cui si è infiltrato.

¹ Il riferimento è, in particolare, alla recente proposta di regolamento europeo in materia di intelligenza artificiale. Sul punto si rinvia alla lettura del testo risultante dagli emendamenti del Parlamento europeo, approvati il 14 giugno 2023, alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione (COM (2021) 0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106 (COD)), consultabile sul sito istituzionale dell'Unione Europea.

Da qui lo stimolo allo studio della realtà francese, alla ricerca di spunti anche per la migliore comprensione dell'attuale realtà italiana e dei suoi possibili sbocchi.

In questo scenario si è deciso di condurre la ricerca intorno ai poteri di normazione degli organismi indipendenti, ritenuti non solo i più rilevanti a livello effettuale, ma anche i più problematici nel loro modo di rapportarsi all'ordinamento e ai principi dello Stato di diritto. Una problematicità che ha caratterizzato l'azione delle autorità fin dalle origini e che, pur a fronte di sforzi interpretativi apprezzabili anche da parte della giurisprudenza, sembra ora condurre, piuttosto, verso la normalizzazione delle anomalie progressivamente emerse, quasi come se si trattasse di dinamiche ormai sedimentate così profondamente da non poter essere cambiate.

Nell'impostare il lavoro è stata data capitale importanza alla ricostruzione delle origini del principio di legalità, del significato che esso ha rivestito storicamente e a quello che oggi assume nelle due realtà ordinamentali. È, infatti, proprio in relazione alla conservazione della legalità e dei suoi corollari che si gioca oggi una delle partite più importanti del diritto amministrativo e del diritto pubblico in generale, ovvero quella tra garantismo ed efficienza, tra democrazia e tecnica. Una sfida in cui proprio le amministrazioni indipendenti giocano un ruolo di prim'ordine.

Sono, poi, state messe in risalto le alterazioni della legalità rispetto all'esercizio dei poteri regolamentari e di regolazione flessibile delle autorità. Alterazioni che sono figlie dell'esigenza, spesso estremizzata e favorita da un contesto politico-economico fondato sulla rincorsa alla massimizzazione della concorrenza, di escludere un ruolo attivo dello Stato nell'economia, mediante l'attribuzione di potestà di tipo normativo a soggetti neutrali ed indipendenti rispetto all'indirizzo politico-governativo. Tutto questo in nome della valorizzazione delle proprietà di un mercato concorrenziale, però, troppo spesso concepito come valore in sé, suscettibile, da solo, di realizzare nella maniera più soddisfacente possibile i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione.

Proprio le deformazioni cui il valore della legalità va incontro (tanto quello proprio della legalità in senso forte, tipica dell'ordinamento italiano, quanto di quella più debole che caratterizza, invece, il sistema francese) impongono l'esplorazione di itinerari volti alla conservazione di un ruolo delle autorità indipendenti e dei loro poteri normativi nell'ordinamento che non comprometta i fondamenti costituzionali su cui quest'ultimo poggia.

Emerge, allora, l'esigenza di saggiare la tenuta del mantra della legittimazione democratica dal basso e della *governance* come nuovo paradigma di esercizio del potere, che sembrano poter oggi essere impiegati per giustificare qualsiasi tipo di deviazione rispetto ai tradizionali canoni dell'azione amministrativa, ancora una volta in nome delle esigenze di rapidità, snellezza, efficienza dell'azione pubblica. Si impone, del pari, l'approfondimento dei rapporti tra la politica e la tecnica, tra il

bilanciamento di interessi proprio della legalità ed espressione della volontà popolare e l'attività attuativa ed integrativa demandata ai depositari del sapere specialistico. Rapporti, questi ultimi, sempre più improntati all'ambiguità, al fraintendimento e alla sovrapposizione, che proclamano la neutralità dell'azione ma sacrificano la democraticità sui cui riposa il potere amministrativo.

Una soluzione definitiva ed appagante, al momento, è probabilmente irraggiungibile. Ciò non esime, però, dal dovere di intraprendere quegli itinerari che, rifiutando l'appiattimento su soluzioni già proposte e sedimentate, si sforzano di trovare la giusta collocazione del potere amministrativo nell'ordinamento anche in un'epoca dalle forti tendenze decostruttive come quella attuale.

CAPITOLO I

RADICI STORICHE E FONDAMENTO DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NEGLI ORDINAMENTI ITALIANO E FRANCESE

SOMMARIO: 1.1. Principio di legalità amministrativa e democrazia nell'ordinamento italiano. – 1.2. La legalità amministrativa nell'ordinamento francese.

1.1. Principio di legalità amministrativa e democrazia nell'ordinamento italiano.

Cimentarsi nello studio dei poteri normativi delle autorità indipendenti significa affrontare un istituto che, già ad una prima sommaria osservazione, presenta caratteri anomali rispetto a quelli con cui il giurista è abituato a confrontarsi nella trattazione del potere esecutivo. Questo dipende, nello specifico, sia dalla particolare qualità dei soggetti in questione (che, in quanto indipendenti, sono sottratti nell'esercizio delle loro potestà alla responsabilità politica che, invece, interessa gli organi di governo), sia dall'ampiezza dei poteri che sono spesso loro conferiti.

Questi elementi di anomalia, per essere meglio compresi e valutati alla luce dei principi generali dell'ordinamento, suggeriscono, allora, un approccio che muova dalle fondamenta del potere amministrativo.

Tra queste, una funzione portante dell'intero impianto ordinamentale è assolta dal principio di legalità, il cui studio e il cui tentativo di miglior comprensione, oltre a rappresentare il punto di partenza, costituiranno anche il faro permanente della ricerca.

È, infatti, opinione oggi condivisa quella secondo cui l'attività dell'Amministrazione è informata al principio di legalità.

Ma dietro un'espressione così laconica e, apparentemente, elementare, quasi scontata per il diritto amministrativo e per gli studiosi del diritto moderno, si stagliano secoli di storia, di stravolgimenti sociali e di conquiste politiche, di dibattiti dottrinali.

Ad essere precisi, la riferibilità del principio di legalità all'azione amministrativa è rimasta questione controversa anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che non contiene alcun espresso riferimento ad esso. Solo con l'articolo 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, infatti, si è giunti ad una sua formale enunciazione².

² Sebbene la norma esprima solo uno dei profili della legalità, quello del perseguimento del fine indicato dalla legge. La legalità amministrativa in senso sostanziale, invece, come si avrà modo di mettere meglio in evidenza, impone la predeterminazione del potere in senso ampio. Non solo il fine, ma anche i presupposti, l'oggetto e il contenuto dell'atto devono essere disciplinati dalla legge.

Ma se la subordinazione dell'apparato amministrativo al rispetto di questo principio è oggi condivisa³, c'è minore unità di vedute riguardo al suo fondamento e alla sua esatta funzione nell'ordinamento⁴. Sono numerose, infatti, le prospettive da cui è guardato, differenti i profili che vengono evidenziati e, com'è inevitabile, profondamente diverse le conseguenze applicative alle quali giungono le varie ricostruzioni. Differenze che impattano in maniera dirompente sul modo di intendere l'esercizio del potere amministrativo e la sua capacità di incidere sulla realtà giuridica.

E questa molteplicità e varietà di vedute è figlia proprio dell'assenza di un riconoscimento a livello costituzionale. Ciò ha imposto lo svolgimento di un'intensa attività interpretativa volta a rintracciare il fondamento di questo valore tra le pieghe della Carta fondamentale.

Prima di addentrarsi nel dibattito sul punto occorre, però, una breve ricostruzione storica dei processi che hanno condotto ad individuare nella legalità uno dei punti fermi del diritto amministrativo. Infatti, va da sé che una riflessione che aspiri a comprenderne il contenuto e il ruolo all'interno del sistema giuridico, data la storicità di cui è intriso, non può prescindere da una breve considerazione delle sue origini e delle ragioni che hanno portato alla sua affermazione.

L'idea della legge come nucleo e motore dell'ordinamento giuridico è figlia del Razionalismo del Seicento e dell'Illuminismo settecentesco, i cui esponenti ritenevano che, così come avveniva nelle altre scienze naturali ed umane, anche nel diritto i tempi fossero maturi per il superamento degli antichi dogmi della tradizione, ancorati ad un sistema di regolamentazione di stampo prettamente consuetudinario⁵. Avrebbe dovuto essere la legge, da quel momento in poi, con il suo carattere scritto, a regolare le condotte umane e a condurre la società al progresso anche in ambito giuridico.

È stato in questo clima di rinnovamento nell'approccio al diritto e alla normatività che si è giunti, infine, per il tramite dello spartiacque rivoluzionario, al 1791, anno della promulgazione della prima Costituzione della Repubblica francese⁶.

³ Per tutti, si veda S. FOIS, *Legalità* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 659 ss.

⁴ Sul tema della legalità e dell'individuazione delle sue fondamenta e della sua funzione nell'ordinamento italiano si vedano G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1924, 281 ss.; S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto Amministrativo*, I, *Diritto Amministrativo Generale*, Giuffrè, Milano, 2003, 173 ss.; M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2002, 39 ss.

⁵ Si veda P. ALVAZZI DEL FRATE, *Legalità e rivoluzione nel Settecento razionalista*, in C. STORTI (a cura di), *Legalità e crisi delle legalità*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 163.

⁶ Cfr., sul punto, l'accurata ricostruzione storica effettuata da B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia – Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, tenutosi a Varenna – Villa Monastero il 20 – 22 settembre 2007, Edizione Giuffrè, Milano, 2008, p. 33. L'Autore descrive proprio la consacrazione dell'ideale della legalità all'epoca della Rivoluzione Francese, inteso come sottoposizione sia del potere esecutivo che di quello legislativo alla volontà generale, sebbene in questa fase la funzione esecutiva fosse intesa come mera attuazione materiale del dato normativo e, quindi, fosse ancora in una fase decisamente acerba del suo sviluppo.

Questo fondamentale testo normativo ha costituito la lama con cui sono state definitivamente spezzate le catene dell'*Ancien Régime* anche nei confronti della cultura giuridica. Infatti, all'art. 3, tit. III, cap. II, sez. I, il testo costituzionale recitava che: «Non vi è in Francia autorità superiore a quella della legge. Il re regna soltanto in funzione di essa, e solo in nome della legge può esigere l'ubbidienza».

L'affermazione ha avuto un'importanza epocale. Ha segnato, pur nella sua comprensibile immaturità, una storica spaccatura nell'endiadi rappresentata dal potere e dalla volontà del sovrano. Ha comportato che quest'ultimo non fosse più padrone assoluto del primo, ma che lo potesse esercitare solo sulla base di una legge che lo legittimasse a ciò⁷. È stata l'emersione di quel desiderio di protagonismo e di rappresentatività che già da tempo si era insinuato con forza nella coscienza sociale dei principali Stati europei.

La svolta rivoluzionaria, sebbene destinata presto ad affondare, ancorché temporaneamente, nel sangue del Terrore e nelle contraddizioni della successiva epoca imperiale sotto Napoleone Bonaparte, ha segnato la prima forte affermazione della legalità come vincolo all'esercizio di un potere pubblico⁸.

La Rivoluzione Francese e le riforme realizzate negli anni seguenti sotto Napoleone hanno rappresentato, altresì, il momento della nascita del moderno diritto amministrativo, costruito intorno alla presenza di un apparato burocratico (formato da funzionari dotati di un proprio *status*) soggettivamente distinto rispetto al Sovrano ed al potere giudiziario ed incaricato di gestire la cosa pubblica dando attuazione agli atti normativi adottati dall'organo titolare del potere legislativo⁹.

E il principio di legalità, anche dopo la sua originaria affermazione, ha continuato ad accompagnare l'esercizio del potere amministrativo, inteso ora come potestà attribuita all'apparato burocratico dello Stato¹⁰.

⁷ Per una sintetica ma efficace ricostruzione delle vicende che nel corso dell'età moderna hanno portato alla formazione degli Stati assoluti e, quindi, alla detenzione del monopolio del potere da parte degli Stati europei, si veda M.S. GIANNINI, *Sovranità (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, 1990, p. 224 ss.

⁸ Le evoluzioni del sistema amministrativo francese e, con esso, del principio di legalità, sono evidenziate con grande precisione in L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Bari, 2001, p. 246 ss. Sul punto si veda anche B. SORDI, *Legge e Amministrazione: incontri e scontri*, in C. STORTI (a cura di), *op. cit.*, p. 172, secondo il quale, prima della Rivoluzione Francese non è proprio possibile discorrere di legalità, intesa come quel legicentrismo che domina la produzione del diritto all'interno di un ordinamento.

⁹ Come fa notare G. ASTUTO, *L'amministrazione italiana. Dal centralismo napoleonico al federalismo amministrativo*, Carocci editore, Roma, 2021, p. 17 ss., le basi per la costituzione di un moderno apparato amministrativo erano state gettate già nel corso del Seicento e del Settecento, con l'istituzione di alcuni corpi amministrativi di grande rilievo (in Francia, per esempio, il Dipartimento delle Finanze). Ma sarà solo con la Rivoluzione Francese, prima, e con l'impero napoleonico dopo che si assisterà alla vera nascita del moderno apparato burocratico, inteso come macchina amministrativa che agisce unitariamente per l'attuazione della legge e la cura dell'interesse pubblico, attraverso l'azione di una moltitudine di corpi che agiscono come piccoli ingranaggi di un unico macchinario.

¹⁰ Sebbene, come evidenziato da B. SORDI, *op. ult. cit.*, pp. 176 – 177, in questa fase il ruolo della legalità rispetto alla conformazione del potere amministrativo si caratterizzasse per una generale debolezza. Figlia, quest'ultima, di una visione dell'Amministrazione quale soggetto necessariamente beneficiario di un

Appare evidente che, nella sua prima embrionale formulazione, esso rispondeva ad alcune funzioni fondamentali, non esattamente coincidenti con quelle che ad esso sono attualmente associate¹¹.

La prima di queste si legava saldamente alla separazione dei poteri. Il potere di dettare le norme veniva attribuito ad un'istituzione diversa dal Sovrano, che ne imponeva l'applicazione. Il soggetto-organo che poneva la regola e quello che la applicava dovevano, quindi, essere diversi, al fine di evitare arbitrii. Solo la separazione del potere Legislativo da quello esecutivo consentiva di concepire il principio di legalità come una garanzia. Ove così non fosse stato, la sua portata rivoluzionaria sarebbe stata decisamente ridimensionata¹².

La seconda funzione, strettamente interconnessa con la prima, atteneva, invece, alla predeterminazione normativa dei poteri esercitabili dal sovrano¹³.

In questa prospettiva il principio di legalità soddisfaceva l'esigenza di consentire agli amministrati di conoscere in anticipo i possibili esiti dell'esercizio del potere pubblico e, in questo modo, di programmare le proprie scelte sulla base di un quadro normativo chiaramente conoscibile in anticipo¹⁴. Veniva, per questa via, scongiurato il pericolo di dover subire conseguenze pregiudizievoli che non fossero in alcun modo prevedibili anticipatamente.

Le funzioni brevemente illustrate, seppur naturalmente ancora proprie del principio di legalità e profondamente radicate in esso, tuttavia, non esauriscono più la sua forza garantista e, esse sole, non consentono di comprendere a pieno che cosa significhi oggi che la Pubblica Amministrazione è assoggettata al suo rispetto. Questo in considerazione

marginale di intervento e di scelta ampio ed elastico (non imbrigliabile da dettami legislativi eccessivamente rigidi), che solo avrebbe consentito l'ottimale perseguimento dell'interesse pubblico.

¹¹ A queste considerazioni di natura eminentemente giuridica devono essere accompagnate, naturalmente, quelle più squisitamente politiche, che impongono all'interprete di guardare a questa prepotente affermazione della legalità anche quale strumento per l'affermazione della forza e dell'egemonia della classe borghese-liberale all'interno delle realtà politico-sociali Ottocentesche. Proprio la legge Parlamentare, in quanto espressa da un organo formato da componenti provenienti per intero dalla classe borghese, costituiva lo strumento fondamentale per la consacrazione di questa supremazia. Su questi profili si vedano le considerazioni di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 34 ss.

¹² Si tratta della teoria della separazione dei poteri elaborata da C.L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, 2 vol.

¹³ Cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 132 ss., che fa coincidere la prima affermazione del principio di legalità negli ordinamenti moderni con la definitiva ascesa della classe borghese, verificatasi tra il XVIII e l'inizio del XX secolo. Nella prima fase successiva alla conquista del potere politico da parte della borghesia, il principio di legalità aveva sostanzialmente la funzione di sancire la superiorità dell'organo rappresentativo (il Parlamento, formato essenzialmente da esponenti della classe borghese stessa) sull'Amministrazione e sulle strutture burocratiche superstiti del previgente sistema monarchico. In questo periodo, quindi, il ruolo della legalità era quello di rimarcare la supremazia dell'organo elettivo e di far sì che ogni potere pubblico fosse ad esso subordinato e da esso previamente autorizzato.

¹⁴ Questa è la funzione fondamentale che parte della dottrina ha continuato a riconoscere al principio di legalità anche nel corso del '900, rifiutando di riconoscere ad esso, quindi, qualsiasi tipo di valenza democratica. Si veda, a questo riguardo, la posizione di G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Giuffrè, Milano 1985, p. 692.

del fatto che le tutele che esse sono in grado di offrire si mostrano parziali, incapaci di porre i destinatari del potere al riparo da possibili abusi.

Proprio al fine di arrivare ad una sua lettura a tutto tondo, la legalità va letta alla luce del principio democratico di cui all'articolo 1 della Costituzione italiana¹⁵.

Va premesso che la Carta Costituzionale non contiene un'enunciazione espressa del principio di legalità in relazione all'attività amministrativa¹⁶, diversamente da quanto accade, invece, per la materia penale.

Ciò nonostante, questa regola fondamentale deve essere oggi letta congiuntamente al principio di democraticità¹⁷.

Questo perché, sebbene non si metta in dubbio il fatto che questo principio è stato affermato per la prima volta in uno Stato estraneo ai valori della democraticità, quale era lo Stato liberale monoclasse, non può non attribuirsi ad esso un'attitudine evolutiva e cangiante, una capacità di

¹⁵ A questo proposito sono di particolare interesse le riflessioni svolte da G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Diritto Pubblico* 1995, p. 259, il quale riconduce il fondamento del principio di legalità alla sovranità popolare e allo Stato di diritto. Mostra maggiori dubbi, invece, in relazione alla sua riconduzione al principio di democraticità (che, pertanto, viene assunto in un'accezione differente da quella di sovranità popolare) perché storicamente vi sono stati ordinamenti (come accaduto, per esempio, in epoca liberale) che, pur praticando la legalità, non accoglievano il principio democratico.

¹⁶ Con riferimento alla problematica dell'individuazione in Costituzione di una norma che possa costituire il fondamento del principio di legalità, è di particolare interesse la posizione espressa da S. FOIS, *Legalità* (voce), cit., p. 669 ss. L'Autore, in primo luogo, esclude che il principio di legalità possa ritenersi fondato sul valore della sovranità popolare, intesa come subordinazione del potere esecutivo a quello Legislativo. E ciò sia perché della persistente sovranità del Parlamento sarebbe ormai lecito dubitare, sia perché, anche nel caso in cui fosse ammessa, essa potrebbe dar vita unicamente ad un principio di legalità in senso meramente formale, come necessità di fondamento legislativo del potere. Egli ritiene, piuttosto, che il fondamento della legalità amministrativa vada ricercato nell'articolo 101, comma 2, della Costituzione, secondo cui «i giudici sono soggetti solo alla legge». La norma pone un rapporto di subordinazione tra l'organo investito della funzione giudicante (e, quindi, il rispetto dell'ordinamento) e la legge che egli è chiamato ad applicare. Il termine «legge», peraltro, va necessariamente inteso come legge parlamentare (o atti ad essa equiparati), sia perché in questo senso depono il tenore di tutte le disposizioni costituzionali che fanno utilizzo di questo vocabolo, sia perché va ravvisata una stretta connessione tra il comma 1 dell'articolo 101 che fa riferimento all'esercizio della giustizia in nome del popolo ed il comma 2. Da ciò deriva che il principio di legalità non può intendersi riferito ad una generica soggezione del giudice alle fonti del diritto, quali che esse siano, ma, al contrario, unicamente alla legge. Parzialmente diversa l'opinione espressa da L. CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quaderni Costituzionali*, 1990, p. 20, che ritiene, invece, che uno dei fondamenti principali della legalità amministrativa (accanto a quello propriamente democratico) sia da rinvenire nell'articolo 113 della Costituzione e si colleghi, quindi, all'esigenza di un'adeguata tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche degli amministrati nei confronti degli atti dell'Amministrazione. Questa tutela, in particolare, riguarderebbe non solo le ipotesi di esercizio di potere in forma provvedimentale, ma anche quelle di esercizio di potere normativo in forma regolamentare. Solo l'esistenza di una legge, in quanto atto normativo sovraordinato rispetto al regolamento, garantisce la raffrontabilità del potere esercitato dall'Amministrazione per il tramite di quest'ultimo.

¹⁷ Di diverso avviso, invece, L. PALADIN, *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 166 ss., il quale ravvisa il fondamento della legalità non nel principio democratico, ma in quello di uguaglianza. La legalità, secondo l'Autore, non farebbe che garantire il cittadino contro i pericoli di esercizio arbitrario del potere da parte dell'Amministrazione. Pericoli che diverrebbero concreti nel caso in cui quest'ultima fosse titolare di potestà conferite attraverso lo schema della delega in bianco. Pertanto, il valore della legalità secondo l'Autore va ricercato nella predeterminazione del potere a monte da parte di una fonte normativa, non dovendo necessariamente identificarsi quest'ultima con la legge parlamentare o con gli atti ad essa equiparati.

conformare e modellare la propria portata garantistica sulla base dei valori fondanti dell'ordinamento in cui si esprime.

Nello Stato liberale la sua funzione era, quindi, legata all'esigenza di contenere il potere esecutivo e di vincolarlo al rispetto delle norme adottate dal Parlamento (e ciò anche sulla base di una fiducia e di un entusiasmo forse eccessivi nella supremazia del prodotto legislativo¹⁸). Un'esigenza di controllo e di bilanciamento di un potere che fino a quel momento era stato libero di esprimersi senza alcun tipo di limitazione esterna¹⁹. Si introduceva, per il suo tramite, un contenimento del potere pubblico da parte della volontà dell'organo rappresentativo di quella parte di società ammessa ad esprimere il proprio voto in fase elettorale.

In un ordinamento che, invece, come quello italiano, si fonda sul valore della democrazia, il principio di legalità si arricchisce di questa nuova ed ulteriore dimensione. E lo fa in maniera necessaria²⁰.

Accogliere il principio di legalità in un ordinamento democratico significa necessariamente attribuirgli anche la funzione di esprimere la volontà popolare e di condizionare al rispetto di essa l'esercizio del potere pubblico. Significa, ancora una volta, subordinare l'origine del potere alle decisioni dell'organo rappresentativo. Un organo che, però, in questo caso, è eletto su base democratica e rappresenta per intero una società multiforme e pluriclasse. A ben guardare, quindi, si tratta di far compiere ad un istituto storicamente fondato sull'espressione della volontà popolare quel salto evolutivo che diviene necessario nel momento della trasformazione dell'ordinamento in senso democratico. Così come nello Stato liberale la legalità divenne lo strumento dell'affermazione del primato della volontà della classe borghese, così nelle democrazie parlamentari si è fatta espressione della sovranità del popolo in tutte le sue componenti.

¹⁸ Proprio questo eccesso di fiducia trovò, poi, una conferma particolarmente amara nelle parole di Piero Calamandrei durante gli anni del totalitarismo, espressa dalle celebri parole: «nello stampo della legalità si può colare oro o piombo». Cfr. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Vol. II, Morano Editore, Napoli, 1966, p. 419.

¹⁹ Una posizione contraria all'individuazione di una necessaria convivenza del valore della legalità con quello della democraticità è fatta propria da M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia – Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione 20 – 22 settembre 2007*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 64 – 65, il quale afferma che il principio di legalità, da un punto di vista analitico, non ha nessun legame con il principio democratico e con quello della sovranità popolare. Un nesso con questi valori è certamente ravvisabile, ma la sua origine, storicamente determinata, è estranea ai valori della democraticità.

²⁰ Questa è la posizione di L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, voce in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XVIII, 1990, p. 5, secondo la quale la legalità è un principio essenziale nell'ottica della democratizzazione dell'Amministrazione, in quanto comporta che un apparato privo di legittimazione popolare ponga in essere solo quelle attività che sono espressione della volontà popolare di cui gli organi parlamentari sono i massimi interpreti. L'Autrice sostiene, peraltro, che la democraticità dell'azione amministrativa non vada letta solo nell'ottica della tutela e della garanzia degli interessi dei soggetti amministrati. Al contrario, il carattere democratico dell'Amministrazione deve connotare per intero l'attività di quest'ultima, anche laddove essa non coinvolga interessi pertinenti a soggetti terzi. E questo perché, in democrazia, ogni scelta che abbia un valore politico-discrezionale deve essere adottata dal popolo o dagli organi ad esso collegati. Il fondamento democratico della legalità è riconosciuto anche da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1980, p. 325 ss.

Se così non fosse, le garanzie offerte dal principio sarebbero assolutamente insufficienti a tutelare effettivamente la posizione dei privati. Questi, infatti, sarebbero costretti a subire le conseguenze (anche pregiudizievoli) di un potere il cui contenuto non è stato in alcun modo predeterminato dall'organo che, invece, li rappresenta.

Se, quindi, la legalità fosse intesa in un'accezione diversa (per esempio, come semplice esigenza dell'esistenza di una norma giuridica a monte, non promanante da un organo capace di esprimere la sovranità popolare), si avrebbe l'esercizio di un potere sfuggente rispetto alla garanzia dell'art. 1 della Costituzione. Quest'ultima diverrebbe, così, una scatola vuota, mero simulacro di un potere collocato altrove.

Infatti, se è vero che il principio di legalità è nato in un tipo di Stato insensibile ai valori della democraticità, è anche vero che anche in quello Stato la funzione legislativa è stata attribuita ad un organo altro rispetto a quello esecutivo ed eletto con metodo rappresentativo²¹. Questo depone nel senso che in un ordinamento che si è evoluto attraverso l'accoglimento del valore della democrazia, tale funzione di predeterminazione del potere pubblico non possa che spettare all'organo assembleare, rappresentativo del popolo tutto. Soltanto quest'organo, infatti, assicura che le decisioni siano prese all'esito del confronto dialettico tra la maggioranza e la minoranza, ovvero sulla base del dialogo e della concertazione tra tutte le forze che compongono la società²². In altri termini, non è dato rinvenire all'interno dell'ordinamento un altro organo o un'altra sede istituzionale che garantisca le medesime istanze di rappresentatività alle forze politiche e sociali che compongono la Nazione.

²¹ La concezione della legalità amministrativa è naturalmente mutata di pari passo anche con l'evoluzione del diritto amministrativo in generale. Se all'epoca della sua primigenia formulazione il principio si rivolgeva essenzialmente al sovrano, nel corso del tempo il suo principale referente diviene l'Amministrazione, intesa come apparato burocratico distinto rispetto all'organo politico dotato della funzione esecutiva. Un apparato che diviene assegnatario non di un mero potere di asettica attuazione della legge, ma della funzione di curare l'interesse pubblico, attraverso l'assunzione di decisioni che presentano margini di discrezionalità considerevoli. Su questi aspetti, v. diffusamente L. MANNORI - B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo* cit., p. 145 ss.

²² È, però, interessante dare conto delle posizioni di quanti ritengono, rifacendosi a posizioni giuseconomiche elaborate da autorevoli studiosi, che il concetto di democrazia non coincida necessariamente con l'adozione di una sistema politico fondato sul principio maggioritario. Al contrario, il ricorso spasmodico alla regola maggioritaria rischierebbe di dare origine ad una situazione di abuso delle forze di maggioranza nei confronti delle minoranze, ove queste ultime non fossero tutelate con l'approntamento di strumenti adeguati alla salvaguardia delle loro prerogative. In alternativa a tale modello ne viene, infatti, proposto uno non maggioritario (detto anche "madisoniano"), che presuppone, invece, la condivisione e la dispersione del potere attraverso l'incremento dei centri decisionali, funzionale, appunto, ad evitare l'esercizio tirannico della maggioranza. In questa prospettiva, pertanto, la legge perde il suo ruolo di pietra miliare del sistema e fondamento necessario del potere. Si rimanda, su questi punti, a A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000. Più ottimistica, rispetto al valore del principio di maggioranza, è, invece, la posizione di H. KELSEN, *La democrazia*, ed. Il Mulino, Bologna, 1984, p. 95 ss., che elogia la capacità del principio maggioritario-minoritario di condurre alla ricerca del compromesso e dell'accordo tra le componenti politiche degli opposti schieramenti, finendo per realizzare un processo di reciproco condizionamento. Evocando un linguaggio proprio della filosofia idealistica di Hegel, viene fatto riferimento al confronto tra le tesi e le antitesi, capace di condurre ad una sintesi, intesa, però, appunto, come compromesso politico e non come affermazione di una verità assoluta, necessariamente coincidente con l'interesse generale.

Questa è la ragione fondamentale per cui in un sistema retto dal principio della sovranità popolare la legalità non può esistere senza la democraticità²³.

A questo fondamento democratico corrisponde anche un certo modo di intendere il principio di legalità, un particolare valore semantico ad esso attribuibile, che ne mette bene in risalto la portata garantistica.

Astrattamente, le accezioni nelle quali si può declinare il principio sono tre²⁴.

La prima (legalità in senso debolissimo) implica unicamente che il potere amministrativo (sia esso di natura provvedimentale o regolamentare) non debba essere esercitato in contrasto con la legge.

La seconda accezione (legalità in senso debole) postula, invece, l'esistenza di un rapporto di compatibilità tra la legge e il potere pubblico, nel senso che il secondo deve poggiare su un fondamento legislativo che lo autorizzi.

La terza (legalità in senso forte), oltre a comportare la necessità che il potere poggi su un'espressa base legale, determina che la legge debba definire il contenuto stesso del potere, ovvero il suo oggetto, le modalità, i fini e i presupposti del suo esercizio²⁵. Deve, quindi, poter essere espresso sul potere esercitato un giudizio di conformità rispetto alla legge attributiva²⁶.

²³ Una conclusione coerente con l'impianto di fondo del pensiero di ID., *Essenza e valore della democrazia*, ed. it., trad. A. Carrino, Giappichelli, Torino, 2004, p. 20 ss., che pure mette in evidenza il carattere "ideologico" dell'attuazione del principio della sovranità popolare nelle moderne democrazie, che soffrono il filtro dell'istituzione parlamentare e non sono, pertanto, in grado di attuare una forma di democrazia pura. Lo stesso Autore riconosce, però, come il ricorso alla democrazia indiretta rappresenti una necessità politica. Si vedano, a questo proposito, anche le riflessioni compiute da A. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Diritto Pubblico*, II, 2005, p. 506 ss., che individua nella legge l'unico strumento idoneo a rappresentare ed esprimere la volontà popolare. Il primato della legge quale espressione della volontà del popolo tutto non implica, naturalmente, che l'amministrazione debba orientare la sua azione soltanto sulla base del dato legislativo. Incidono, infatti, sulla concreta conformazione del potere anche le fonti subordinate a quella legislativa, ove intervengano a disciplinare il potere, e, a maggior ragione, quelle sovraordinate, tra cui, in primo luogo, la Costituzione. Sul tema dei rapporti tra legge amministrativa e Costituzione si rimanda a S. VUOTO, *Principio di legalità della Pubblica Amministrazione e legge incostituzionale*, in AA. VV., *Il rispetto delle regole. Scritti degli allievi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 235 ss.

²⁴ Cfr., sul punto, R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Utet, Torino, 1994, p. 86.

²⁵ Alla lettura del principio di legalità in senso sostanziale aderisce da tempo anche la Corte Costituzionale, come dimostrato, tra le altre, dalla pronuncia n. 150 del 29/07/1982, in *Quaderni regionali*, 1982, p. 1011. Pronunciandosi su un ricorso proposto per conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni, la Consulta affermava, infatti, che «il ricorso all'atto amministrativo, come si atteggia nella specie, è giustificato solo se trova un legittimo ed apposito supporto nella legislazione statale, e concreta il disposto offerto a questo fine dalla previsione normativa, in relazione alle attività regionali che ne formano oggetto (...) Perché il principio di legalità sia salvaguardato nella sede che qui interessa, occorre pertanto un'ulteriore disposizione legislativa: la quale, in apposita considerazione della materia, che volta a volta esige l'intervento degli organi centrali, vincoli e diriga la scelta del governo, prima che questo possa, dal canto suo, indirizzare e coordinare lo svolgimento di poteri di autonomia».

²⁶ Cfr. anche N. BASSI, *Principio di legalità e i poteri amministrativi* cit., pp. 154 – 155; sugli stessi temi si veda anche A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1970, p. 89, che afferma che il potere regolamentare può essere esercitato dall'autorità che ne è investita soltanto nei modi e alle condizioni stabilite dalla legge. Interessante, sul punto, la posizione espressa da V. CRISAFULLI, *Lezioni di*

Va da sé che, nel momento in cui si riconosce al principio di legalità un valore democratico e garantista, non si possa che aderire alla terza delle soluzioni prospettate. Solo un principio di legalità che comporti la predeterminazione del contenuto del potere pubblico può rispondere alle esigenze garantistiche che gli sono proprie. In caso contrario, si finirebbe per lasciare l'Amministrazione libera di stabilire la regola applicabile al caso concreto e di ritenere il potere legittimo solo perché genericamente autorizzato e non espressamente in contrasto con altra disposizione legislativa²⁷. La garanzia sarebbe, quindi, unicamente quella della non contrarietà del potere rispetto alla normativa vigente.

Per questi motivi non possono essere condivise le posizioni di quanti limitano la portata della legalità al solo momento autorizzatorio e ritengono, cioè, che sia sufficiente che la legge attribuisca all'amministrazione un potere, senza, però, specificarne il contenuto²⁸.

diritto costituzionale II, L'ordinamento costituzionale italiano (le fonti), Cedam, Padova, 1971, p. 52 ss., il quale attribuisce al principio di legalità (inteso in senso meramente formale) la funzione di richiedere un fondamento legislativo al potere esercitato dall'autorità e di costituirne il limite negativo di esercizio. Spetterebbe, invece, alla riserva di legge individuare le materie in relazione alle quali la fonte normativa di rango primario deve altresì disciplinare la materia in modo sufficientemente preciso da limitare la discrezionalità dell'Amministrazione. Lo stesso Autore sostiene, però, che il principio della riserva di legge e quello di legalità tendono a sovrapporsi quasi interamente nel caso in cui quest'ultimo venga accolto nella sua accezione sostanziale.

²⁷ Questi profili sono bene messi in evidenza da L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)* cit., che sottolinea come la concezione della legalità come mera esigenza di autorizzazione del potere per via legislativa era propria degli ordinamenti statali fondati su una Costituzione flessibile. In essi il valore della legalità si rivelava evanescente e poroso, poiché non in grado di assolvere quelle funzioni garantistiche nei confronti dei cittadini che oggi gli sono proprie all'interno dell'ordinamento democratico. Sulla nozione di legalità in senso sostanziale e su che tipo di relazione tra la legge e il potere amministrativo implichi concretamente, si veda anche G. MORBIDELLI, *Ricordando Nicola Bassi, nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2, 2017, p. 264 ss.

²⁸ Queste posizioni poggiano generalmente su visioni "efficientistiche" dell'Amministrazione, in base alle quali un sistema caratterizzato dall'eccessiva presenza di norme costituisce un ostacolo al perseguimento delle finalità del quale il soggetto pubblico è incaricato. Questa è, infatti, la posizione di F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Reggio Calabria, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 41 ss., che ritiene che il principio di legalità trovi nell'ordinamento amministrativo italiano una declinazione morbida. L'Autore, sebbene riconosca che il potere dell'Amministrazione debba sempre rinvenire nella legge Parlamentare la fonte della propria legittimazione, afferma al contempo che la legge non può e non deve disciplinare compiutamente il contenuto del potere. Al contrario, all'amministrazione deve essere riservata una sfera di discrezionalità sufficientemente ampia da consentirle di provvedere alla miglior cura del pubblico interesse, tramite l'individuazione nel caso concreto del significato da attribuire alla norma attributiva del potere. Quindi, l'Amministrazione, nell'esercitare il potere, non compirebbe un'attività di attuazione del dettato normativo. Al contrario, realizzerebbe un completamento della norma, ponendo in essere un'attività che potrebbe definirsi propriamente "politica". L'Autore aggiunge, altresì, che il principio di legalità deve essere rappresentato non più attraverso lo schema "norma-atto-effetto", ma come semplice limite negativo, come non contraddizione dell'azione dei pubblici poteri rispetto al dettato della norma. Non dissimili le considerazioni di F. SATTÀ, *Il principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Cedam, Padova, 1969, pp. 17 - 243, il quale sottolinea come sia necessario che le esigenze di garanzia che sono sottese dal principio di legalità siano bilanciate con quelle dell'efficienza dell'attività amministrativa, in modo tale da evitare che l'Amministrazione risulti «schiacciata da leggi troppo analitiche». Per questo, accedendo ad una nozione ampia di legalità, ritiene che la legge ordinaria adottata dal Parlamento debba costituire la fonte necessaria di legittimazione del potere pubblico soltanto nelle materie che sono sottoposte a riserva di legge da parte della Costituzione. Una concezione debole del principio di legalità si ritrova anche in alcuni dei contributi più risalenti di Autori che si sono successivamente spostati verso posizioni più garantiste. È il caso, per esempio, di S. FOIS, *La riserva di legge*.

E l'adozione di questa prospettiva, informata ad una legalità che significa non solo compatibilità ma anche conformità del potere alla legge, è valida sia per i casi in cui il potere esercitato abbia natura provvedimentale (indipendentemente dall'effetto ampliativo o restrittivo prodotto dall'atto sulla sfera giuridica del destinatario²⁹), sia per i casi in cui abbia natura normativa e si esprima, quindi, attraverso i regolamenti dell'esecutivo o di altro organo investito di funzioni normative.

Per quanto concerne il potere provvedimentale, il principio di legalità è rispettato in maniera piena nel caso in cui la legge attribuisca all'Amministrazione un potere vincolato, il cui contenuto sia, cioè, già interamente predeterminato dalla stessa norma attributiva.

Nel caso dei poteri discrezionali, la garanzia in parola è realizzata in modo meno forte. Ciò non significa, però, che il potere discrezionale determini una frattura del principio di legalità. Al contrario, la titolarità di poteri discrezionali si rivela consustanziale alla nozione stessa di Pubblica Amministrazione quale organo dotato di poteri di cura del pubblico interesse³⁰, titolare di facoltà di scelta e competente ad adottare decisioni funzionali ad assicurare la migliore attuazione del pubblico interesse nel caso concreto. L'esigenza della legalità comporta unicamente che il potere attribuito all'amministrazione, nel rispetto e nella garanzia della titolarità di questo margine di scelta, sia predeterminato dalla legge nei suoi contenuti essenziali³¹.

Il potere regolamentare esercitato dagli organi dell'esecutivo o da altre autorità amministrative alle quali sia dalla legge conferito non si sottrae all'obbligo del rispetto della legalità.

Le ragioni che si pongono alla base di quest'affermazione sono molteplici e discendono dalla ricostruzione precedentemente effettuata sulla funzione del principio di legalità e sulle garanzie che esso reca con sé.

Infatti, se è vero che il potere regolamentare dell'esecutivo è qualcosa di diverso (in quanto contribuisce alla creazione della regola giuridica) rispetto al potere provvedimentale di cura in concreto del pubblico interesse, ciò non di meno esso configura una potestà il cui esercizio incide

Lineamenti storici e problemi attuali, Giuffrè, Milano, 1963, p. 87 ss., il quale manifestava una concezione del principio di legalità quale semplice autorizzazione legale del potere pubblico.

²⁹ Di opinione contraria era, invece, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 1970, p. 81, per il quale il rispetto del principio di legalità in senso sostanziale si imponeva solo nel caso di provvedimenti limitativi o estintivi delle situazioni giuridiche facenti capo ai destinatari.

³⁰ Cfr. A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Giuffrè, Milano, 1989, p. 86 ss., che si sofferma anche sul problema dei rapporti tra il principio di legalità e l'attività di completamento della norma che l'Amministrazione pone in essere nell'esercizio della sua discrezionalità. Si vedano, inoltre, le straordinarie intuizioni sul tema di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano 1993, p. 49 ss., il cui pensiero è stato più di recente ricostruito e approfondito da F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2000, p. 1149.

³¹ Sul punto si vedano, diffusamente, R. GUASTINI, *Legalità (principio di)* cit., p. 89; N. BASSI, *Poteri amministrativi di regolazione e principio di legalità nella recente giurisprudenza*, in E. FERRARI – M. RAMAJOLI – M. SICA, *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 286; S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio dell'imparzialità nell'amministrare*, in *Diritto amministrativo*, 1, 2008, p. 231.

sulla realtà e, quindi, sulle sfere giuridiche degli amministrati. È, invero, un potere che conforma le posizioni dei privati in maniera ancor più dirompente rispetto a quanto è in grado di fare il potere provvedimentale. Dalla natura normativa del regolamento discende, infatti, la sua capacità di dettare norme generali e astratte e, quindi, di innovare l'ordinamento giuridico³².

Da ciò deriva che, così come gli altri poteri pubblici, anche quello regolamentare deve essere posto e conformato dall'unica fonte dell'ordinamento espressiva del valore della democraticità³³.

Come si è avuto modo di evidenziare, infatti, la legalità non incarna unicamente la garanzia della sussistenza di una norma che disciplini il potere³⁴; al contrario, il nucleo pulsante della legalità risiede proprio nelle istanze di democraticità che essa reca con sé³⁵.

L'affermazione di un siffatto valore, quindi, ha determinato la progressiva erosione delle posizioni di quanti consideravano il potere normativo quale prerogativa consustanziale dell'esecutivo, preesistente ed autonomo rispetto a qualsiasi attribuzione legislativa³⁶.

Come nel caso dei poteri provvedimentali, d'altronde, anche per i regolamenti dell'esecutivo deve ritenersi che il vincolo della legalità non implichi che il potere regolamentare debba essere limitato all'esercizio di una mera funzione esecutiva della legge. Al contrario, il regolamento può assolvere una funzione di completamento ed integrazione del precetto, ma

³² A questo riguardo, anche per la ricostruzione del dibattito giurisprudenziale e dottrinale, si rimanda alle considerazioni svolte da M. RAMAJOLI – B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Diritto amministrativo*, 1 – 2, 2013, p. 55 ss.

³³ Cfr., sul punto, A. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico* cit., p. 507.

³⁴ Si esprime in senso contrario, come visto, L. PALADIN, *Il principio costituzionale* cit., p. 169, che, mettendo al centro del sistema il principio di uguaglianza, ritiene sufficiente la sussistenza di una norma a monte che disciplini il potere, a poco rilevando la sua natura legislativa o regolamentare.

³⁵ Cfr. L. CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento* cit., p. 20, che sottolinea anche che la subordinazione del potere regolamentare del governo al rispetto del principio di legalità risponde anche ad un'elementare esigenza di tutela giurisdizionale, che discende direttamente dall'articolo 113 della Costituzione. Infatti, se mancasse un parametro di raffronto in relazione al predetto potere, considerato che l'atto regolamentare non può costituire oggetto di sindacato costituzionale, verrebbero lese le esigenze di tutela dei destinatari. Questi sarebbero, infatti, privati di strumenti effettivi per far valere l'illegittimità dell'atto. La presenza della legge a monte, invece, consente di valutare la conformità dell'atto rispetto alla norma attributiva del potere. E nel caso in cui essa dovesse dare attuazione in maniera inadeguata al principio di legalità sostanziale, ricorrerebbero i presupposti per il sollevamento della questione di illegittimità costituzionale. Sul punto si rimanda anche a IDEM, *Legalità (principio di)* cit., p. 6.

³⁶ Sul punto è interessante il rinvio effettuato da ID., *Legalità (principio di)* cit., p. 3, alla disputa dottrinale tra Ranalletti (sostenitore della tesi della natura originaria del potere normativo dell'esecutivo) e Zanobini (che riteneva, invece, indispensabile che tale potere fosse attribuito da una legge. A questo riguardo si veda ancora IDEM, *Regolamento (dir. cost.)* voce in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 615, che dà conto delle posizioni di coloro che propugnavano la necessaria coincidenza tra il soggetto titolare del potere amministrativo di natura discrezionale e quello titolare del potere regolamentare e che sostenevano che il secondo non necessitasse di un'investitura legislativa ma, appunto, costituisse logico corollario della discrezionalità. In senso parimenti critico verso queste posizioni si esprime S. FOIS, *Legalità* cit., p. 29 ss., il quale confuta le tesi di quanti sostenevano che il potere regolamentare avesse una natura autonoma ed originaria, desumibile direttamente dall'articolo 87 della Costituzione. Una lettura che, secondo l'Autore, oltre che non trovare alcun riscontro nel dettato costituzionale, si poneva in contrasto anche con la concezione più morbida della legalità, quella della non contraddittorietà del potere rispetto alla legge.

deve farlo muovendosi all'interno di una cornice di principi definita dalla norma attributiva³⁷. In particolare, spetta alla legge l'adozione della scelta politica, intesa come bilanciamento tra interessi contrapposti presenti nella situazione oggetto di disciplina. All'atto normativo di secondo grado compete l'attuazione della normativa posta dalla legge o la sua integrazione, attraverso un intervento che si muova nel rispetto dell'assetto di rapporti definito dalla norma primaria³⁸.

Il legislatore italiano ha provveduto a dettare la disciplina dei regolamenti dell'esecutivo all'interno dell'articolo 17 della legge 23 agosto 1988 n. 400³⁹.

La norma ha dato vita ad un acceso dibattito dottrinale⁴⁰ perché, se sotto alcuni punti di vista ha dato attuazione ai principi esposti in precedenza, per altro verso ha introdotto disposizioni che sembrano comportarne la violazione.

L'articolo citato, nel delineare i contorni dei diversi tipi di regolamento che possono essere adottati dal governo, merita un approfondimento soprattutto in relazione alla categoria dei regolamenti di esecuzione e dei regolamenti indipendenti.

Per quanto concerne i primi, si ritiene che la norma introduca un'autorizzazione una volta per tutte al governo per l'adozione di regolamenti che comportino l'adozione di misure tecniche per l'esecuzione della legge. Pertanto, ogniquale volta sia necessaria l'emanazione di atti funzionali a garantire l'esecuzione di una legge, il governo può intervenire senza che sia necessaria di volta in volta un'espressa autorizzazione di quest'ultima.

³⁷ Si veda nuovamente A.M. SANDULLI, *L'attività normativa* cit., p. 30 ss., che fa riferimento al fatto che la legge costituisce il fondamento di ogni potestà pubblica, che esiste e può esistere solo nei limiti in cui prevista da una legge. L'autore sottolineava, inoltre, come, con il passaggio dallo Stato liberale allo Stato democratico e pluriclasse, come la funzione dei regolamenti fosse andata evolvendosi ed avesse assunto sfumature di maggiore complessità. Questa potestà normativa non era più considerata un completamente ed un prolungamento della legislazione parlamentare ed andava ad assumere funzioni ulteriori rispetto a quella di mera esecuzione delle leggi.

³⁸ Cfr., sul punto, N. BASSI, *Principio di legalità* cit., pp. 153 – 157, che effettua anche una distinzione concettuale tra legalità sostanziale e principio della riserva di legge, pur riconoscendo che i due concetti siano, per certi versi, talmente prossimi da sovrapporsi in molti punti.

³⁹ La norma, al comma 1, così dispone: «1. Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il parere del Consiglio di Stato che deve pronunciarsi entro novanta giorni dalla richiesta, possono essere emanati regolamenti per disciplinare: a) l'esecuzione delle leggi e dei decreti legislativi, nonché dei regolamenti comunitari; b) l'attuazione e l'integrazione delle leggi e dei decreti legislativi recanti norme di principio, esclusi quelli relativi a materie riservate alla competenza regionale; c) le materie in cui manchi la disciplina da parte di leggi o di atti aventi forza di legge, sempre che non si tratti di materie comunque riservate alla legge; d) l'organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni pubbliche secondo le disposizioni dettate dalla legge». Per un approfondimento sul tema dei regolamenti dell'esecutivo si rimanda a A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 602 ss.

⁴⁰ Per un commento alla legge citata, si rimanda a A. PIZZORUSSO, *Il potere regolamentare dopo la legge n. 400/1988*, in AV. VV., *Scritti per Mario Nigro*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 471 ss.; e a F. CERRONE, *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti. La tipologia dei regolamenti governativi nella l. n. 400 del 1988*, Giappichelli, Torino, 1991.

Il principio di legalità non sarebbe violato, perché l'atto normativo secondario non determinerebbe, in questo caso, l'introduzione di misure diverse ed ulteriori rispetto a quelle dettate a monte con la legge, ma darebbe unicamente luogo all'esecuzione di queste ultime. In altri termini, il regolamento non allargherebbe la disciplina dettata dalla legge⁴¹.

Va da sé che, nel caso in cui, invece, le disposizioni regolamentari riveleranno un'attitudine non meramente esecutiva ma anche integrativa della materia disciplinata dalla fonte primaria, l'assenza di un'espressa previsione all'interno di quest'ultima (atta a circoscrivere il contenuto della fonte secondaria) configurerebbe una violazione del principio di legalità⁴².

Ben più problematica, nell'ottica dell'attuazione del principio di legalità in materia regolamentare, si rivela, invece, la categoria dei regolamenti indipendenti⁴³. Quest'istituto, già noto al diritto italiano dagli anni '20 del secolo scorso⁴⁴, ha trovato cittadinanza anche nell'ordinamento costituzionale proprio grazie all'espressa previsione contenuta della legge in parola.

La dottrina ha storicamente fornito due definizioni di regolamento indipendente.

Secondo la prima, sarebbe indipendente quel regolamento che interviene in una materia non disciplinata dalla legge.

Per la seconda, rientrerebbe in questa nozione il regolamento utilizzato per dettare una certa disciplina (anche in materia già disciplinate dalla legge) in assenza di un'espressa autorizzazione legislativa. In questo caso, si è parlato anche di regolamento "*praeter legem*"⁴⁵.

Al di là della varietà delle ricostruzioni dottrinali, ciò che, però, bisogna domandarsi è se il potere regolamentare indipendente così come configurato dall'articolo 17, lettera c), della legge n. 400 del 1988, possa dirsi compatibile con il principio di legalità. La norma ha sostanzialmente dato attuazione alla prima delle ricostruzioni sopra citate.

⁴¹ Così, L. CARLASSARE, *Regolamento (diritto costituzionale)*, (voce) cit., p. 626 ss. Sul punto si veda anche G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità* cit., p. 273, che definisce i regolamenti esecutivi come atti normativi che «disciplinano aspetti strumentali o collaterali, utili per la quotidiana applicazione della legge».

⁴² Interessanti, sul punto, le considerazioni di L. CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento* cit., p. 12, la quale metteva in evidenza che questo rischio si celava, in particolare, dietro il tenore letterale dei regolamenti di attuazione ed integrazione di cui alla lettera b) dell'articolo 17. Infatti, applicando alla norma un'interpretazione letterale, si sarebbe dovuto attribuire al termine "integrazione" il significato di attività suscettiva di andare al di là del mero svolgimento dei principi contenuti nella legge di conferimento del potere regolamentare, con conseguente lesione del principio di legalità. La costituzionalità della norma sarebbe stata salva, invece, laddove i termini "attuazione" e "integrazione" fossero stati interpretati come un'endiadi. Questa seconda prospettiva è quella che poi è prevalsa.

⁴³ Sul punto veda G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie. Aspetti problematici*, Giuffrè, Milano, 1962; e L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966.

⁴⁴ La figura del regolamento indipendente era stata, infatti, già disciplinata ad opera della legge del 31 gennaio 1926, n. 100. Per ulteriori approfondimenti sul punto si rimanda alla lettura di A. LUCARELLI, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione della dottrina pubblicistica*, Cedam, Padova, 1995.

⁴⁵ Sulla citata distinzione, cfr., R. GUASTINI, *Legalità (principio di)* cit., p. 94.

La figura in esame risulta di difficile conciliabilità rispetto al principio qui analizzato.

Il regolamento indipendente, infatti, così come sinteticamente delineato nei suoi elementi costitutivi dalla legge poc'anzi citata, presuppone l'assenza di una normativa di rango legislativo all'interno della materia in cui interviene.

Ciò si pone in contrasto con la possibilità di ammettere che il principio di legalità nella sua accezione sostanziale sia rispettato⁴⁶. Questa particolare declinazione della legalità non può, come si è visto, identificarsi con la mera legittimazione del potere ad opera di una legge che, però, ometta di disciplinarne e delimitarne, anche solo in via di principio, l'oggetto e i contenuti essenziali, attraverso l'adozione della scelta politico-discrezionale. Se manca una predeterminazione dei contenuti del regolamento, la legalità sostanziale è violata. E non può ritenersi che tale predeterminazione possa avvenire, come nel caso del citato articolo 17, lettera c), per il tramite di una norma che si limiti ad autorizzare una volta per tutte l'adozione di questi regolamenti da parte del governo⁴⁷.

Il sistema brevemente tracciato, quindi, ci consegna l'immagine di una legalità amministrativa che costituisce, al contempo, fondamento e limite del potere amministrativo, sia provvedimentale che regolamentare. Un vincolo che rinviene nel valore della democraticità il suo ingrediente preponderante.

Quest'immagine, come si vedrà, sembra differire, proprio in relazione alla natura democratica, da quella della legalità nell'ordinamento amministrativo francese.

⁴⁶ Questa la posizione anche di L. CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento* cit., p. 21 ss. che, nello svolgere un'attenta analisi delle figure di regolamento dell'esecutivo disciplinate dalla legge n. 400/1998, prende posizione in modo critico anche rispetto alle posizioni di chi, ritenendo che il Parlamento e l'esecutivo rappresentino entrambi organi espressione della maggioranza, non consideravano il regolamento indipendente in contrasto con la concezione della legalità amministrativa quale principio intrecciato con il valore della democraticità. Di particolare interesse sono soprattutto i riferimenti alla contrapposizione tra sistema democratico maggioritario e consociativo.

⁴⁷ Ad analoghe conclusioni giunge anche S. FOIS, *Legalità (principio di)* cit., p. 692, il quale, pur muovendo da presupposti diversi (l'accoglimento di una nozione di legalità come «conformità formale»), afferma che la disciplina all'epoca vigente (quella contenuta nella legge n. 100 del 1926), per il fatto di contenere un'autorizzazione «una volta per tutte» all'emanazione di regolamenti indipendenti, non poteva essere considerata compatibile con il principio di legalità. Più aperta, invece, la posizione di A. LUCARELLI, *Contributo alla teoria del sistema delle fonti, ancora intorno al regolamento indipendente*, in *Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 3, 2019, p. 10 ss., che, pur aderendo alle posizioni maggioritarie che interpretano la legalità in senso sostanziale, ammette la possibilità della legittimità costituzionale di una legge che, pure attributiva di un potere regolamentare indipendente una volta per tutte, sia formulata in maniera tale da consentire un controllo effettivo sul suo contenuto ed a vincolare, quindi, l'esecutivo. Una posizione nettamente a favore della legittimità costituzionale dei regolamenti indipendenti è espressa, invece, da E. CHELI, *Poteri dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quaderni Costituzionali*, 1990, p. 63 ss. L'autore, in particolare, prende posizione rispetto alla tesi secondo cui la figura del regolamento indipendente contrasterebbe con il principio di legalità, ritenendo che, in realtà, tale principio, inteso in senso sostanziale, non trovi cittadinanza nell'ordinamento. Oltre a non essere espressamente previsto dalla Costituzione, la sua inoperatività nell'attuale contesto costituzionale andrebbe tratta dal fatto che la Carta fondamentale individua espressamente alcune materie sottoposte a riserva relativa di legge. Da ciò deriverebbe che in tutte le materie non espressamente indicate nulla osta ad un intervento autonomo della fonte regolamentare, in assenza di qualsivoglia abilitazione legislativa.

1.2. La legalità amministrativa nell'ordinamento francese.

Come è stato messo in evidenza *supra*⁴⁸, è stato in Francia che, a seguito di un complesso processo evolutivo di carattere sociopolitico, culminato, dapprima nella Rivoluzione e, dopo, nell'adozione della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo del 1789 e della Costituzione del 1791, ha avuto luogo la consacrazione di una prima forma del principio di legalità amministrativa. Un principio originariamente inteso come completa subordinazione dell'Amministrazione alla legge⁴⁹.

A dispetto di questo dato, tuttavia, va osservato che il principio ha subito all'interno dell'ordinamento transalpino un'evoluzione che lo ha condotto verso sentieri, per certi versi, distanti da quelli da esso percorsi nel diritto amministrativo italiano. Tanto che alcuni autori affermano da tempo che l'impiego del vocabolo «legalità»⁵⁰, con il suo naturale rimando al concetto di legge ordinaria, oramai mal si adatti a rendere l'idea del principio che governa i rapporti tra il potere pubblico e le fonti del diritto.

Per comprendere adeguatamente come questa evoluzione abbia avuto luogo, è bene prendere le mosse dal principale teorico della legalità francese della prima metà del XX secolo: Carré de Malberg⁵¹.

Questo autore, considerato uno dei principali esponenti del giuspositivismo francese⁵², aveva proposto una concezione della legalità che rispecchiava i caratteri del sistema ordinamentale a cui si riferiva: quello della Francia della III Repubblica, fondato sulla Costituzione del 1875⁵³. Quest'ultima, come la maggior parte delle Costituzioni europee dell'epoca, presentava una natura flessibile e, in quanto priva di un sistema di controllo di costituzionalità, identificava nella legge la principale fonte di produzione del diritto all'interno dell'ordinamento.

⁴⁸ Paragrafo § 1.

⁴⁹ Questa era la lettura data al principio da B. BARRÈRE, *Discours sur le respect dû à la loi*, 28 févr. 1791, *Archives parlementaires*, t. 23, p. 575, che nel sottolineare il valore della legge come espressione della volontà del popolo sovrano, limitava l'Amministrazione ad un ruolo di mera esecuzione del dato legislativo, escludendo completamente la possibilità di esercitare poteri discrezionali.

⁵⁰ Si veda, a questo proposito, G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1949, p. 118, che ritiene più corretto l'utilizzo di espressioni come quelle di «principio di normatività» o «principio di giuridicità». Questa posizione è successivamente ripresa da L. FAVOREAU, *Légalité et constitutionnalité*, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 3, 1997, p. 74.

⁵¹ L'opera principale dell'Autore, *Contribution à la théorie générale de l'état : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920, rappresenta uno degli scritti fondamentali del secolo scorso sulla legalità amministrativa nell'ordinamento francese.

⁵² Rispetto a questa lettura si veda, in senso contrario, M. GALIZIA, *Il "positivisme juridique" di Raymond Carré de Malberg*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, 335 ss.

⁵³ La fase della III Repubblica è particolarmente significativa per comprendere il ruolo della legge parlamentare all'interno dell'ordinamento francese, in quanto ha comportato una restaurazione dei valori della rivoluzione del 1789, letti attraverso una lente di ancor più entusiastica esaltazione della legge quale espressione del volere del popolo sovrano. Per un maggiore approfondimento su questi profili, si veda E. QUINART, *Le pouvoir réglementaire, hantise républicaine*, in *Droits*, 2, 2020, p. 130 ss.

La sua concezione di legalità presentava connotati marcatamente formalistici, in quanto la sottomissione dell'amministrazione alla legge discendeva dalla supremazia dell'organo Parlamentare su quello esecutivo. Ne scaturiva l'impossibilità per il secondo di adottare spontaneamente atti regolamentari che non fossero stati previamente autorizzati dall'organo assembleare. Ciò non escludeva, però, che il Parlamento stesso, nell'esercizio del proprio potere espressivo della volontà generale del popolo, potesse anche concedere all'esecutivo un'ampia autorizzazione ad adottare atti regolamentari, senza predeterminarne, neanche per principi, il contenuto⁵⁴.

Si trattava di una lettura gerarchico-formale, quindi. Una visione in base alla quale anche un atto normativo diverso e subordinato alla legge, solo per il fatto di essere stato autorizzato da quest'ultima, avrebbe potuto legittimamente innovare l'ordinamento giuridico. Più che di una legalità in senso sostanziale si trattava, quindi, di una legalità formale⁵⁵.

Già a partire dall'entrata in vigore della Costituzione del 1946, tuttavia, tra gli studiosi matura un approccio diverso al tema della legalità amministrativa e dei rapporti tra norma e potere pubblico⁵⁶.

Si tratta di un approccio figlio di una disillusione nei confronti di un sistema costituzionale fondato sulla legge e sulla sua infallibilità, nonché dell'esigenza di svincolare il potere esecutivo da quel rapporto di completa subordinazione al Parlamento, che lo aveva caratterizzato nelle epoche precedenti⁵⁷.

Matura in questa fase, al contrario, il convincimento che la legge sia solo una fonte tra le altre all'interno dell'ordinamento (benché ancora dotata di un ruolo di primo piano) e che, quindi, i poteri pubblici siano vincolati

⁵⁴ Questo è quanto emerge da R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, 1931, trad. it. M. C. SPECCHIA, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 119- 121, 127, il quale afferma che occorre il superamento della teoria della rigida separazione dei poteri elaborata da Montesquieu. Non si può più ritenere che l'esecutivo non possa esercitare un potere normativo. Ciò che va escluso è che l'esecutivo, in quanto organo costituzionale non rappresentativo, disponga di un potere normativo originario ed autonomo. Ne discende che la sua potestà regolamentare necessita sempre di un'investitura, di un'autorizzazione del Parlamento. Ma, ove quest'autorizzazione vi sia, il potere regolamentare è da ritenere perfettamente legittimo e può intervenire in qualunque materia, poiché la Costituzione del 1875 non effettua una ripartizione *ratione materiae* dei poteri normativi dell'esecutivo e del Parlamento, ma unicamente una suddivisione in senso gerarchico delle loro prerogative.

⁵⁵ Il carattere formale della legalità così concepita si accompagnava, però, come visto, ad una natura marcatamente democratica del principio, saldamente legato alla volontà generale del popolo da esso espressa.

⁵⁶ E ciò sebbene anche nel vigore di questa Costituzione il rapporto di subordinazione della legge alla Costituzione fosse nella sostanza meramente teorico, come evidenziato da G. VEDEL – P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, Tome I, Paris, PUF, 1990, p. 50. Gli autori sottolineano, infatti, che, benché sotto la IV Repubblica fosse stato istituito un controllo di costituzionalità delle leggi, questo era limitato all'accertamento di vizi procedurali riguardanti le competenze delle due Camere. Non si traduceva mai, invece, in un controllo sul contenuto delle leggi.

⁵⁷ Quest'esigenza emerge chiaramente dalla lettura dei lavori preparatori alla Costituzione del 1958. Si veda J.L. PÉZANT, *All'origine della distinzione tra competenze legislative e regolamentari nella Costituzione francese della Quinta Repubblica*, in *Quaderni Costituzionali*, 1990, I, p. 93 ss.

non solo al rispetto di essa, ma anche all'osservanza di ulteriori regole giuridiche, altrimenti individuabili.

Emerge, così, una lettura ancora diversa del principio di legalità rispetto a quella fatta propria da Carré de Malberg e che troverà conferma (e, in un certo qual modo, un rafforzamento) anche nel vigore della Costituzione del 1958. Si tratta di una legalità intesa come subordinazione del potere amministrativo al diritto, globalmente inteso. Ovvero, come subordinazione del potere all'insieme delle norme giuridiche ad esso applicabili, indipendentemente da quale gradino della gerarchia delle fonti occupino⁵⁸. Ecco perché alcuni autori, più che di principio di legalità, preferiscono discutere di «principio di costituzionalità»⁵⁹, proprio per sottolineare il fatto che la subordinazione dell'Amministrazione non è solo nei confronti della legge, ma di tutte le fonti dell'ordinamento costituzionale, tenuto conto, naturalmente, della posizione gerarchica occupata da ciascuna di esse.

Si tratta, quindi, di una concezione che se, da un lato, offre sicuramente ampie garanzie di controllo sul potere esercitato (attraverso l'estensione del numero fonti da considerare nel valutarne la legittimità e la subordinazione della legge alla Costituzione), dall'altro, dimostra la quasi totale assenza di riferimenti a quel valore di democraticità che costituisce il tratto distintivo della legalità amministrativa italiana⁶⁰.

È, allora, una legalità che fa proprie le funzioni legate alla certezza del diritto (intesa come predeterminazione della base normativa sulla quale il potere si fonda) e alla separazione dei poteri. Non anche alla democraticità dell'ordinamento.

Si è passati da una fase in cui la legge era considerata il motore principale dell'intero ordinamento giuridico ad una in cui, invece, è ritenuta solo una delle tante fonti dell'ordinamento che, benché sovraordinata rispetto a quelle diverse dalla Costituzione e dalle fonti del diritto

⁵⁸ Questa lettura del principio di legalità emerge anche dalle letture più recenti. Sul punto si rimanda, per tutti, a B. PLESSIX, *Le principe de légalité en droit administratif français*, in *RFDA*, 2022, p. 206, il quale ne mette in evidenza, soprattutto nella sua concezione più pura, la valenza di regola che assicura al cittadino la garanzia dell'esistenza di un quadro normativo di riferimento che vincoli e limiti il potere pubblico prima del suo esercizio.

⁵⁹ Si veda, per tutti, L. FAVOREAU, *Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Mélanges Eisenmann*, 1974, p. 33.

⁶⁰ Il valore democratico del principio di legalità emerge dalle considerazioni di D. LOCHACK, *Principe de légalité. Mythes et mystifications*, in *L'actualité Juridique. Droit administratif*, Dalloz, 1981, p. 387, la quale, però, lo analizza in una prospettiva di desacralizzazione e di demistificazione. L'autrice ritiene, infatti, che quella della sottomissione dell'azione amministrativa al diritto e, in particolare, alla legge sia ormai niente più che una pia illusione. Nella realtà dei fatti le regole poste dalla legge (della quale pure viene rimarcata la valenza democratica come fonte espressiva della volontà generale) non sono altro che una cornice che esercita sugli amministratori una mera funzione di orientamento e di indirizzo. L'amministrazione agirebbe secondo una certa libertà, potendo essa stessa, di volta in volta, fissare da sé tanto le regole relative alla sua organizzazione interna, quanto quelle applicabili nei rapporti con gli amministrati.

internazionale, non ricopre più il ruolo cardinale che le era riconosciuto in precedenza⁶¹.

I rapporti tra il potere pubblico e la legge subiscono, allora, quanto meno in una fase iniziale, una trasformazione⁶². È tale trasformazione nel modo di intendere i loro rapporti riguarda tanto l'esercizio di poteri a carattere provvedimentale⁶³, quanto di poteri di natura regolamentare.

Con riferimento al potere regolamentare, in particolare, la Costituzione del 1958 ha introdotto alcune fondamentali novità che devono necessariamente essere esaminate. Ciò in ragione del profondo riassetto dei rapporti di potere a livello normativo che essa ha determinato tra il Parlamento e l'esecutivo⁶⁴.

⁶¹ Anche nella più recente manualistica di diritto amministrativo si mette in evidenza come l'originaria concezione della legalità abbia nelle epoche più recenti subito un ridimensionamento e venga intesa in un'accezione più larga. La stessa manualistica tende a definire la legalità come un principio che, più che conformarlo, limita il potere amministrativo. Per tutti, si veda B. SEILLER, *Droit Administratif II, L'action Administrative*, Flammarion, Paris, 2016, p. 237.

⁶² Il diverso modo di intendere il rapporto tra la legge e il potere pubblico si coglie in maniera cristallina nelle riflessioni di C. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Etudes et Documents du Conseil d'État*, 1957, p. 25 ss., considerato uno dei massimi teorici della legalità amministrativa. L'autore si esprime in modo fortemente critico nei confronti degli studiosi suoi contemporanei che si sono interessati al tema della legalità amministrativa. Egli ritiene, infatti, che la concezione della legalità come subordinazione dell'azione amministrativa non solo alla legge ma a tutte le regole di diritto ad essa astrattamente applicabili si riveli, in realtà, una formula vuota, priva di un vero significato. Dichiarò, quindi, di abbracciare la concezione originale, pura, della legalità amministrativa, intesa proprio come subordinazione del potere pubblico alla legge parlamentare. Nella ricostruzione dell'Autore acquistano, però, rilevanza altre due considerazioni. In primo luogo, egli lega il valore della legalità intesa in questo senso non alla democraticità ma a quello della prevedibilità. La legalità è un valore perché consente al destinatario del potere pubblico di conoscere in anticipo quale potrà essere l'azione del soggetto pubblico e gli effetti da questa prodotti. In secondo luogo, nel distinguere le tipologie di relazioni tra la legge ed il potere (identificandole nella mera compatibilità e nella vera e propria conformità), Eisenmann esclude che il rapporto di conformità si attagli ai rapporti tra la legge ed il regolamento, ancorché meramente esecutivo. In altri termini, rispetto agli atti normativi dell'esecutivo non può essere effettuato un giudizio di conformità di essi rispetto alla legge, posto che i primi sono naturalmente destinati a recare un contenuto che, in quanto complementare, non può ritenersi predeterminato per via legislativa. Tra gli studiosi ai quali Eisenmann ha rivolto le proprie considerazioni critiche vi è anche Georges Vedel, uno dei massimi teorici del diritto amministrativo francese. Proprio Vedel offre una concezione alquanto larga della nozione di esecuzione delle leggi, della quale sarebbe incaricata il governo. In G. VEDEL – P. DELVOLVÉ, *Droit Administratif* cit., p. 29, l'Autore, rifacendosi a due risalenti pronunce del Consiglio di Stato, afferma che la funzione esecutiva della quale è investito il governo non si identifica nella mera attuazione di ogni legge «parola per parola» in maniera pressoché meccanica e ripetitiva. Essa implicherebbe, invece, più in generale, la funzione di assicurare la conservazione dell'ordine pubblico e il funzionamento dei servizi. Si tratta di una nozione che, quindi, riconosce al governo e all'Amministrazione funzioni che esorbitano dalle prerogative loro espressamente attribuite dal dettato normativo.

⁶³ Con riferimento all'esercizio di tali poteri (in particolare quelli di carattere discrezionale) e al rapporto tra questi e le norme giuridiche ad essi applicabili, si veda P. SERRAND, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente*, in *Revue de droit public*, IV, 2012, p. 901, particolarmente interessante anche per l'analisi dell'ampiezza del sindacato giurisdizionale sui poteri discrezionali.

⁶⁴ Cfr., sul punto, J. L. PÉZANT, *All'origine della distinzione tra competenze legislative e regolamentari nella Costituzione francese* cit., p. 93 ss., che mette in evidenza come i lavori preparatori del gruppo di lavoro nominato dal Guardasigilli siano stati animati dal convincimento circa la necessità di pervenire ad un riassetto dei rapporti tra Parlamento e governo, eccessivamente sbilanciati in favore del primo durante la IV Repubblica. In particolare, la maggior parte dei componenti del gruppo di lavoro, tra cui Raymond Janot, riteneva essenziale pervenire ad una chiara definizione delle competenze legislative e regolamentari. Alle seconde, in particolare, avrebbe dovuto essere riconosciuta una funzione residuale.

Il testo Costituzionale ha, infatti, ripartito la potestà normativa, prima attribuita in via esclusiva al Parlamento, tra l'organo rappresentativo stesso e l'esecutivo.

Ha attribuito la competenza legislativa al primo in una serie di materie espressamente elencate all'interno dell'articolo 34 ed ha riservato alla fonte regolamentare dell'esecutivo, tramite la previsione contenuta nell'articolo 37, la disciplina di tutte quelle non espressamente riservate al Parlamento dall'articolo precedentemente citato⁶⁵.

In questo modo, l'esecutivo è risultato titolare, oltre che della tradizionale competenza normativa secondaria che si esprime con i regolamenti di esecuzione (che continua ad appartenergli in base all'articolo 21 del testo costituzionale), anche di una potestà regolamentare autonoma. Una potestà, cioè, che può essere esercitata in materie riservate in via esclusiva alla sua competenza (materiale)⁶⁶ e rispetto alle quali, pertanto, non si pone la necessità dell'intervento di una previa legge di abilitazione.

La modifica, dettata soprattutto da esigenze politiche di ridimensionamento della centralità del ruolo dell'organo parlamentare nei rapporti tra gli organi costituzionali e di rafforzamento di quello dell'esecutivo, denotava un evidente indebolimento del ruolo della legge parlamentare nel nuovo contesto costituzionale francese. Il sistema delle fonti prima rigidamente fondato sulla preminenza della legge (subordinata alla Costituzione ma, nel concreto, fortemente autonoma nel compimento delle scelte di politica legislativa) aveva, così, subito un apparente scossone ed un parziale riassetto di gerarchie.

Va detto, tuttavia, che nel corso dei decenni intercorsi tra la data dell'entrata in vigore della Costituzione ed il presente i rapporti tra legge e regolamento autonomo sono stati ridimensionati soprattutto dal *Conseil Constitutionnel*, che ha progressivamente eroso quel rapporto di perfetta equiordinazione tra le due fonti che il testo costituzionale sembrava aver sancito⁶⁷.

⁶⁵ Per alcuni commenti della nuova competenza regolamentare attribuita all'esecutivo dalla Costituzione del 1958 e dei suoi rapporti con la legge si rimanda alla lettura di J. DE SOTO, *La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958*, in *RDP*, 1959, p. 240; e di M. WALINE, *Les rapports entre la loi et le règlement*, in *RDP*, 1959, p. 699.

⁶⁶ Una competenza che, peraltro, gli avrebbe consentito, in base all'articolo 37, comma 2, della stessa Carta costituzionale, di abrogare o modificare le leggi emanate prima del 1958 in materie ora riservate alla competenza esclusiva del regolamento.

⁶⁷ La ricostruzione del percorso che ha condotto la giurisprudenza costituzionale a ridefinire progressivamente l'assetto dei rapporti tra la legge ed il regolamento autonomo è accuratamente effettuata da J. L. PÉZANT, *Loi/règlement, la construction d'un nouvel équilibre*, in *Revue française de science politique*, 4-5, 1984, p. 922 ss. Viene messo in evidenza, in particolare, come il *Conseil Constitutionnel* abbia escluso nel corso del tempo che l'ambito materiale di intervento della legge possa essere circoscritto *a priori*. Al contrario, la competenza della fonte legislativa, sotto questo punto di vista, non può essere in alcun modo limitata. Essa ha per sua natura un carattere generale e la dimostrazione di ciò risiederebbe nel fatto che i poteri riconosciuti al governo per la contestazione dell'invasione da parte della legge dell'ambito materiale apparentemente riservato alla fonte regolamentare non sono mai di fatto utilizzati. Si è assistito, quindi, alla graduale affermazione di una Costituzione materiale che esclude l'esistenza di settori e materie dell'ordinamento che possano considerarsi precluse alla legge e riservate al regolamento. In secondo luogo, l'Autore sottolinea che anche a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione della V Repubblica, la

Si è assistito, in altri, termini, tramite le pronunce della giurisprudenza del giudice costituzionale, ad una riappropriazione da parte della legge del proprio ruolo egemonico tra le fonti del diritto, a scapito del regolamento autonomo⁶⁸.

Ciò non toglie, però, che la categoria dei regolamenti dell'esecutivo si sia arricchita di una nuova figura che, sebbene ridimensionata nella sua portata applicativa, presenta dei caratteri propri e che erano stati fino al 1958 inediti per l'ordinamento francese⁶⁹.

Accanto alla figura del regolamento autonomo, continua a mantenere la sua centralità l'istituto del regolamento esecutivo.

Questo è un regolamento che il Primo Ministro o il Presidente della Repubblica, in base all'articolo 21 della Costituzione, possono adottare per assicurare l'esecuzione della legge. Ed è un potere di portata così generale che la dottrina maggioritaria ritiene che non sia necessaria un'espressa abilitazione da parte della legge per la sua adozione. Al contrario, può essere esercitato in tutti i casi in cui si riveli necessario ad assicurare l'attuazione del dettato normativo⁷⁰.

Proprio per questo motivo rivela un particolare interesse rispetto alla problematica dell'implementazione della legalità nel diritto amministrativo francese. Infatti, le ricostruzioni della dottrina e della giurisprudenza non

natura del regolamento rimane comunque quella di una fonte subordinata, come dimostrato dalla sua perdurante sottoposizione (anche in veste di regolamento autonomo) al ricorso amministrativo volto a contestarne la legittimità. M.H. FABRE, *La loi expression de la souveraineté*, in RDP, 1979, I, p. 341 ss., sottolinea come, nella prassi interpretativa del *Conseil Constitutionnel*, il dominio materiale della legge non sia stato interpretato in senso restrittivo, al contrario di quello del regolamento. In altri termini, la Costituzione del 1958 non avrebbe elencato all'art. 34 le materie al di fuori delle quali la legge non potrebbe intervenire, ma quelle all'interno delle quali il regolamento non può dettare alcuna disciplina in modo autonomo (rimanendo, invece, salva la competenza all'adozione dei regolamenti esecutivi di cui al precedente articolo 21). L'Autore sostiene che l'assetto attuale delle competenze di Parlamento ed esecutivo mostri una certa fragilità, legata agli equilibri politici che coinvolgono i due organi. Infatti, un'eventuale conflittualità politica tra le due istituzioni potrebbe indurre l'esecutivo a fare uso di alcune garanzie previste dalla Costituzione a protezione della competenza regolamentare che fino ad oggi non sono state azionate (come quelle previste dagli articoli 41 e 61).

⁶⁸ Le ragioni storico-politiche di questo riassetto dell'ordinamento intorno allo schermo della legge sono ben evidenziate da E. QUINART, *Le pouvoir* cit., p. 129, che mette in rilievo il fatto che il potere dell'esecutivo avesse conosciuto nel corso del XX secolo un robusto rafforzamento, dovuto alle trasformazioni che lo Stato stava conoscendo, che imponevano un'azione rapida e tecnicamente specializzata. Questo aveva condotto alla formalizzazione nella Costituzione del 1958 di questa nuova centralità dell'esecutivo. Tuttavia, proprio questa formalizzazione ha prodotto una sensazione di paura e di pericolo all'interno degli stessi ambienti giurisprudenziali ed accademici che avevano favorito il suo rafforzamento negli anni precedenti. Un effetto, quest'ultimo, legato al tradizionale senso di timore che storicamente, a partire dal 1789, caratterizza l'ordinamento francese rispetto a forme di esercizio del potere che si fondano su un eccessivo accentramento del potere decisionale nelle mani di una maggioranza.

⁶⁹ Cfr., a questo riguardo, M. CARON, *Les règlements autonomes existent... en droit gouvernemental*, in AJDA, 2021, p. 375, che mette in evidenza come nell'ordinamento francese esistano dei "santuari" che effettivamente rientrano nelle materie di competenza esclusiva del regolamento autonomo. Tra queste va incluso il diritto governamentale, inteso come quella branca del diritto che attiene alla regolamentazione dell'organizzazione, delle funzioni e delle procedure degli organi del governo. Di particolare interesse è anche l'osservazione secondo cui nella categoria del regolamento autonomo non rientrerebbero soltanto quegli atti adottati sulla base dell'articolo 37 della Costituzione, ma anche quelli che, pur in forma diversa, ne mutuino i caratteri fondamentali.

⁷⁰ Come specificato anche da V. LASSERRE, *Loi et règlement – Définition, caractéristiques et typologies des lois et des règlements*, in *Répertoire de droit civil*, juillet 2015, p. 60.

seguono un orientamento univoco nel tracciarne i contorni e nel definire l'ampiezza che i contenuti dell'atto possono assumere⁷¹.

Un'attenzione particolare va prestata, a questo proposito, alle posizioni di quanti in dottrina hanno ritenuto che il potere di esecuzione della legge non vada inteso in senso letterale e limitativo⁷². Al contrario, questo potere, al di là di quale sia il tenore letterale della legge di abilitazione, comprenderebbe la legittimazione dell'esecutivo ad adottare tutte le misure normative che si rendano necessarie all'attuazione della legge ed al miglior esercizio dell'azione amministrativa. Un potere, quindi, ben più ampio di quello che lascerebbe immaginare la lettera dell'articolo 21 della Costituzione⁷³.

⁷¹ Interessante, a questo riguardo, la posizione di L. FAVOREAU, *Les règlements autonomes n'existent pas*, in *RFDA*, 1987, p. 871 ss. L'Autore esclude primariamente che la categoria dei regolamenti autonomi possa considerarsi gerarchicamente equiordinata rispetto a quella delle leggi parlamentari. Al contrario, come sarebbe dimostrato da una consolidata giurisprudenza costituzionale ed amministrativa, il regolamento adottato sulla base dell'art. 37 della Costituzione dovrebbe sempre rispettare la legge. Si tratterebbe, quindi, di una fonte secondaria e subordinata a quella legislativa, abilitata a svolgere una funzione meramente esecutiva rispetto alla disciplina dettata dalla fonte sovraordinata. Si fa riferimento, infatti, alla differenza tra la «messa in causa» della disciplina (spettante alla legge) e alla «messa in opera» (di competenza regolamentare). Il regolamento di cui all'articolo 37, quindi, non avrebbe una natura diversa rispetto a quello esecutivo di cui all'articolo 21 della Costituzione. È interessante notare, però, che, nell'effettuare questa ricostruzione, l'Autore afferma che il tipo di sindacato giurisdizionale sul regolamento (sia autonomo che esecutivo) dipende dai suoi rapporti con la legge. Così, si avrà unicamente un controllo di costituzionalità (che sembra essere limitato ai casi di sconfinamento del regolamento in materie riservate alla legge e per le quali il primo non abbia ricevuto espressa abilitazione) nei casi in cui il contenuto dell'atto regolamentare sia determinato in modo generico dall'atto legislativo; il controllo andrà, invece, effettuato in relazione alla legge nel caso in cui quest'ultima presenti un contenuto sufficientemente determinato. Questa precisazione lascerebbe intendere che, nella ricostruzione dell'Autore, il contenuto della legge può anche essere relativamente indeterminato. Se così fosse, il regolamento esecutivo andrebbe a svolgere non un ruolo di mera esecuzione del dettato legislativo, ma di vera e propria integrazione e completamento.

⁷² Si rivela di particolare interesse, a questo riguardo, la lettura di G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, LGDJ, Paris, 2006, p. 450 ss., che, nell'effettuare una distinzione tipologica tra i rapporti che possono esistere tra le diverse norme di abilitazione, riconduce quelli tradizionali alle categorie della conformità e della compatibilità. Quest'ultimo tipo di rapporto, che si fonda essenzialmente sul rispetto del principio di non contraddizione da parte della norma abilitata nei confronti delle fonti sovraordinate applicabili nella stessa materia o all'oggetto della sua disciplina, è lo stesso che si instaura tra la legge parlamentare e il regolamento esecutivo del Primo Ministro. A quest'ultimo viene riconosciuto un vero e proprio potere di sviluppo del contenuto del dato normativo, non limitato alla sua mera applicazione.

⁷³ Sul punto si rimanda a G. VEDEL – P. DELVOLVÉ, *Droit Administratif*, cit., p. 29. Si vedano anche le considerazioni di B. FAURE, *La crise du pouvoir réglementaire: entre ordre juridique et pluralisme institutionnel*, in *AJDA*, 1998, p. 547 ss., il quale, riprendendo le considerazioni svolte dallo stesso Vedel, afferma che la crisi del potere regolamentare che molti autori lamentano sia, in realtà solo apparente e legata al modo di intendere il potere in parola. Secondo l'Autore, infatti, è errato ritenere che la missione di esecuzione della legge (della quale è investito tale potere) vada compiuta attraverso una meccanica attività di attuazione del dato normativo. Al contrario, essa implica anche l'esercizio di un potere di tipo creativo, che si allontana dagli angusti margini tracciati dall'atto legislativo e si estende a tutti quei profili rispetto ai quali si renda necessaria un'opera attuativa in senso largo. Si tratta della teoria dei poteri regolamentari impliciti, in base alla quale, quindi, le autorità investite del potere regolamentare sarebbero legittimate a realizzare una funzione di esecuzione della legge intesa in un senso globale, caratterizzata dal riconoscimento di margini di discrezionalità e di autonomia di una certa ampiezza. In questa prospettiva, la legge viene intesa unicamente come un limite del potere regolamentare, e non anche come il suo necessario fondamento. Si vedano anche le considerazioni di IDEM, *Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires*, in *Cahiers du conseil constitutionnel*, 19, 2006, p. 119. In questo caso, nell'evidenziare l'ampiezza del potere regolamentare delle collettività locali e nell'attribuire ad esso un'attitudine anche integrativa del dettato legislativo, l'Autore lo mette in concorrenza con il potere regolamentare dell'esecutivo discendente dall'art. 21 della Costituzione.

Anche la giurisprudenza ha in più occasioni dimostrato di aderire a questa prospettiva, riconoscendo all'esecutivo un potere regolamentare dotato di una certa ampiezza e di proprietà creative⁷⁴.

Questa prospettiva deporrebbe, quindi, per una visione più morbida (rispetto a quella fatta propria dall'ordinamento italiano) del principio di legalità amministrativa, che non sarebbe preclusivo per l'autorità titolare del potere regolamentare di un proprio autonomo spazio di intervento, al di là dei confini tracciati dalla norma di rango legislativo.

Un ulteriore dato a conforto di questa ricostruzione sembra potersi trarre anche dagli orientamenti che sono emersi in relazione alla *querelle* sull'ampiezza dei poteri regolamentari delle autorità amministrative indipendenti.

Il potere regolamentare di questi organismi, come si vedrà meglio più avanti⁷⁵, ove conferito loro dalle leggi istitutive o da altre leggi adottate nelle materie di loro competenza, è stato delimitato con una certa precisione da parte del *Conseil Constitutionnel*. Il supremo organo di giustizia costituzionale ha, cioè, stabilito che tali attribuzioni possano essere considerate costituzionalmente legittime solo se i poteri conferiti siano precisamente delimitati, in rapporto tanto al campo di applicazione quanto al contenuto⁷⁶.

La pronuncia, che secondo la dottrina maggioritaria è stata guidata da un'esigenza di tutela del legicentrismo che storicamente caratterizza l'ordinamento francese⁷⁷, è, però, interessante perché, attraverso la delimitazione dei poteri regolamentari delle AAI, consente di cogliere alcuni dei connotati del potere regolamentare del Primo Ministro⁷⁸. In altri termini,

⁷⁴ Si veda, a questo proposito, *Conseil d'État*, 21.07.1989, n. 98889, in *AJDA*, 6, 1991, p. 469. La pronuncia ha avuto ad oggetto un regolamento dell'esecutivo emanato in una materia concernente le libertà pubbliche dei cittadini (riservata alla competenza legislativa esclusiva, sulla base dell'articolo 34 della Costituzione). Con riferimento a determinati profili della materia, il regolamento è intervenuto dettando una disciplina non meramente attuativa del dettato legislativo, ma direttamente creativa. Ha, cioè, direttamente posto le regole applicabili, in assenza di una previa definizione dei principi da parte della legge. Il Consiglio di Stato ha, ciò non di meno, ritenuto che l'atto regolamentare non presentasse profili di incostituzionalità, e gli ha riconosciuto l'attitudine a dettare la disciplina della materia in tutti i casi in cui non vi abbia già provveduto direttamente la legge, in modo tale da assicurare la tutela delle libertà dei soggetti coinvolti e, conseguentemente, l'applicazione della legge stessa. Nella pronuncia in esame al potere regolamentare viene attribuita, infatti, una funzione di tipo suppletivo rispetto alla fonte di rango primario, tale da abilitarlo a dettare la disciplina nell'attesa dell'intervento integrativo del legislatore.

⁷⁵ Si rimanda a *infra*, Capitolo II, paragrafo § 2.4.

⁷⁶ Il riferimento è alle sentenze n. 88-217 del 18 settembre 1986 e n. 88-248 del 19 gennaio 1989. In particolare, nella seconda pronuncia il *Conseil Constitutionnel* ha affermato che nulla osta al conferimento da parte della legge di una potestà regolamentare ad un'autorità diversa da quella statale (Primo ministro e Presidente della Repubblica). Tuttavia, questo può avvenire a patto che «*cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu*».

⁷⁷ Questo profilo è messo in evidenza da A. HAQUET, *Le pouvoir réglementaire des Autorités Administratives Indépendantes*, in *RDP*, 2008, p. 396, il quale fa riferimento soprattutto alle teorizzazioni degli esponenti della scuola di Aix-en-Provence che hanno escluso in modo categorico la possibilità di riconoscere all'interno dell'ordinamento poteri regolamentari autonomi ad autorità diverse dallo Stato.

⁷⁸ In rapporto al potere regolamentare delle autorità indipendenti ed alla sua rilevanza nel moderno contesto giuridico-economico si è espresso anche il *Conseil d'État* all'interno del *Rapport Public sur les Autorités Administratives Indépendantes* del 2001, p. 339, che ne ha messo in evidenza l'importanza all'interno dei settori che, caratterizzandosi per una complessità tecnica particolarmente accentuata, necessitano di

nel sentire l'esigenza di fissare simili vincoli all'esercizio del potere regolamentare delle autorità indipendenti, il Giudice delle Leggi francese implicitamente sembra affermare che essi non operano, di norma, in rapporto al potere regolamentare del capo dell'esecutivo. Ciò consentirebbe di dedurre che quest'ultima è una potestà che si caratterizza per una certa ampiezza, anche in rapporto ai contenuti che il potere stesso può assumere (pur nel mantenimento della sua posizione di subordinazione alla legge).

Il sistema così brevemente ricostruito sembra fondarsi, quindi, su una concezione del principio di legalità che solo per alcuni aspetti si sovrappone a quella adottata dalla dottrina e giurisprudenza maggioritarie nell'ordinamento italiano. Quella francese è una legalità che presta attenzione più alla prevedibilità che alla democraticità, pur non disconoscendo l'importanza di questo valore. Manca, però, anche nelle ricostruzioni più attente ai valori garantistici della legalità, una consacrazione espressa del vincolo della conformità (pur intesa in senso ampio, quale attuazione dei principi contenuti nella norma di rango legislativo che determinano il bilanciamento tra i valori in gioco) del potere (soprattutto regolamentare) alla legge. E tale assenza di conformità sembra manifestarsi con chiarezza, come si è avuto modo di illustrare, in relazione ai poteri regolamentari di esecuzione. Questi, peraltro, sebbene attribuiti espressamente al Primo Ministro e al Presidente della Repubblica, possono essere delegati anche ad altre autorità, ma con alcune sostanziali differenze.

Ciò che sembra potersi affermare con certezza è che, al di là delle ipotesi (ormai residuali) in cui all'esecutivo è consentito di intervenire con lo strumento del regolamento autonomo, il potere regolamentare debba sempre fondarsi su una previa abilitazione legale. L'ordinamento francese riconosce, quindi, il principio di legalità, quanto meno nella sua concezione debole e formale⁷⁹.

un'attività di aggiornamento ed adattamento costante, che può essere effettuata solo da autorità dotate di opportuna competenza.

⁷⁹ Questo vale, come si vedrà, solo in relazione all'esercizio di poteri propriamente regolamentari. La situazione muta in presenza di poteri di regolazione flessibile in capo alle AAI. Questi, infatti, sono normalmente esercitati a prescindere da una formale attribuzione di potere da parte di una norma di legge all'autorità che li pone in essere. Su questi aspetti si rimanda a L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 2009, p. 330 ss. In relazione al tema dell'abilitazione legale si rinvia nuovamente anche a G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation* cit., p. 450 ss.

CAPITOLO II

LE AUTORITÀ INDIPENDENTI IN ITALIA E IN FRANCIA. L'ESERCIZIO DEI POTERI PROPRIAMENTE NORMATIVI.

SOMMARIO: 2.1 L'origine del modello di Amministrazione per Autorità Indipendenti: l'ordinamento USA. - 2.2 La comparsa delle AAI negli ordinamenti italiano e francese: le funzioni generali. - 2.3 Il potere regolamentare delle AAI nell'ordinamento italiano. - 2.4 Il potere regolamentare delle AAI nell'ordinamento francese.

2.1. L'origine del modello di un'Amministrazione per Autorità Indipendenti: l'ordinamento USA.

Si è avuto modo di vedere, dunque, il modo in cui il principio di legalità è concepito nell'ordinamento italiano e in quello francese e come siano interpretati, in base ad esso, i rapporti tra la legge attributiva e i regolamenti dell'esecutivo.

Tuttavia, lo studio dei rapporti che il potere di regolazione delle autorità amministrative indipendenti (sia italiane che francesi) intrattiene con il principio di legalità e i termini in cui questo rapporto si discosta da quelli esaminati nel capitolo precedente passa necessariamente anche per una riflessione sulle origini del modello degli organismi indipendenti di regolazione. Sono state, infatti, queste prime esperienze di regolazione indipendente ad aver influenzato fortemente la successiva fortuna di questo sistema negli Stati europei.

E l'ordinamento nel quale ha visto la luce per la prima volta questa particolare figura di Amministrazione Pubblica (sebbene, come si vedrà, con una fisionomia sotto molti aspetti differente da quella propria delle AAI negli ordinamenti europei considerati) è stato quello degli Stati Uniti⁸⁰.

Quello statunitense è un modello che, naturalmente, è sorto e si è sviluppato riflettendo le peculiarità costituzionali ed ordinamentali di questo sistema giuridico, nonché riflettendo i caratteri storico-sociali del contesto in cui è germogliato (e fortemente influenzato dagli orientamenti sul punto emersi in seno alla giurisprudenza della Corte Suprema).

A sua volta, la comprensione del fenomeno di diffusione delle *agencies* e delle *Independent Regulatory Commissions* (d'ora in avanti, IRC) negli USA

⁸⁰ Interessanti considerazioni sull'influenza del modello americano delle *independent regulatory commissions* sulle *autorités administrative indépendantes* francesi si trovano in D. CUSTOS, *Agences indépendantes de régulation américaines (IRC) et autorités administratives indépendantes françaises (AAI). L'exemple de la "Federal Communications Commission" (FCC) et de l'autorité de régulation des télécommunications (ART)*, in *Revue Politiques et Management Public*, I, 2002, p. 68 ss.

presuppone, in primo luogo, la rappresentazione di un quadro sintetico sull'organizzazione della macchina amministrativa all'interno di quest'ordinamento.

Un primo dato di capitale importanza a questi fini è rappresentato dal fatto che negli Stati Uniti la comparsa delle *IRC* e, più in generale, delle *agencies* verso la fine del 1800⁸¹ segna la vera e propria nascita del sistema amministrativo americano, che fino a quel momento constava unicamente di alcune embrionali strutture dipartimentali del governo (i *Cabinet Departments*), alle dirette dipendenze del Presidente⁸².

Le *agencies*, quindi, nell'ordinamento americano non hanno rappresentato un *quid novi* inserito all'interno di un sistema amministrativo già retto da dinamiche e caratteristiche proprie. Al contrario, hanno costituito una componente genetica fondamentale di quel diritto amministrativo, che fin dall'inizio le ha incluse tra i suoi elementi costitutivi⁸³.

Si trattava, peraltro, di agenzie che, nei casi in cui erano indipendenti, erano sottratte al diretto controllo del Presidente, il quale non poteva disporre direttamente di esse per l'attuazione del suo indirizzo politico. La storia delle *independent agencies*, anzi, racconta proprio una continua disputa tra Presidente e Congresso, mossa dal tentativo di ciascuno di essi di estendere la propria influenza sulle prime⁸⁴.

Si è creato, così, un apparato amministrativo che, accanto alle preesistenti strutture caratterizzate dall'inserimento organizzativo all'interno della compagine burocratica presidenziale, si è composto anche di una serie di agenzie assegnatarie di funzioni in settori circoscritti, alcune delle quali dotate di uno statuto di indipendenza⁸⁵.

⁸¹ La nascita del sistema amministrativo per agenzie indipendenti viene fatta coincidere con l'istituzione della *Interstate Commerce Commission* nel 1887, alla quale fu attribuita la funzione di assicurare che le compagnie ferroviarie praticassero tariffe eque nei confronti dell'utenza. A tale fine, veniva istituito un sistema di registrazione che imponeva la pubblicità delle tariffe praticate dalle compagnie. Si trattò, quindi, di una prima vera ingerenza dello Stato nelle dinamiche di mercato, fino a quel momento completamente abbandonate al libero dispiegarsi del gioco concorrenziale. Su questi punti si rinvia a A. SCALIA, *Le Independent Regulatory Agencies nell'ordinamento statunitense*, in AA.VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 32.

⁸² Per una breve ma efficace ricostruzione delle peculiarità del sistema amministrativo degli Stati Uniti si rimanda a G. GIRAUDI – M.S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Editori Laterza, Bari, 2001, pp. 44-45. In particolare, è interessante notare come accanto a delle *agencies* che si collocavano all'interno dei dipartimenti della Presidenza ve ne fossero altre che invece agivano al di fuori di essa e, quindi, si caratterizzavano per una più spiccata autonomia.

⁸³ Una lettura diversa sulle origini del diritto amministrativo statunitense si ritrova in J.L. MARSHAW, *Creating the Administrative Constitution. The lost one hundred years of American Administrative Law*, New Haven, Yale University Press, 2012, il quale effettua una retrodatazione della nascita dell'apparato burocratico nell'ordinamento americano, collocandola immediatamente dopo la dichiarazione di indipendenza.

⁸⁴ Su questi aspetti, soprattutto in relazione alla fase immediatamente successiva all'istituzione delle *IRC*, si rinvia a E. ZOLLER, *L'encadrement constitutionnel des agences indépendantes aux États-Unis*, in RDP, 2, 2014, p. 380.

⁸⁵ Sul punto si veda L. BARRA CARACCILOLO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento U.S.A. Profili comparativi con l'esperienza italiana*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 33.

Proprio questo dato merita di essere sottolineato: il carattere dell'indipendenza non è una prerogativa di tutte le *agencies*, ma riguarda solo alcune di esse⁸⁶. Ciò non significa, però, che le prerogative delle agenzie che non beneficiano di questo statuto (le, così dette, *executive agencies*) siano limitate. Al contrario, il carattere dell'indipendenza sembra da tempo non essere più determinante ai fini dell'individuazione dell'ampiezza dei poteri loro riconosciuti. Poteri che si caratterizzano, in ogni caso, per una notevole estensione⁸⁷.

Tra essi se ne annovera, in particolare, una prima categoria di natura assimilabile a quella giurisdizionale (quelli, così detti, di «*adjudication*»⁸⁸); altri hanno carattere propriamente esecutivo ed altri ancora una natura quasi-regolamentare (questi, definiti poteri di «*rulemaking*»).

Proprio la titolarità di poteri normativi rappresenta oggi il tratto fisionomico più caratteristico delle *agencies* statunitensi e delle autorità indipendenti in generale, nonché quello più interessante per lo studioso, alla luce dei conflitti che queste prerogative regolatorie hanno generato rispetto all'assetto dei poteri costituzionali.

Diverse le ragioni alla base di una simile estensione delle prerogative delle *agencies* e del riconoscimento di un loro potere normativo. Generalmente, queste sono state individuate, alternativamente, nella crisi della legge quale espressione del potere politico, nell'elevato tecnicismo delle materie e dei settori oggetto della regolazione indipendente e nella

⁸⁶ In particolare, l'indipendenza è un connotato proprio delle *Independent Agencies*. Al contrario, le *Executive Agencies*, pur distaccate sul piano istituzionale rispetto ai Dipartimenti, sono soggette al potere di indirizzo del Presidente e i loro dirigenti sono nominati da quest'ultimo. Su questi aspetti si rinvia a G. TIBERI, *Le independent Commissions nell'ordinamento statunitense*, in *Amministrare*, 1-2, 2000, p. 173 ss.

⁸⁷ Questi profili sono accuratamente approfonditi da M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 57 ss., che mette in evidenza come anche nei casi in cui le agenzie non godano dell'indipendenza, i margini di manovra dei quali dispongono nell'esercizio dei poteri loro conferiti non sono nella sostanza inferiori a quelli propri delle IRC. In particolare, a seguito dell'entrata in vigore dell'*Administrative Procedure Act*, l'esercizio di funzioni eccezionalmente ampie, prima ricollegato proprio alla titolarità di una posizione di indipendenza, è stato giustificato sulla base dell'obbligo del rispetto delle procedure. Interessanti a questo riguardo anche le riflessioni di E. ZOLLER, *Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie*, in *RFDA*, 2004, p. 757, che afferma che il carattere dell'indipendenza è stato attribuito alle IRC nella fase iniziale della loro storia, in quanto investite di poteri di decisione di natura paragonabile a quella dei poteri giurisdizionali. L'indipendenza costituiva, quindi, un connotato essenziale di queste autorità. Con il tempo, anche a seguito dell'arricchimento delle funzioni esercitate e dell'inclusione tra esse di quelle di *rule-making*, questo carattere è andato sfumando ed è oggi evidente che il Presidente ed il Congresso esercitano una grande influenza (sia per vie formali che informali) sulla regolazione delle IRC. Una regolazione che, anche per queste ragioni, non può essere considerata di natura meramente tecnica ed assolutamente apolitica.

⁸⁸ Il potere di *iuris dicere* rappresenta il carattere identificativo delle prime *independent agencies*. Un carattere in un certo senso mutuato dalle caratteristiche proprie dei *tribunals* dell'esperienza del Regno Unito degli stessi anni e che è stato fortemente influenzato dall'assetto degli ordinamenti di *common law*, fino a quel momento del tutto estranei ad un diritto amministrativo comparabile a quello proprio delle esperienze giuridiche continentali. Ordinamenti che, in altri termini, nel momento in cui hanno dovuto affidare l'esercizio di funzioni di cura dell'interesse pubblico, hanno naturalmente individuato in organi quasi-giurisdizionali di nuovo conio i soggetti più indicati ad esercitarle, stante la loro maggiore familiarità con un sistema fino a quel momento interamente basato sulla centralità della funzione giurisdizionale. Per un approfondimento su questi profili di rinvia a G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 1997, p. 651 ss.

volontà del Congresso di smarcarsi dalla regolamentazione di ambiti in cui il potere e, conseguentemente, le pressioni delle *lobbies* sono particolarmente forti.

È probabile che tutte e tre queste motivazioni vadano collocate tra le concause dell'ampliamento dei poteri delle *agencies*. Tuttavia, alla luce delle peculiarità della regolazione che saranno di seguito analizzate, è da ritenere che la ragione principale della loro attuale perdurante centralità nell'ordinamento americano, invero, sia stata la prima, che nell'ordinamento americano discende da un'intrinseca debolezza del sistema politico-partitico⁸⁹. Un fattore, quest'ultimo, che divenne particolarmente scottante durante la crisi economica del 1929.

In ogni caso, l'attribuzione di queste ampie prerogative alle agenzie non costituisce un fenomeno eccezionale, giustificato sulla base dell'indipendenza (che, come visto, per alcune di esse manca) dell'organismo beneficiario⁹⁰. Essa costituisce, piuttosto, un carattere ormai identificativo delle Amministrazioni Pubbliche statunitensi *tout court*, la cui concreta portata dipende, piuttosto, dal settore considerato.

E ciò ha comportato che anche negli Stati Uniti, come anticipato, l'attribuzione di questo potere ad organismi indipendenti (e non) provocasse un parziale stravolgimento dell'impianto della Costituzione americana, che invece vorrebbe il potere legislativo come prerogativa esclusiva del Congresso⁹¹.

Questo spiega perché, nella sua prima fase, l'esperienza regolatoria tramite le *independent agencies* abbia incontrato l'opposizione della Corte Suprema, poco incline ad avallare deleghe di poteri legislativi che, come nel

⁸⁹ Questa è anche la posizione fatta propria da M. MANETTI, *Poteri neutrali* cit., p. 83 ss., la quale esclude che le ragioni del conferimento dei poteri normativi alle *Agencies* possano essere ricondotti al tecnicismo delle materie regolate, per il fatto che le deleghe conferite a questi organismi non hanno quasi mai ad oggetto unicamente profili tecnici della disciplina. Al contrario, la delega implica nella maggior parte dei casi l'esercizio di poteri discrezionali, che sottintendono il compimento di scelte propriamente politiche, fondate sul bilanciamento dei vari interessi in gioco. Del pari, non sarebbe convincente il riferimento alla pressione delle *lobbies*, perché ritenuto troppo semplicistico. In primo luogo, infatti, non si può ritenere che sia solo il timore delle reazioni dei gruppi di pressioni ad aver indotto il Congresso al conferimento di questi ampi poteri alle *agencies*. Secondariamente, non può certo negarsi che l'organo legislativo sia effettivamente condizionato dai gruppi di pressione e che generalmente non esiti ad intervenire anche in materie fortemente esposte a questo genere di influenze. Parzialmente diversa la posizione di M. FLOREAN, *Le origini americane della regolazione*, in S. VALENTINI (a cura di), *Diritto e istituzioni della regolazione*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 134, il quale ricollega lo sviluppo della regolazione per agenzia al *Progressive Reform Movement*, un movimento culturale che chiedeva un irrobustimento delle funzioni delle neonate agenzie amministrative nell'ambito dell'economia e degli affari, in modo tale da sottrarre questi settori alle influenze della politica.

⁹⁰ Cfr., E. ZOLLER, *op. ult. cit.*, che afferma, peraltro, che, tanto nel caso delle agenzie indipendenti, quanto in quello delle agenzie che non beneficiano di un tale statuto, il controllo che il Presidente ed il Congresso sono in grado di esercitare su di esse è notevole. Quello della totale indipendenza delle *IRC* è, quindi, semplicemente un mito, che non può assumere reale concretezza in un sistema che affida le scelte politiche dell'ordinamento agli organi nominati dal popolo sovrano.

⁹¹ L'articolo 1, Sezione 1, della Costituzione degli Stati Uniti prevede, infatti, che: «Di tutti i poteri legislativi qui concessi sarà investito un Congresso degli Stati Uniti che consisterà di un Senato e di una Camera dei Rappresentanti».

caso delle agenzie, si caratterizzassero per un'eccessiva ampiezza⁹². La Corte, infatti, facendo applicazione dell'articolo 1 della Costituzione americana (che non prevede nemmeno implicitamente la possibilità di conferimento di deleghe legislative da parte del Congresso ad organi terzi) aveva inizialmente elaborato la, così detta, dottrina della «*non delegation*», secondo la quale, appunto, il Congresso non avrebbe potuto essere concesso deleghe legislative ad altri organi, se non entro limiti puntualmente definiti e nettamente circoscritti.

Il superamento di questa dottrina si è, però, reso necessario negli anni del *New Deal*, caratterizzati dall'esigenza di un rilancio dell'economia americana a seguito della crisi del 1929. Proprio questa crisi aveva rivelato il bisogno di un maggior interventismo nell'economia da parte dell'esecutivo, realizzabile in modo adeguato solo anche attraverso l'esercizio di poteri di normazione⁹³.

È stata proprio la necessità di riconoscere la legittimazione di questi poteri in capo al Presidente a determinare il superamento della *non delegation doctrine* e a condurre ad ammettere la legittimità delle deleghe conferite anche in favore delle *independent agencies*⁹⁴.

L'attribuzione di un potere normativo dai vasti confini a soggetti inseriti nell'architettura amministrativa dello Stato ha finito, così, per diventare una consuetudine costituzionale, che ha condotto alla definitiva comparsa di un «quarto potere dello Stato»⁹⁵ e ad un parziale ridimensionamento del principio della separazione dei poteri.

Va detto, poi, che nella maggior parte dei casi l'istituzione delle agenzie ha riguardato settori caratterizzati da una particolare rilevanza nel sistema economico americano, tale da rendere necessario l'intervento pubblico, dapprima in funzione correttiva delle inefficienze del mercato e, poi, al fine

⁹² Per un approfondimento si veda S. BREYER - R. STEWART, *Administrative Law and Regulatory Policy*, Wolters Kluwer, Boston, 1992, pp. 66-91.

⁹³ Proprio durante la Presidenza Roosevelt si è assistito ad un sostanzioso arricchimento del mosaico delle *independent agencies* nel tentativo di rilanciare l'economia americana. Tra queste meritano di essere menzionate la *Federal Reserve Board* (FRB), equivalente della Banca centrale americana, la *Federal Trade Commission* (FTC), con funzioni di promozione della concorrenza e di tutela dei consumatori, la *Federal Communication Commission* (FCC), con funzioni di regolazione delle telecomunicazioni, e la *Security and Exchange Commission* (SEC), attiva nel mercato borsistico. Per un migliore approfondimento sul panorama delle *independent agencies* americane e sulle vicende che hanno portato all'istituzione delle principali tra esse si rimanda a G. GIRAUDI - M.S. RIGHETTINI, *Le autorità indipendenti* cit., p. 57.

⁹⁴ Questi aspetti sono chiaramente approfonditi da G. TIBERI, *op. cit.*, che evidenzia proprio come l'abbandono della dottrina della non delegazione da parte della Corte Suprema non sia stato determinato tanto da nuove considerazioni giuridiche, quanto da un'esigenza prettamente concreta e di ordine sociale. Si veda anche M. FLOREAN, *op. cit.*, p. 136, che sottolinea come il superamento del braccio di ferro tra Presidenza Roosevelt e Corte Suprema sia avvenuto con la sostituzione dei membri di quest'ultima che si erano dimostrati più oltranzisti rispetto alle nuove soluzioni adottate dal governo in merito al rafforzamento delle prerogative dell'esecutivo. Soluzioni che hanno determinato un rafforzamento delle strutture burocratiche di un sistema amministrativo sempre più vicino a quelli europei. Sulle più recenti evoluzioni dei rapporti tra Presidente e IRC si rimanda alla lettura di D. CUSTOS, *Théorie de l'exécutif unitaire et contrôle présidentiel des agences indépendantes aux États-Unis*, in *Revue Française d'Administration Publique*, II, 2019, p. 327 ss.

⁹⁵ L'espressione si deve a Louis Brownlow, presidente della «*Commission on Administrative Management*» e autore del «*Report with Special Studies*» nel 1937.

di orientare il mercato stesso verso risultati di maggiore produttività. La maggior parte di questi settori rivelava ieri come oggi, inoltre, un elevato grado di tecnicismo⁹⁶, il che aveva indotto a ritenere, almeno nella prima stagione della regolazione mediante *agencies*, che risiedesse proprio in questo carattere marcatamente tecnico la giustificazione del conferimento di un potere di normazione così ampio a soggetti del tutto estranei al circuito della rappresentanza politica. È comunque vero che il tecnicismo della materia considerata si colloca ancora oggi tra le ragioni giustificative principali dell'atteggiamento di deferenza che i giudici statunitensi manifestano nei confronti delle scelte regolatorie delle agenzie⁹⁷.

L'evoluzione successiva della disciplina applicabile alla regolazione delle agenzie statunitensi ha portato, però, ad escludere che la competenza

⁹⁶ Come affermato da G. DE MINICO, *Regole, comando, consenso*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 100 ss., il rimando all'*expertise* tecnica delle agenzie indipendenti è stato utilizzato come chiave per la legittimazione dei poteri normativi loro conferiti in una prima fase, durante la quale si sosteneva che il potere di regolazione delle *agencies* si esplicasse prevalentemente nella definizione di standards e di regole a contenuto tecnico. Successivamente, quando è emerso in tutta la sua evidenza il fatto che le deleghe conferite a questi organismi si caratterizzavano per una notevole ampiezza ed implicavano, oltre alla definizione di regole tecniche, anche l'esercizio di poteri discrezionali di natura squisitamente politica, una simile giustificazione ha perso la sua ragion d'essere. Tali aspetti sono evidenziati anche da M. SEIDENFELD, *A civic republican justification for the bureaucratic state*, in *Harvard law review*, vol. 105, 5, 1992, p. 1512 ss., il quale afferma che durante il *New Deal* si cercò di giustificare i poteri normativi capaci di estendersi ben al di là dei labili confini tracciati dalle leggi di delega attraverso il riferimento al carattere tecnico della materia regolata e della competenza degli organi delle agenzie. Col tempo, però, l'evidenza dell'esercizio di prerogative specificamente politiche da parte di questi organismi ha reso necessario un cambio di impostazione, che ha poi condotto a vedere nelle agenzie stesse uno strumento per la realizzazione di forme di rappresentanza politica dal basso, attraverso la partecipazione dei cittadini e dei gruppi portatori di interessi alle procedure da esse condotte.

⁹⁷ Per comprendere adeguatamente il funzionamento e l'ampiezza dei poteri normativi esercitati dalle agenzie americane bisogna analizzare la, così detta, "dottrina *Chevron*", che prende il nome da una pronuncia della Corte Suprema del 1984 (*Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837), attentamente analizzata nei suoi risvolti e nei suoi rapporti con alcune precedenti pronunce (in particolare, la pronuncia "*Seminole Rock*" del 1945) da J.F. MANNING, *Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules*, in *Columbia Law Review*, Vol. 96, 3, 1996, p. 612 ss. Il filone interpretativo inaugurato con questa pronuncia, sebbene oggetto di considerazioni critiche da parte di numerosi studiosi, è fondamentale per comprendere il funzionamento della *broad delegation* e la concreta portata dei poteri normativi esercitati dalle *independent agencies*, nonché l'atteggiamento che le Corti federali americane assumono rispetto a questi poteri. Di per sé, infatti, la *broad delegation* comportava che il Congresso potesse attribuire alle agenzie delle deleghe (di una certa ampiezza) che comportano l'esercizio di poteri normativi. Con la sentenza *Chevron* la Corte Suprema ha fatto un passo ulteriore: ha ritenuto, infatti, che in tutti i casi in cui il Congresso adotti una legge di delega che contenga termini ambigui e vaghi, ciò costituisca un'implicita attribuzione all'agenzia del potere di specificare queste espressioni e di riempirle di contenuto. Al contempo, l'attribuzione di questo potere di completamento all'agenzia determina l'impossibilità per le Corti di contraddire la soluzione adottata dall'autorità amministrativa, fatti salvi i casi di manifesta irragionevolezza. Questo perché si ritiene che la scelta delegatoria del Congresso sia giustificata alla luce della maggiore competenza tecnica e della maggiore responsabilità politica che caratterizza le agenzie rispetto alle Corti. Un'eventuale pronuncia delle Corti che vada a sostituirsi ed a contraddire la decisione assunta dall'agenzia sarebbe in contrasto con le ragioni a fondamento della delega. L'Autore evidenzia, però, come il sistema costruito con la pronuncia in esame si ponga in netto contrasto con la Costituzione e, in particolare, con il principio della separazione dei poteri, nella misura in cui riconosce alle agenzie tanto un potere normativo, quanto un potere esclusivo nell'interpretazione delle norme stesse, con conseguente compressione delle prerogative proprie degli organi giudiziari. Queste deleghe, peraltro, costituiscono un incentivo per le agenzie stesse ad adottare atti di normazione dal contenuto vago ed indefinito, data la consapevolezza che saranno loro stesse, in seguito, a definirne il significato nel momento applicativo.

tecnica dei soggetti che operano all'interno di queste autorità, pur rilevante, potesse davvero costituire la sola (o principale) ragione alla base degli ampi poteri loro attribuiti. Questo perché, a partire dal periodo immediatamente successivo a quello del *New Deal*, si è assistito ad un allentamento dei presidi che le leggi del Congresso ponevano all'esercizio del potere di *rulemaking* delle Agenzie, unitamente ad un atteggiamento più morbido della Corte Suprema in sede giurisdizionale⁹⁸. Si è iniziato ad assistere sempre più di frequente all'adozione di leggi che conferivano ampie deleghe a queste agenzie, senza la specificazione di principi o criteri direttivi sulla base dei quali le prime avrebbero dovuto essere esercitate.

Al contrario, l'entrata in vigore nel 1946 dell'*Administrative Procedure Act* (*APA*) rivela che si è sentito il bisogno di assicurare un carattere di democraticità alle *IRC* e alle altre agenzie dotate di poteri di normazione, proprio in considerazione della natura anche politica delle scelte da questi effettuate⁹⁹.

Questo intervento normativo ha, infatti, costituito la risposta dell'ordinamento alle richieste degli operatori attivi nei settori regolati dalle agenzie (indipendenti e non), che chiedevano maggiori garanzie contro un potere progressivamente più ampio e libero rispetto ai vincoli posti dalla legge di delega. Un potere, appunto, sempre meno tecnico e sempre più politico.

Con questa norma sono state disciplinate una procedura relativa all'esercizio dei poteri di *adjudication* ed una relativa ai poteri di *rulemaking*. Con riferimento a quest'ultima è stato delineato un procedimento (definito di «*notice and comment*») articolato in una prima fase di informazione e comunicazione al pubblico del progetto (redatto dall'agenzia) dell'atto normativo da adottare ed una successiva, in cui è consentito ai soggetti interessati di presentare osservazioni sul progetto stesso, in modo tale da poter rappresentare la propria posizione e cercare di incidere sul suo contenuto finale¹⁰⁰.

⁹⁸ Per alcune indicazioni sul tenore delle leggi di delega adottate dal Congresso in questa fase, si rimanda a H.S. PIQUET, *Outline of the New Deal legislation*, McGraw-Hill, New York, 1933, in cui si dà conto anche dell'utilizzo del sistema dell'*'intelligible principle test'*, volto a scrutinare la presenza all'interno della legge di delega di un nucleo minimo di principi generali che avrebbero poi dovuto essere sviluppati dalla regolazione dell'agenzia. Criterio, quest'ultimo, elaborato in occasione della pronuncia *J.W. Hampton, Jr., & Co. v. United States*, 276 U.S. 394, 409 (1928). Interessanti considerazioni su questi aspetti si ritrovano anche in D. CUSTOS, *The rulemaking power of Independent Regulatory Agencies*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2006, p. 636 ss.

⁹⁹ L'evoluzione del sistema giuridico - amministrativo americano è dettagliatamente ricostruita in R.B. STEWART, *The reformation of American administrative law*, in *Harvard Law Review*, Vol. 88, VIII, 1975, p. 1667 ss. L'Autore, in particolare, si sofferma sulle difficoltà che il sistema amministrativo strutturato intorno alle agenzie e agli ampi poteri loro conferiti ha dovuto affrontare nella ricerca di una soluzione che garantisse la piena compatibilità con il dettato costituzionale e con il principio della separazione dei poteri ad esso sotteso. Sottolinea, inoltre, che il ricorso a procedure che garantissero la partecipazione dei soggetti interessati dall'esercizio del potere da parte delle agenzie si è resa necessaria in considerazione del contenuto politico delle decisioni da queste adottate.

¹⁰⁰ Una puntuale ricostruzione delle fasi in cui si articola il procedimento definito dall'*APA* è contenuta in G. DE MINICO, *Regole cit.*, p. 108 ss.

Si è, così, dato vita ad una procedimentalizzazione dell'intera attività amministrativa statunitense. Questa svolta in senso procedimentale, inizialmente nata con la funzione di argine rispetto ad un potere la cui estensione non era più giustificabile in assenza di una forma di partecipazione della cittadinanza, ha finito per porsi come ordinaria modalità di azione dell'apparato burocratico, nonché come fattore di sua legittimazione democratica.

È stata, però, una soluzione che non ha condotto a risultati unanimemente apprezzati.

In primo luogo, infatti, è stata messa in discussione la reale attitudine di un procedimento così articolato a compensare le ampie deleghe normative concesse alle agenzie e sono stati evidenziati i punti critici della disciplina sul versante di una vera democratizzazione della loro azione¹⁰¹.

Da un altro lato, questa novità ha, in un certo senso, stravolto il ruolo della figura delle *IRC* e delle agenzie in generale. Si è visto, infatti, che le agenzie indipendenti erano state originariamente istituite per l'esercizio di funzioni di aggiudicazione, ovvero per l'attuazione dell'interesse pubblico individuato dal legislatore, in base ad un'attività imparziale e retta da valutazioni di tipo tecnico ed oggettivo. Negli anni del *New Deal* sono, invece, divenute un apparato funzionale a consentire un maggiore intervento dello Stato nell'economia, anche tramite l'esercizio di funzioni regolatorie che, pur mantenendo una forte connotazione tecnica, si sono estese anche ai profili propriamente politici delle materie considerate.

In aperta contraddizione con questa impostazione, a partire dall'entrata in vigore dell'*APA*, esse hanno finito per assumere la definitiva

¹⁰¹ Sul punto, si veda nuovamente R.B. STEWART, *op cit.* p. 1761 ss. L'Autore si mostra, infatti, critico rispetto all'effettiva adeguatezza del modello della rappresentanza degli interessi in sede procedimentale a compensare l'assenza di una delega legislativa che definisca in maniera adeguata i contenuti del potere conferito all'agenzia e che, quindi, lo possa conformare e vincolare. In particolare, si mette in evidenza il fatto che difficilmente i soggetti che assumono il ruolo di rappresentanti degli interessi di una certa categoria possiedono effettivamente la capacità di rappresentare l'intero gruppo cui fanno riferimento. Un gruppo che nella pluralità dei casi manifesta al suo interno una accentuata eterogeneità di posizioni e di sottocategorie di interessi. A ciò si aggiungono le ineguali capacità (anche economiche) dei diversi gruppi di interesse di far sentire la propria voce nei procedimenti condotti dalle agenzie, che determinano spesso situazioni di ineguaglianza e di diversa considerazione da parte dell'autorità. L'autore sottolinea, ancora, il fatto che l'ampliamento della platea degli interessi rappresentati dei quali l'agenzia deve tener conto, pur necessario, non si sposa, però, armonicamente con le istanze di maggiore controllo democratico. Ad un allargamento di questo paniere, data l'estrema eterogeneità che normalmente lo connota, rischia di corrispondere, infatti, un'ancora maggiore discrezionalità in capo all'agenzia titolare del potere. Libera di dare alla decisione il contenuto che più ritiene opportuno, essa agisce senza che una tale massa informe di interessi possa realmente condizionarne l'operato. Ulteriori aspetti critici, sotto differente ed opposto versante, sono stati recentemente messi in evidenza da K.E. KOVACS, *Rules about rulemaking and the rise of the unitary executive*, in *Administrative Law Review*, Vol. 70, 3, 2018, p. 545 ss., il quale critica l'approccio delle Corti rispetto all'*APA*, la cui impostazione originaria sarebbe stata stravolta, conducendo al malfunzionamento ed alla paralisi dei procedimenti di *rulemaking*. In particolare, secondo l'autrice, l'incremento delle garanzie partecipative e il rafforzamento degli obblighi motivazionali in capo alle agenzie avrebbe condotto all'ossificazione dei procedimenti di regolazione, pensati, invece, quali strumenti agili e rapidi per l'attuazione di politiche che il Congresso non fosse in grado di definire da sé. Ciò avrebbe comportato, quale ovvia conseguenza, il rafforzamento dei poteri del Presidente, chiamato a colmare il vuoto lasciato dall'immobilismo di dette istituzioni.

forma di arene deputate al confronto politico tra i diversi gruppi portatori di interessi¹⁰².

Uno stravolgimento, questo, che si è mostrato con ancora maggiore evidenza nel 1990, quando è entrata in vigore la disciplina sul *Negotiated Rulemaking Act*¹⁰³, che ha istituito un binario procedurale alternativo a quello disciplinato nel 1946¹⁰⁴.

Questa disciplina ha, infatti, preso definitivamente atto dell'accentuato carattere di politicità delle procedure condotte dalle *agencies*¹⁰⁵ ed ha istituito un modulo procedurale capace di assicurare alla partecipazione del pubblico un vero carattere di democraticità. Diversamente dal sistema del *notice and comment* (che, come visto, aveva rivelato una serie di criticità¹⁰⁶), nel quale l'intervento del pubblico avviene dopo la definizione unilaterale di una proposta di regolamento da parte della Commissione Indipendente, nella logica del nuovo procedimento sono gli stessi portatori di interesse a definire il contenuto dell'atto, di concerto con l'agenzia titolare del potere, che assume una posizione paritaria rispetto a quella degli interventori privati.

La nuova procedura è anch'essa strutturata intorno ad alcune fasi principali.

La prima prende avvio con la pubblicazione da parte dell'autorità procedente dell'intenzione di dare avvio alla procedura negoziata, informando, così, i soggetti potenzialmente interessati a prendervi parte. Si apre, a questo punto, la seconda fase, che prevede la vera e propria negoziazione del contenuto della decisione da parte dei soggetti che abbiano deciso di intervenire. Una volta raggiunto il consenso unanime sulla proposta formulata attraverso questo metodo concertativo, essa viene sottoposta al «comment» degli stessi soggetti interessati¹⁰⁷.

¹⁰² Cfr., su questi profili, M. MANETTI, *Poteri neutrali* cit., p. 77 ss., che sottolinea come l'azione delle *agencies* espressa attraverso il procedimento definito dall'*APA* sia andata a trasformarsi in una competizione politica tra i portatori degli interessi coinvolti, «competizione che per essere completa e corretta può svolgersi non solo nelle sedi politiche istituzionali, come le aule parlamentari, ma anche davanti alle corti, nella misura in cui il procedimento giurisdizionale consenta di dar voce e parità di armi a gruppi di interesse che in quelle sedi risultano pretermessi».

¹⁰³ Si tratta del *Negotiated Rulemaking Act* del 1990, Pub. L. No. 101-648, 104 Stat. 4970, 6697 (codificato al 5 U.S.C. §§ 561-570 (1994 & Supp. IV 1998)).

¹⁰⁴ Uno dei massimi teorici della Regolazione Negoziata è P.J. HARTER, *Negotiating Regulations: A Cure for Malaise*, in *Geo. Law Journal*, Vol. 71, 1, 1982, p. 19, il quale, dal canto suo, ne metteva in risalto anche la capacità di dare luogo ad un'azione regolatoria più rapida e meno esposta a successive contestazioni in sede giurisdizionale.

¹⁰⁵ Nonostante ciò, essa è impiegata in una percentuale relativamente bassa di casi. Sul punto, si veda C. COGLIANESE, *Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking*, in *Duke L.J.*, 1997, pp. 1255 – 1276, il quale metteva in evidenza il fatto che il ricorso alla *Rulemaking Negotiation* avvenisse in media solo nel 10% dei casi.

¹⁰⁶ Come accuratamente messo in evidenza anche da R. CHOO, *Judicial review of negotiated rulemaking: should Chevron defence apply?* in *Rutgers law review*, 2000, p. 1074 ss.

¹⁰⁷ Una ricostruzione più dettagliata del funzionamento del procedimento di *Regulatory Negotiation* si ritrova in G.P. MANZELLA, *Brevi cenni sulla Regulatory Negotiation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1994, p. 273 ss., il quale sottolinea anche il fatto che il ricorso a questo nuovo modulo procedurale ha dei riflessi sulla successiva fase del *comment*, che, proprio in ragione del consenso già raggiunto dalle parti nella fase istruttoria di

È interessante notare come in questo nuovo procedimento l'*agency* si spogli del suo ruolo autoritativo ed assuma la veste di «parte negoziale» che si pone su un piano di equiordinazione rispetto alle altre. L'autorità concorre con gli altri soggetti interessati al raggiungimento di un consenso che permetta l'adozione della proposta normativa.

Si tratta, quindi, di una vera condivisione del contenuto dell'atto, non più formulato sulla base del bilanciamento di interessi effettuato dall'autorità (né, tanto meno, sulla base dell'applicazione di nozioni meramente tecniche e specialistiche), ma dell'accordo intervenuto tra le parti. O meglio, sulla base del compromesso che queste si siano dichiarate disposte a raggiungere¹⁰⁸.

Peraltro, come anticipato, alla luce delle citate evoluzioni sul ruolo riconosciuto alle *agencies* si sono levate in dottrina voci di dissenso, che ritengono che, per questa via, si sia arrivati a snaturare definitivamente la funzione che questi organismi dovrebbero assolvere nell'ordinamento (o, quanto meno, quella che era stata individuata come ragione giustificativa delle funzioni di regolazione loro attribuite nell'epoca del *New Deal*). Gli sarebbe stata riconosciuta, cioè, una funzione di mediazione politica che contrasterebbe con la *mission* loro assegnata. Una *mission* fondata soprattutto sul ricorso alla competenza tecnica e sull'*expertise* in materie contrassegnate da elevata complessità, da esercitare nel perseguimento della finalità individuata dalla norma attributiva del potere adottata dal Congresso¹⁰⁹.

elaborazione dell'atto normativo, si caratterizza per una snellezza nettamente maggiore rispetto a quella che la contraddistingue nella procedura ordinaria definita dalla normativa del 1946.

¹⁰⁸ Per un maggiore approfondimento sul tema della regolazione negoziata negli Stati Uniti si rimanda alle considerazioni di G. DE MINICO, *Regole, comando*, cit., p. 118 ss.

¹⁰⁹ Una posizione molto netta è stata espressa da S.A. SHAPIRO, *Law, expertise and rulemaking legitimacy*, in *Environmental law*, Vol. 49, 3, 2019, p. 661 ss., il quale contesta fortemente la svolta che si è avuta a partire dagli anni '70 in relazione alla funzione delle agenzie indipendenti, chiamate con insistenza sempre maggiore a svolgere il ruolo di arbitri e mediatori politici nello scontro/confronto tra i vari gruppi di interesse coinvolti nel caso concreto. Secondo l'Autore (che nel suo ragionamento si appoggia anche alle conclusioni rese dalla Corte Suprema in occasione della pronuncia *Chevron*) questa visione della funzione delle agenzie è completamente errata ed è responsabile dello svilimento del ruolo della competenza tecnica che è propria di questi organismi nell'ambito dei procedimenti da loro condotti. Infatti, se è vero che l'azione di queste autorità rivela anche dei connotati di politicità, non bisogna dimenticare che la loro legittimazione deriva dal fatto di dare attuazione (pur nell'esercizio di un margine di scelta più o meno ampio) a quanto previsto dalla norma attributiva del potere. Proprio questa norma non costituisce un semplice vincolo all'azione delle agenzie; al contrario, rappresenta il fondamento e la ragione del loro potere. In sintesi, la decisione delle agenzie non può essere ricondotta al mero compromesso politico tra le parti coinvolte (che potrebbe rivelarsi anche contrario al pubblico interesse), ma deve fondarsi su una valutazione che sia il frutto dell'esercizio delle competenze specialistiche dell'autorità e che risulta essere legittima per il fatto di dare attuazione alla scelta politica effettuata dalla legge del Congresso. Sul punto si veda anche W. FUNK, *Bargaining toward the New Millennium: Regulatory Negotiation and the Subversion of the Public Interest*, in *Duke Law Journal*, Vol. 46, 6, 1997, p. 1385, che sostiene che l'affermazione della *Rulemaking Negotiation* abbia snaturato il ruolo delle agenzie come attuatrici del pubblico interesse. Un pubblico interesse che dovrebbe essere ricercato sulla base del contenuto della legge e della funzione da essa attribuita all'autorità. Attraverso l'implementazione della dottrina della "Reg-Neg", invece, si assiste ad un deferimento dell'adozione della decisione alle parti. Con l'effetto che la scelta effettuata da queste ultime non corrisponderà mai all'interesse pubblico, ma a quanto più conveniente per la soddisfazione degli interessi individuali dei quali esse sono portavoce.

Occorre sottolineare, poi, sotto altro versante, che in alcune recenti pronunce la stessa Corte Suprema sembra aver sollevato qualche perplessità sull'attuale assetto dei rapporti tra legge attributiva, potere dell'agenzia e ruolo delle parti interessate. In particolare, la Corte si è espressa in favore di un maggior grado di dettaglio da parte delle leggi di delega, con conseguente riduzione dello spazio di autonomia e di discrezionalità in capo all'agenzia e ad una minore rilevanza del contributo dei privati¹¹⁰. Una presa di posizione che potrebbe, quindi, segnare un'inversione di marcia nel consolidato circuito dei rapporti tra gli organi costituzionali e la Pubblica Amministrazione.

Il sistema amministrativo statunitense rivela, quindi, soprattutto in relazione all'esercizio delle funzioni di regolazione da parte delle agenzie, una certa complessità e dinamiche in continuo mutamento che non consentono di giungere a conclusioni che possano ambire ad un sufficiente grado di definitività. Molte delle relazioni tra i diversi poteri dello Stato si reggono su dinamiche sedimentate, sebbene spesso di dubbia compatibilità con il testo della Costituzione. La loro conferma, però, passa anche per le soluzioni interpretative che la Corte Suprema è chiamata ad adottare al variare del contesto politico e giuridico di riferimento, nonché sugli equilibri e le relazioni tra i vari poteri costituzionali nel periodo storico considerato.

Ciò che è certo è che si tratta di un ordinamento più giovane di quelli continentali, che fin dalle sue origini si è caratterizzato per delle peculiarità proprie, condizionate dalle particolari funzioni attribuite agli organi costituzionali e dal particolare modo di intendere l'interesse pubblico¹¹¹. Ciò impone particolare cautela nel rapportarsi ad esso, ma soprattutto di effettuare attente ponderazioni sulla trapiantabilità nei sistemi giuridici italiano e francese di istituti e soluzioni germogliati all'interno di un contesto così distante rispetto a quelli europei.

¹¹⁰ Per un migliore approfondimento della giurisprudenza della Corte Suprema su questi punti si rimanda a M. RAMAJOLI, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2022, p. 33 ss., che cita, in particolare, la sentenza *NFIB v OSHA* del 13 gennaio 2022 e la pronuncia *West Virginia v. Environmental Protection Agency* del 30 giugno 2022. Lo stesso orientamento era già stato espresso da uno dei giudici della Corte Suprema (che hai poi incontrato l'avallo di altri quattro) in occasione della pronuncia *Gundy v. United States*, 139 S. Ct. 2116, 2131–48 (2019). In questo caso era stato l'*intelligible principle test*, nella sua moderna configurazione, ad essere fatto oggetto di severa critica. Sul punto si veda C. PHILLIPS, *Slaying Leviathan (or not): the practical impact (or lack thereof) of a return to a "traditional" nondelegation doctrine*, in *Virginia Law Review*, 2021, IV, p. 919 ss.

¹¹¹ Sul punto si vedano, per esempio, le interessanti considerazioni di M. MANETTI, *Poteri neutrali* cit., p. 91 ss., che, nell'effettuare una sintesi sul funzionamento del sistema politico e giuridico americano, mette in evidenza come esso, fin dalle origini, si sia distinto per un'avversione rispetto a forme di astratta individuazione del bene comune, di un interesse generale predeterminato a livello legislativo, distinto rispetto ai vari interessi individuali e affidato alla cura di un soggetto pubblico. Al contrario, in quest'ordinamento il bene comune risulta dalla sintesi e dal compromesso empirico tra i vari interessi privati e pubblici compresenti nella situazione di fatto. Una concezione che, quindi, si muove in una dimensione prevalentemente empirica e fattuale. Anche l'evoluzione della funzione normativa delle IRC, quindi, costituirebbe, in un certo qual modo, un adeguamento a questo tipo di approccio.

2.2 La comparsa delle AAI negli ordinamenti italiano e francese: le funzioni generali.

Con la loro graduale affermazione nel sistema giuridico statunitense, il vento delle autorità amministrative indipendenti ha iniziato a soffiare dopo alcuni decenni anche in Francia ed in Italia¹¹², facendosi, così, promotore di un nuovo tipo di Amministrazione Pubblica anche all'interno di realtà ordinamentali caratterizzate da una solida tradizione di diritto amministrativo.

L'ordinamento francese ha dimostrato una maggiore precocità da questo punto di vista, in quanto le prime autorità indipendenti (termine che è stato adoperato per la prima volta dalla giurisprudenza qualche anno dopo l'istituzione delle prime tra esse¹¹³) hanno iniziato a comparire a partire dall'inizio degli anni '70¹¹⁴. Le prime leggi istitutive hanno innescato la proliferazione di questi organismi, che si è alimentata fino ad oggi ed ha reso necessario, da ultimo, l'intervento del legislatore in un'ottica di contenimento¹¹⁵.

In Italia l'approdo di questa inedita figura giuridica (se si eccettua il caso della Consob, istituita nel 1974¹¹⁶) è avvenuto con maggiore ritardo. La creazione del primo vero *corpus* di autorità indipendenti risale, infatti, agli anni '90 del secolo scorso¹¹⁷. Ciò non di meno, il modello ha conosciuto una certa fortuna e, sebbene i dubbi e le problematiche da questo generate continuino ad arrovellare gli studiosi, il numero delle autorità stesse ha continuato a crescere¹¹⁸. Così come, per certi versi, sembra avviato ad allargarsi l'ambito materiale delle funzioni ad esse attribuite¹¹⁹.

¹¹² Nonché in altre esperienze europee, come quella spagnola e quella tedesca.

¹¹³ Il termine è stato coniato ed utilizzato per la prima volta dal legislatore nel 1978, in occasione della approvazione della legge istitutiva della *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), il primo organismo pubblico francese a presentare i connotati propri delle autorità amministrative indipendenti.

¹¹⁴ Tra le prime autorità indipendenti istituite nell'ordinamento francese rientrano, appunto, la *Commission d'accès aux documents administratifs* (CADA), istituita con la *loi* n. 78-753 del 17 juillet 1978; la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), costituita con la *loi* n. 78-17 del 6 janvier 1978; di poco successiva l'istituzione del *Comité national d'évaluation des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel* (CNÉ), con la *loi* 26 janvier 1984.

¹¹⁵ Il riferimento è alla Loi 2017-55 del 20 gennaio 2017 che, oltre a dettare un nucleo comune di disposizioni attinenti ai profili organizzativi delle autorità indipendenti, ha provveduto anche a sopprimere alcune di esse in modo tale da realizzare un effetto di razionalizzazione del loro numero. Per un commento alla legge citata e ai problemi che ha lasciato irrisolti si rimanda a P. IDOUX, *Le nouveau statut général des AAI et API*, in *AJDA*, 2017, p. 1115 ss.

¹¹⁶ L'istituzione della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa è avvenuta tramite la legge 7 giugno 1974, n. 216.

¹¹⁷ Nel corso degli anni '90 si è assistito, più nello specifico, all'istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (legge 12 giugno 1990, n. 146), della autorità garante della concorrenza e del mercato (legge 10 ottobre 1990, n. 287), della Commissione di vigilanza sui fondi pensione (d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124), dell'autorità di regolazione per energia reti e ambiente (legge 14 novembre 1995, n. 481), del Garante per la protezione dei dati personali (l. 31 dicembre 1996, n. 675) e dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni (legge 31 luglio 1997, n. 249).

¹¹⁸ Il riferimento è alle autorità più recenti, come l'autorità di regolazione dei trasporti (ART), istituita dall'articolo 37 del decreto-legge n. 201 del 2011, poi modificato dall'articolo 36 del decreto-legge n. 1 del 2012.

¹¹⁹ Il ruolo delle autorità indipendenti di regolazione continua ad essere ritenuto centrale nel dibattito scientifico relativo alle modalità di regolazione delle nuove piattaforme digitali e delle tecnologie

Ciò premesso, condurre un'analisi unitaria sulle autorità amministrative indipendenti si rivela quanto mai arduo, posto che, tanto in Italia quanto in Francia, l'assenza di una disciplina organica alimenta un velo di mistero ed incertezza intorno alla loro natura e ai loro elementi identificativi. Tanto che in alcuni casi non vi è unanimità di vedute sulla stessa riconducibilità di una certa figura al *genus* delle AAI¹²⁰.

Ciò è dovuto al fatto che l'introduzione di queste entità giuridiche non ha costituito il frutto di un disegno unitario e meditato da parte del legislatore. Al contrario, l'istituzione di ciascuna di esse (o, quanto meno, le varie "stagioni" nelle quali si è assistito alla creazione delle autorità) è dipesa da ragioni contingenti, dalla necessità di far fronte ad esigenze estemporanee¹²¹. Si è, così, assistito alla formazione di un reticolato di organismi che, pur presentando elementi di affinità, si caratterizzano anche per una certa eterogeneità, tanto con riferimento al tipo di funzioni esercitate, quanto in relazione ai profili di tipo organizzativo.

Ciò non di meno, la figura può essere ricostruita attraverso l'individuazione di alcuni macroelementi in grado di definire un profilo comune del tipo.

Il primo di questi elementi, così caratterizzante da aver avuto un peso preminente anche nell'individuazione dell'esatta denominazione da assegnare a queste figure, è quello dell'indipendenza dei componenti delle autorità. L'indipendenza, pure da alcuni ritenuta espressione del valore dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione che nell'ordinamento italiano trova un esplicito riconoscimento nell'articolo 97 della Costituzione¹²², costituisce, in realtà, un *quid pluris* rispetto a quest'ultimo

implementate all'interno di esse. Sul punto si vedano le considerazioni, tra gli altri, di G. TARLI BARBIERI, *Considerazioni di sintesi sul ruolo delle Autorità Amministrative Indipendenti nella regolazione delle decisioni algoritmiche*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, III, p. 940 ss.; di R. FRUNZI, *Autorità amministrative indipendenti e profili problematici comuni*, Aracne Editrice, Roma, 2021; e di E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, ESI, Napoli, 2023, p. 230 ss. Per una panoramica sulle funzioni principali delle AAI nell'ordinamento italiano si veda F. TAKANEN, *Le autorità amministrative indipendenti*, Cedam, Milano, 2022; e C. ACOCELLA, *Autorità indipendenti: funzioni e rapporti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022. A livello normativo, la persistenza di un ruolo centrale negli ordinamenti europei per le *Authorities* è confermata dalla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale (COM (2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), e dai più recenti emendamenti che l'hanno interessata.

¹²⁰ Si rimanda a titolo esemplificativo alle considerazioni a proposito della Banca d'Italia svolte dal Professor Francesco Capriglione in occasione dell'Indagine conoscitiva svolta dalla Commissione Affari Costituzionali della Presidenza del Consiglio dei Ministri, nella seduta del 26 gennaio 2011. Egli escludeva che alla Banca d'Italia possa essere riconosciuta la natura di autorità amministrativa indipendente in ragione del fatto che il Presidente del Consiglio dispone di un potere di proposta nel procedimento di nomina del Governatore dell'istituzione. In secondo luogo, metteva in evidenza l'esistenza di poteri più o meno penetranti in capo al CICR (Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio) sull'operato della stessa Banca d'Italia. Poteri che dovevano necessariamente considerarsi incompatibili con lo statuto di indipendenza che costituisce il profilo più significativo delle AAI.

¹²¹ Si veda, *ex multis*, F. RIGANO, *Le Autorità Indipendenti nel sistema costituzionale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2002, II, p. 363, il quale assume un tono critico nei confronti delle posizioni della dottrina che, nello sforzo di costruire un modello unitario e generale di autorità indipendente, hanno sottovalutato le peculiarità e gli elementi di unicità di ciascuna di esse.

¹²² Per alcune interessanti riflessioni sui rapporti tra il principio di imparzialità e quello di indipendenza, si rimanda a S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999, p. 105 ss., la quale sostiene che il

concetto. Infatti, ai fini della sua affermazione, non è sufficiente che i membri delle autorità si comportino in modo imparziale e, quindi, agiscano in modo non discriminatorio ed obiettivo. Si richiede, invece, che questi siano anche totalmente autonomi, tanto rispetto alle Amministrazioni statali, quanto al potere politico¹²³.

Accanto al valore dell'indipendenza si colloca quello della neutralità, al quale è attribuito un valore semantico diverso ed ulteriore. Sebbene la sua effettività sia da più parti contestata, si tratta comunque di un valore che da sempre contraddistingue la figura delle autorità indipendenti nelle ricostruzioni della letteratura scientifica¹²⁴ e che allude al fatto che il soggetto pubblico non è titolare di funzioni di cura e non persegue un determinato interesse pubblico, ma si limita alla neutrale ed oggettiva attuazione del dettato normativo. Diversamente dalle amministrazioni tradizionali, quindi, quelle indipendenti agirebbero nella completa indifferenza rispetto agli interessi in gioco, limitandosi a dare loro attuazione sulla base di valutazioni squisitamente tecniche¹²⁵.

Per adempiere alla missione da ultimo citata, le autorità necessitano di un'elevatissima competenza tecnica e professionale, che costituisce un

dettato costituzionale apra la strada alla configurazione di due possibile modelli di Amministrazione pubblica, quella "di parte" (tradizionale), e quella acefala ed indipendente, che risponderebbe al modello delle AAI.

¹²³ Il valore dell'indipendenza è assicurato (almeno in astratto) da una serie di accorgimenti presi dalle leggi istitutive delle autorità. Questi consistono, generalmente: nell'adozione di criteri di nomina dei membri degli organi apicali che dovrebbero porli al riparo da condizionamenti politici (nomina parlamentare o nomina governativa, previo parere delle Commissioni parlamentari); dai requisiti di elevata competenza professionale che devono essere posseduti dai soggetti candidati; dal regime delle incompatibilità con qualsiasi incarico professionali o di consulenza, compresa la titolarità di cariche elettive; la durata del mandato (6 o 7 anni) che è sempre superiore e non coincidente con quella della legislatura; la tendenziale irrevocabilità del mandato e la non rinnovabilità, che dovrebbe escludere condotte compiacenti nei confronti degli organi titolari del potere di nomina. Per un approfondimento su questi profili e per l'analisi dei profili critici che il sistema rivela, si rimanda a G. NAPOLITANO – G. MOCAVINI – G. BUTTARELLI – R. MORGANTE, *Autorità indipendenti e separazione dei poteri: un'analisi empirica delle nomine e dei mandati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, I, p. 441 ss.

¹²⁴ Sul valore della neutralità come elemento distintivo delle autorità indipendenti si veda C. FRANCHINI, *Le Autorità Indipendenti come figure organizzative nuove*, in C. FRANCHINI – S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole. Le Autorità Indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia del nostro paese*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 80; e A. MASSERA, *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Volume III, Giuffrè, Milano, 1988, p. 449 ss., il quale mette in risalto il valore della neutralità come attributo necessario alla migliore realizzazione della funzione di tutela degli interessi sensibili, della quale sono investite le autorità. In senso fortemente critico, invece, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 60, e M. MANETTI, *Poteri neutrali* cit., p. 151 ss. Quest'ultima, in particolare, esprime grande scetticismo rispetto al riconoscimento di un'effettiva neutralità alle AAI. Secondo l'Autrice quello della neutralità non sarebbe nient'altro che un mito, un placebo creato per generare un'illusione di oggettività all'interno di settori che coinvolgono interessi particolarmente sensibili, ma che, invece, cela dietro di sé scelte dal carattere squisitamente politico.

¹²⁵ In alcune ricostruzioni la neutralità è intesa in senso ancora più forte, non come semplice attuazione del dettato normativo, ma come realizzazione del bilanciamento tra gli interessi costituzionali coinvolti nella situazione regolata. All'autorità sarebbe, quindi, riferita una funzione di migliore attuazione di questi valori, in materie in cui il mancato intervento della fonte legislativa primaria si spiegherebbe proprio in ragione della volontà di sottrarre tali ambiti alla regolamentazione politica della maggioranza parlamentare. In questo senso anche G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 135 ss.

ulteriore ingrediente essenziale del modello. Nella maggior parte dei casi, infatti, questi soggetti sono costituiti e chiamati ad intervenire all'interno di settori di notevole complessità e soggetti a rapide evoluzioni, con la conseguenza che il perseguimento della loro missione sarebbe irrealizzabile senza il possesso di conoscenze altamente specialistiche¹²⁶.

Un altro elemento comune alle varie autorità è rappresentato dall'eterogeneità delle funzioni esercitate, nonché dal cumulo di poteri dalla natura fortemente diversificata (alcuni squisitamente amministrativi, altri normativi e quasi-giurisdizionali), che le rendono figure assolutamente uniche all'interno del panorama istituzionale degli ordinamenti italiano e francese. Tali funzioni hanno sollevato grandi perplessità sulla loro compatibilità con alcuni dei principi fondamentali propri di uno Stato di diritto, primo tra tutti quello della separazione dei poteri¹²⁷.

Nonostante i punti di contatto, permangono grandi differenze tra un'autorità e l'altra, dovute alla già citata mancanza di un disegno unitario. La conseguenza di ciò è che ognuna di esse possiede una fisionomia propria.

Questo stato di cose è, altresì, alla base dell'elaborazione di una serie di distinzioni all'interno della categoria delle AAI, volte a marcare le differenze esistenti ed a ricercare sotto-modelli capaci di esprimere in maniera più aderente alla realtà i caratteri degli organismi che compongono un paniere così variegato¹²⁸.

Ma, al di là dei caratteri comuni e delle possibili distinzioni operabili all'interno di questo modello generale, ciò che più rileva ai fini del presente lavoro è cercare di rintracciare (pur nel quadro di generale confusione che, come visto, ha caratterizzato la loro comparsa) le ragioni principali che hanno indotto il legislatore a ricorrere alla figura delle autorità indipendenti

¹²⁶ Sul punto, a titolo esemplificativo, si veda l'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, istitutiva dell'AGCM, che prevede che «il presidente è scelto tra persone di notoria indipendenza che abbiano ricoperto incarichi istituzionali di grande responsabilità e rilievo. I quattro membri sono scelti tra persone di notoria indipendenza da individuarsi tra magistrati del Consiglio di Stato, della Corte dei conti o della Corte di cassazione, professori universitari ordinari di materie economiche o giuridiche, e personalità provenienti da settori economici dotate di alta e riconosciuta professionalità».

¹²⁷ Si vedano, tra le altre, le considerazioni svolte da J. CHEVALLIER, *Autorités Administratives Indépendantes et État de droit*, in *Civitas Europa*, 2016, 37, p. 143 ss.

¹²⁸ Di particolare interesse quella effettuata da G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, cit., p. 658 ss., il quale ritiene che molte delle AAI non dispongano di un vero e proprio statuto di indipendenza. Secondo l'Autore, si tratterebbe di autorità che, pur caratterizzandosi per una imparzialità maggiore di quella propria delle strutture amministrative tradizionali, non sono comunque del tutto sottratte all'indirizzo politico governativo e, per questo, conservano la natura di soggetti di diritto amministrativo. Accanto a queste autorità ve ne sarebbero altre titolari di funzioni squisitamente neutrali, esercenti poteri analoghi a quelli dell'arbitro e del giudice, che vengono dall'Autore accostate, quanto alla loro natura *sui generis*, alla Corte Costituzionale ed alla Corte dei Conti. Ulteriori distinzioni all'interno della categoria sono effettuate da A. RIVIEZZO, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2005, p. 321 ss., questa volta basate sulla natura neutrale o anche, in senso lato, politica del potere esercitato, con particolare riferimento al bilanciamento degli interessi coinvolti dall'azione regolatoria. Un'altra tradizionale distinzione è, poi, quella tra autorità di regolazione e autorità di garanzia, queste ultime dotate, appunto, di funzioni di attuazione e controllo su interessi costituzionali particolarmente sensibili. Una distinzione che, però, con il tempo ha progressivamente perso la sua rilevanza, come sottolineato da S. FOÀ, *I regolamenti delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 49 ss.

e le funzioni che, per il tramite di soggetti dotati di questi connotati, si è inteso perseguire.

Gli orientamenti dottrinali che si sono sviluppati in Italia sul punto sono molteplici e meritano di essere passati in rassegna, seppur sinteticamente.

Secondo un primo indirizzo, queste autorità sarebbero state introdotte con il compito di assicurare l'attuazione del valore della concorrenza all'interno dei mercati interessati dalle politiche europee di liberalizzazione degli anni '80 e '90 (con il contestuale abbandono, quindi, di politiche economiche di tipo finalistico) e con quello, parallelo e consequenziale, di garantire la tutela degli interessi fondamentali, anche di lignaggio costituzionale, coinvolti all'interno di questi settori. In base a questa lettura, quindi, l'esistenza delle AAI sarebbe strettamente connessa all'arretramento dello Stato nei mercati che in precedenza costituivano oggetto della sua gestione monopolistica, avvenuto in ragione del passaggio dal modello dello Stato imprenditore a quello dello Stato regolatore¹²⁹. Si tratterebbe di soggetti chiamati ad assicurare il rispetto dei principi della concorrenza in settori a rischio di condotte anticoncorrenziali soprattutto da parte delle imprese in controllo pubblico e, al contempo, alla predisposizione di regole di carattere tecnico, funzionali alla migliore tutela dei diritti dei soggetti privati coinvolti nelle dinamiche concorrenziali.

Un altro orientamento autorevolmente sostenuto è quello che individua il fondamento delle autorità indipendenti nella ricerca di nuovi canali di comunicazione tra pubblici poteri e società, nell'ottica di una migliore attuazione delle garanzie di pluralismo e di autonomia rivendicate dalle varie formazioni sociali, alle quali si rivolge, del resto, l'articolo 5 della Costituzione¹³⁰. In questa prospettiva (che trova un solido fondamento anche nel disposto dell'articolo 1 della Carta Costituzionale), quindi, le autorità indipendenti assolverebbero la funzione di costituire nuove forme per la partecipazione dei cittadini (considerati come membri delle rispettive

¹²⁹ Questa è la prospettiva sposata, tra gli altri, anche da F. ZAMMARTINO, *Il modello multiplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 19 ss.; e da V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Il Foro Amministrativo*, 1997, I, p. 341 ss. Ma sul punto si vedano soprattutto le interessanti posizioni dei sostenitori della, così detta, «teoria condizionalistica». In particolare, S. CASSESE, *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in AA.VV., *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 47 ss.; e L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alle cure delle Autorità Indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 58 ss.

¹³⁰ Si tratta di una posizione sostenuta con particolare autorevolezza soprattutto da A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Antella, 1997, p. 30 ss., e da M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 37 ss. Quest'ultimo mette proprio in evidenza il fatto che, più che quello di «indipendenza», merita di essere valorizzato il concetto di «autonomia» che si lega strettamente alla funzione delle autorità. Questa nozione sottolinea come la loro azione si leghi a nuove forme di espressione degli interessi di una certa categoria o comunità. In questa prospettiva, le amministrazioni indipendenti sono concepite come istituzioni in grado di concretare nuovi canali per la rappresentanza degli interessi delle categorie cui rivolgono la loro attività. In altri termini, gli organismi indipendenti sarebbero uno dei principali canali alternativi alla rappresentanza degli interessi della collettività, affermatosi con particolare forza soprattutto a partire dalla crisi dei partiti politici dei primi anni '90 del secolo scorso.

categorie di appartenenza) alla vita politica dell'ordinamento. È un approccio che si fonda sulla consapevolezza della crisi della legge e della politica che nel contesto storico e politico odierno segnano la vita dell'ordinamento e che ricerca una risposta, in funzione compensativa, proprio nel ruolo di raccordo che le AAI sarebbero in grado di svolgere rispetto alla società¹³¹. Questa linea interpretativa troverebbe conforto nelle attuali modalità di funzionamento delle autorità stesse, caratterizzate da una particolare apertura nei confronti della cittadinanza e dalla moltiplicazione delle occasioni di dialogo con le parti interessate. Un dialogo che assume particolare valore, come si vedrà, in relazione ai procedimenti di *rulemaking*.

È stata, poi, parimenti autorevolmente sostenuta la prospettiva che rinviene il fondamento e la funzione delle autorità indipendenti nell'attuazione di precisi obblighi comunitari che imporrebbero l'istituzione di queste figure¹³². In quest'ottica, le diverse autorità troverebbero giustificazione nel dovere di realizzare la concorrenza all'interno del mercato, valore che assumerebbe una portata, in senso lato, costituzionale all'interno dell'ordinamento europeo¹³³. Se le premesse rispetto alla prima tesi citata sono simili, va messo in evidenza che, in questo caso, sono proprio gli obblighi discendenti dall'ordinamento euro-unitario a costituire la chiave per la spiegazione della diffusione del modello dell'amministrazione per autorità indipendenti. L'adempimento degli obblighi sovranazionali è, altresì, invocato a giustificazione delle deviazioni

¹³¹ La tesi, pur suggestiva, non sembra, però, cogliere nel segno. È, infatti, innegabile che nella loro configurazione attuale le autorità indipendenti costituiscano un importante canale di raccordo tra individui e società e favoriscano la partecipazione delle categorie interessate ai procedimenti inerenti alle funzioni di regolazione. Tuttavia, sembra quanto meno azzardato ritenere che questa partecipazione ed esaltazione delle autonomie costituiscano il fondamento dell'istituzione degli organismi che qui si prendono in considerazione. La ricerca e la valorizzazione del consenso dei soggetti interessati dalla regolazione (come dimostrato anche dall'incompleta attuazione della normativa vigente in materia di partecipazione ai procedimenti condotti dalle AAI) sembra costituire, piuttosto, uno strumento di compensazione dell'assenza di legittimazione democratica delle autorità stessa. Un fattore, quindi, che interviene *ex post* e non si pone a fondamento delle scelte inerenti alla costituzione degli enti. Del resto, queste considerazioni sembrano trovare conforto anche nell'esperienza delle IRC americane che si è avuto modo di illustrare in precedenza, anch'essa caratterizzata da una procedimentalizzazione dell'esercizio di poteri normativi intervenuta in funzione compensativi del *deficit* di rappresentatività democratica lamentato in seno alle agenzie. Sembra condividere questa impostazione anche S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le Autorità Indipendenti*, Edizioni ETS, Pisa, 1996, p. 269, la quale, pur affermando che la tesi che si basa sul fondamento costituzionale delle AAI sugli articoli 2 e 5 sarebbe quella che si esporrebbe di meno a rilievi critici tra quelle che tentano di far discendere dal testo costituzionale la ragione dell'esistenza di questi organismi, ritiene che si tratti di una prospettiva più *de iure condendo* che *iure condito*, posto che l'attuazione dei citati valori costituzionali (oggi come allora) si arresta ad un livello tale a livello di legislazione primaria in materia di autorità indipendenti da non consentire di effettuare un'affermazione così netta a riguardo.

¹³² Sul punto si rinvia alle considerazioni di F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 20 ss.; F. MERUSI – M. PASSARO, *Le Autorità Indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 69 ss.; e ID., *Autorità Indipendenti* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, VI agg., Giuffrè, Milano, 2002, p. 143 ss.

¹³³ Si vedano sul punto le considerazioni di A. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 61 ss., il quale manifesta non poche perplessità in relazione alle ricostruzioni degli Autori che ritengono di poter correggere qualsiasi motivo di frizione del modello delle autorità indipendenti con i principi costituzionali dell'ordinamento attraverso la giustificazione della loro esistenza e degli ampi poteri ad esse riconosciuti alla luce del diritto europeo.

dai principi elaborati dall'ordinamento interno per l'amministrazione tradizionale e per i pubblici poteri in generale. In questa ipotesi ricostruttiva, l'istituzione delle *Authorities* e l'attribuzione ad esse di poteri normativi nei settori di competenza sembra configurarsi come una conseguenza obbligata del recepimento dei principi comunitari in materia di liberalizzazioni e concorrenza, che imporrebbero l'allontanamento della politica dalle scelte inerenti ai mercati. Scelte riservate in via esclusiva alle amministrazioni indipendenti che, guidate dall'obiettivo della massimizzazione della concorrenza, implicherebbero comunque ed inevitabilmente anche opzioni di bilanciamento tra contrapposti valori. Scelte, quindi, *lato sensu* politiche.

Così come in Italia, anche nell'ordinamento francese non è dato individuare un progetto unitario e coerente che ha guidato l'azione del legislatore nella istituzione delle varie AAI¹³⁴.

Del pari, anche nel sistema giuridico d'oltralpe l'istituzione delle AAI ha interessato prevalentemente settori sensibili (per la natura degli interessi coinvolti), ma anche di particolare rilevanza economica e caratterizzati dalla presenza di un monopolio statale prima dell'avvio della stagione delle liberalizzazioni¹³⁵.

Quanto alle ragioni giustificative alla base della loro istituzione, la dottrina maggioritaria francese condivide la prospettiva secondo la quale le AAI sono nate in risposta ad un bisogno di indipendenza dell'amministrazione rispetto al potere politico, dovuto alla crescente diffidenza della comunità degli amministrati verso quest'ultimo. Si sarebbe trattato, in questo senso, di un'operazione rispondente a principi di trasparenza ed imparzialità nella loro massima espressione. Questo particolare bisogno è stato avvertito maggiormente all'interno di contesti caratterizzati da notevole delicatezza, in quanto tali esposti a più concreti rischi di lesione degli interessi dei soggetti coinvolti¹³⁶. Anche in questo caso, sulla valutazione di particolare sensibilità del settore considerato ha giocato un ruolo importante il passaggio dal modello dello Stato imprenditore a quello dello Stato regolatore, con la conseguenza che numerosi settori

¹³⁴ Interessanti i riferimenti contenuti in M. LOMBARD, *Régulateurs indépendants, mode d'emploi*, in ID, *Régulation économique et démocratie*, Paris, 2006, p. 213 ss., che mostra come la mancanza di un disegno unitario in relazione all'istituzione delle autorità indipendenti si ricavi anche dalle diverse soluzioni impiegate dal legislatore per garantire l'indipendenza dei membri dei collegi delle diverse autorità e quelle riguardanti l'attribuzione della personalità giuridica e dell'autonomia finanziaria.

¹³⁵ Sul punto si rimanda alla lettura del *Rapport Public* del *Conseil d'état* del 2001 sulle *Autorités Administratives Indépendantes*, p. 267, nel quale vengono citate, quali esempi di autorità istituite all'interno di settore precedentemente soggetti al monopolio statale, l'*Autorité de Régulation des Télécommunications* nel 1996 e la *Commission de Régulation de l'électricité* nel 2000.

¹³⁶ Così, M.J. GUÉDON, *Les Autorités Administratives Indépendantes*, Paris, 1991, p. 16 – 20, la quale sottolinea il legame esistente tra l'istituzione delle autorità indipendenti e l'esigenza di regolare e di proteggere le libertà individuali all'interno di settori che si caratterizzano per l'ascesa di grandi poteri di ordine economico, scientifico e mediatico. Sulla funzione di tutela degli interessi dei privati da parte delle AAI si vedano anche le considerazioni di C. CHAMPAUD, *Régulation et droit économique*, in *Revue internationale de droit économique*, I, 2002, p. 55 ss.; e di C. CODRON, *Les Autorités Administratives Indépendantes. Moyens effectifs et capacité réelle d'intervention*, in J.J. LAVENUE – B. VILLALBA, *Vidéo-surveillance et détection automatique des comportements anormaux*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2011, p. 267 ss.

economici prima gestiti dal soggetto pubblico sono stati “ceduti” ai privati, con tutti i rischi che questo avrebbe potuto determinare in termini di tutela degli interessi degli utenti¹³⁷.

Ancor più che nelle ricostruzioni effettuata dalla dottrina italiana, però, nelle considerazioni della dottrina e della giurisprudenza francese si ritrovano chiari riferimenti anche al bisogno di flessibilità, tecnicità e rapidità nell'amministrazione e nella regolazione di settori particolarmente complessi a livello tecnico e caratterizzati da evoluzioni eccezionalmente celeri. In questa prospettiva il modello delle AAI risponde, quindi, ad un bisogno di efficienza ed elasticità dell'ordinamento, chiamato a farsi trovare pronto di fronte a mutamenti che si producono senza soluzione di continuità all'interno delle realtà regolate¹³⁸.

Per l'ordinamento francese le ragioni riposano, quindi, prevalentemente sull'esigenza di assicurare forme rinforzate di protezione e tutela a determinate categorie di interessi sensibili e su quella di rapido adattamento della disciplina dettata per essi.

Per quanto concerne l'esperienza italiana, le varie ricostruzioni passate brevemente in rassegna presentano un elemento comune: la riconduzione delle autorità indipendenti alla tutela di libertà costituzionali fondamentali, in vario modo coinvolte all'interno dei settori posti sotto l'egida delle stesse autorità¹³⁹. Un fondamento che, secondo alcune delle teorie citate,

¹³⁷ Il ruolo giocato dal mutamento del sistema economico sul ruolo giocato dalle Autorités Indépendantes in Francia è stato evidenziato da M. GJIDARA, *Le contrôle exercé par le juge administratif sur les Autorités Administratives Indépendantes*, in *Zbornik radova Pravno fakulteta u Splitu*, II, 2013., p. 265 ss.

¹³⁸ Si vedano, a questo riguardo, le considerazioni svolte all'interno del rapporto redatto dal *Conseil d'État* nel 2001 sulle *Autorités Administratives Indépendantes*, p. 275 ss. Ragioni analoghe sono state esplicitate all'interno del rapporto dell'*Assemblée Nationale* del 2006, p. 28, nel quale l'istituzione delle AAI viene messa in relazione, oltre che alla tecnicità dei settori regolati, anche alla tutela dei diritti fondamentali e di rilievo costituzionale coinvolti all'interno del settore considerato. A livello dottrinale le riflessioni svolte si dimostrano nella sostanza omogenee a quelle della giurisprudenza, come dimostrato da J.V. BOREL, *L'attribution à une Autorité autre que le Premier Ministre du pouvoir normatif d'application d'une loi ou d'un décret: le cas de la Commission de Régulation de l'électricité*, in *Cahiers de méthodologie juridique*, V, 2001, p. 2249, il quale rinvia il fondamento delle AAI nell'esigenza di assicurare una particolare tutela alle libertà fondamentali dei cittadini all'interno di settori di rilevante interesse economico e caratterizzati da una eccezionale complessità tecnica, tale da rendere necessario l'intervento di soggetti particolarmente esperti, ai quali attribuire funzioni di regolazione. Si rimanda, su questo punto, anche a C.A. COLLIARD – G. TIMSIT, *Les Autorités Administratives Indépendantes*, PUF, Paris, 1988, p. 78, che individuano, parimenti, la funzione perseguita tramite l'istituzione delle AAI nell'esigenza di tutelare le libertà fondamentali dei cittadini attraverso modalità nuove, inattuabili né dall'amministrazione tradizionale, né dal Parlamento, né dall'autorità giudiziaria ed all'interno di settori in cui questi diritti corrono maggiormente il rischio di essere lesi, in ragione dei poteri economici con i quali si confrontano.

¹³⁹ Si esprime in maniera particolarmente critica nei confronti delle ricostruzioni che fanno leva sull'argomento costituzionale S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione* cit., p. 267 ss., la quale osserva che l'argomento in parola pretende di provare troppo. Affermare che la giustificazione dell'esistenza e dei poteri delle autorità indipendenti deriverebbe dalla loro funzione di attuazione dei principi costituzionali costituisce affermazione oltremodo generica, posto che l'attuazione di tali valori non postula necessariamente l'istituzione di un'AAI. Per di più, le autorità in parola finiscono per dare luogo ad una situazione paradossale, consistente nell'attuazione della Costituzione e dei valori in essa espressi attraverso modalità che si pongono in conflitto con la stessa Carta Costituzionale. Si finisce, cioè, per realizzare un'attuazione della Costituzione secondo moduli incostituzionali. La prospettiva della tutela dei diritti come funzione fondamentale delle autorità indipendenti emerge con chiarezza in D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, ESI, Napoli, 2022.

consentirebbe di giustificare pienamente le deroghe che lo statuto delle autorità indipendenti apporta rispetto ad alcuni fondamentali principi costituzionali¹⁴⁰ (la tutela dei quali è spesso resa esplicita dalle stesse leggi istitutive delle *Authorities*¹⁴¹).

Le posizioni che fanno leva sull'attuazione dei valori costituzionali presentano un indubbio fondamento, ma probabilmente pretendono di provare troppo. Non può, infatti, ritenersi che la sola tutela di questi valori possa essere sufficiente a giustificare l'esistenza delle AAI e il loro statuto eccezionale¹⁴². I diritti costituzionalmente rilevanti, anche quelli di maggior valore, sono anche oggi realizzati secondo modalità che non implicano necessariamente l'istituzione di un'autorità indipendente. In primo luogo, sono curati dall'attività posta in essere dalle Amministrazioni statali e locali che appartengono alla tradizione amministrativa dell'ordinamento.

Un fattore ulteriore e determinante, al quale, come visto, soprattutto la dottrina francese ha riservato una certa attenzione, è quello della competenza tecnica delle autorità alle quali sono affidate queste funzioni di regolazione. Quasi nella totalità dei casi, questi soggetti sono investiti di poteri particolarmente incisivi in relazione a settori caratterizzati da una grande complessità tecnica e tecnologica. In relazione a questi ambiti emerge l'esigenza di una regolazione condotta da soggetti indipendenti dal potere politico che, in quanto tali, sarebbero in grado di effettuare le scelte migliori in termini di efficienza della gestione del settore, nonché in termini di rapidità e di speditezza nell'adattamento dell'impianto regolatorio alle esigenze della realtà. Si tratta di un profilo determinante e che, per l'ordinamento italiano, è emerso con grande evidenza soprattutto in relazione all'istituzione delle prime autorità indipendenti, vale a dire la Banca d'Italia e la Consob.

Se, infatti, il carattere di complessità dei settori in cui operano autorità non costituissero un elemento fondamentale per la loro istituzione e per l'affidamento a questi soggetti di poteri regolatori, non si spiegherebbe

¹⁴⁰ A questo riguardo, si veda nuovamente M. CUNIBERTI, *Autorità Indipendenti* cit., p. 70 ss., che sostiene che le autorità indipendenti rappresentino la perfetta sintesi tra il modello dell'Amministrazione come soggetto garante dei diritti e delle libertà costituzionalmente riconosciute ai cittadini e come soggetto titolare di un potere autoritativo rispetto al cui esercizio si è avvertita l'esigenza di introdurre vincoli e principi atti a contenerlo. Con la particolarità che, nel caso delle AAI, i principi da ultimo citati, primi tra tutti quelli di legalità e di riserva di legge, sono generalmente derogati o inattuati.

¹⁴¹ È il caso della legge 10 ottobre 1990, n. 287, istitutiva dell'autorità antitrust, che fa espresso riferimento all'«attuazione dell'art. 41 della Costituzione» e della legge 14 novembre 1995, n. 481, istitutiva delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, che all'articolo 1 individua le finalità perseguite proprio con la costituzione di questi organismi, affermando che: «Le disposizioni della presente legge hanno la finalità di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, di seguito denominati “servizi”, nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal governo».

¹⁴² Il riferimento è soprattutto alle tesi maggiormente estremistiche quanto alla concezione della neutralità delle AAI, come quella propria di N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità Indipendenti*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, cit., p. 97 ss.

perché l'*expertise* tecnica costituisca uno dei profili più caratterizzanti dei membri di questi organismi.

Il profilo da ultimo richiamato emerge con particolare nettezza soprattutto in relazione all'esercizio di poteri normativi¹⁴³ che, come visto, costituiscono anche una delle funzioni principali (si direbbe, una di quelle con le maggiori proprietà identificative del tipo) riconosciuta alle *Authorities*, tanto da venire di frequente chiamata in causa nelle argomentazioni dei fautori delle diverse posizioni dottrinali che sono state passate in rassegna.

Questo sguardo ravvicinato sul potere normativo degli organismi indipendenti sarà l'occasione per scrutarne meglio l'oggetto ed i contenuti, al fine di valutare se il carattere esclusivamente tecnico delle scelte effettuate nelle materie che definiscono il perimetro delle loro competenze consenta di ricondurre il sistema a coerenza. Una coerenza che, invece, rischierebbe di venir meno nel caso in cui i poteri normativi loro conferiti, spesso sulla base di leggi di attribuzione pressoché prive di principi e criteri direttivi, rivelassero anche connotati politico-discrezionali.

2.3 Il potere regolamentare delle AAI nell'ordinamento italiano.

Nell'ampio repertorio di poteri dei quali sono investite le autorità amministrative indipendenti¹⁴⁴, quelli di natura regolamentare rappresentano, probabilmente, i più rilevanti e, al contempo, i più discussi.

Si tratta, infatti, di prerogative che consentono alle citate autorità di intervenire in senso modificativo sull'ordinamento giuridico, mediante l'elaborazione di regole vincolanti per tutti i destinatari. La loro importanza nel perseguimento della funzione di regolazione del settore affidato all'egida delle autorità è, quindi, lampante. Più di ogni altro potere, quello normativo consente alle *Authorities* di incidere efficacemente sulla disciplina giuridica vigente nei campi di loro competenza.

La titolarità di questi poteri si spiega alla luce di alcuni dei principali motivi alla base dell'istituzione delle *Authorities*, messi in evidenza in precedenza.

In primo luogo, ha avuto un ruolo determinante l'abbandono del modello dello Stato imprenditore e l'accoglimento della figura dello Stato regolatore, che ha fatto sorgere l'esigenza di una regolazione del mercato indipendente dalle influenze della politica. Strettamente legato a questo

¹⁴³ Questi aspetti sono ben messi in evidenza da S. FOÀ, *I regolamenti delle Autorità Amministrative Indipendenti* cit., p. 42 ss., che sottolinea come spesso l'affidamento di poteri normativi ai soggetti tecnicamente esperti celi, in realtà, l'attribuzione di poteri che, lungi dall'essere neutrali e dal costituire una mera oggettiva attuazione della legge, nascondono un carattere politico e discrezionale. Dello stesso avviso M. MANETTI, *Poteri neutrali* cit., p. 39 ss., che, oltre a condividere le preoccupazioni in relazione ad una deriva tecnocratica capace di celare un potere di tipo politico, mette in evidenza il fatto che tra i fattori principali che inducono un ordinamento ad attribuire un potere regolatorio a soggetti neutrali vi è la complessità tecnica della materia e la sua capacità di evolvere rapidamente.

¹⁴⁴ Per una sintetica ricostruzione delle funzioni che, di norma, sono complessivamente attribuite alle autorità indipendenti, si veda E. DE MARCO, *Le funzioni delle «Autorità Indipendenti»*, in S. LABRIOLA, *Le Autorità Indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano, 1999.

aspetto, quello della tutela dei diritti costituzionalmente garantiti, che rivelavano una particolare sensibilità e vulnerabilità all'interno dei settori economici precedentemente affidati alla gestione monopolistica dello Stato.

La maggior parte delle autorità indipendenti è, così, divenuta assegnataria per legge di un espresso potere normativo, a conferma della rilevanza di quest'ultimo nello strumentario a loro disposizione per la realizzazione delle rispettive *missions*¹⁴⁵.

La conformazione di questo potere normativo ad opera della legge attributiva, però, presenta in molti casi forti elementi di criticità.

Un primo fattore di problematicità risiede nel fatto che il potere di normazione è esercitato da soggetti istituzionali che, data la loro indipendenza, rivelano una fisiologica insensibilità a dinamiche

¹⁴⁵ Tra le autorità che beneficiano dei più consistenti poteri normativi rientra senza dubbio l'autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni che, oltre a disporre di un potere di regolazione a carattere generale (benché indefinito ed individuato sulla base di generici compiti e funzioni che la norma le riconosce) attribuito dall'art. 2 della legge n. 481 del 1995, ha ricevuto nel tempo un elevato numero di deleghe da parte di leggi successive che, nella maggior parte dei casi, non si sono premurate di definire puntualmente i criteri per l'esercizio del potere di normazione. Si veda, da ultimo, il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208, (Testo Unico sui Servizi di Media Audiovisivi) che ha attuato la direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato. La norma citata contiene numerose disposizioni che rinviano a successivi regolamenti dell'AGCOM senza premurarsi di dettare una disciplina di principio che vincoli e definisca i contenuti essenziali del potere conferito. Il riferimento è, tra i tanti, all'articolo 22, comma 2, sulla disciplina dell'attività di fornitore di servizi di media radiofonici su onde medie; all'art. 28, comma 3, relativo all'attività di fornitore di servizi interattivi associati o di servizi di accesso condizionato; all'art. 56 che, rubricato «Attribuzioni dell'autorità», conferisce alla stessa poteri regolamentari di diverso tenore. Per una panoramica sulle principali leggi che hanno conferito all'autorità deleghe sostanzialmente in bianco alla predisposizione della disciplina in materia di comunicazioni fino al 2005, si rimanda a M. CUNIBERTI, *Autorità Indipendenti e libertà* cit., p. 303 ss. Un potere regolamentare di grande rilievo è esercitato anche dalla Banca d'Italia, benché generalmente il legislatore non utilizzi espressamente la nozione di "potere normativo", preferendo ricorrere a formule più ambigue ed elastiche come quelle di "atto generale" e di "istruzione". La dottrina, però, è concorde nel ritenere che si tratti di veri e propri poteri regolamentari, come tali in grado di innovare l'ordinamento giuridico. A questo potere fa riferimento, per esempio, in via generale, l'art. 4 del Testo Unico Bancario, che stabilisce che «la Banca d'Italia, inoltre, emana regolamenti nei casi previsti dalla legge». Più puntuali, invece, le disposizioni che conferiscono un potere normativo alla stessa autorità collocate negli articoli successivi della stessa legge, tra le quali, per esempio, l'art. 53, comma 1 (relativo alla vigilanza regolamentare), l'art. 58 e il 146, quest'ultimo in materia di sorveglianza dei sistemi di pagamento (la norma riconosce alla Banca d'Italia il potere di adottare disposizioni generali con riferimento ad una serie di profili, limitandosi a dettare come criterio direttivo unicamente il perseguimento dell'efficienza e dell'affidabilità). In tutti questi casi la norma primaria attribuisce il potere all'autorità senza indicare con precisione i criteri che dovranno guidare quest'ultima nel suo concreto esercizio. Di non minore rilievo sono, poi, i poteri regolamentari di cui dispone la Consob nella materia dei mercati finanziari. Tali poteri presentano la stessa configurazione di quelli esercitati dalle altre autorità, in quanto fondati su una delega in bianco della norma attributiva. Anche la Consob beneficia di una potestà regolamentare di carattere generale, che le è attribuita dall'articolo 3 del Testo Unico della Finanza. Sono puntuali, invece, le altre disposizioni che le conferiscono tale potere in relazione a più delimitati oggetti. Tra queste, l'articolo 6, che disciplina i principi generali in materia di esercizio del potere regolamentare (che riconoscono sia alla Consob che alla Banca d'Italia il potere di prevedere obblighi aggiuntivi per gli operatori, rispetto a quelli stabiliti dalla normativa primaria o europea), l'art. 42 (rubricato "commercializzazione in Italia di quote di azioni di Oicvm UE"), commi 1 e 3, l'art. 46, comma 1, in materia di obblighi relativi all'acquisizione di partecipazioni di controllo di un emittente e numerosi altri. Anche in questi casi, la legge individua solo l'ambito di competenza dell'autorità. Il suo contenuto sostanziale è, quindi, minimo.

democratiche che, invece, costituiscono il fulcro della legittimazione degli organi costituzionali investiti di funzioni di normazione.

Di per sé, l'attribuzione di un potere di normazione ad un'autorità amministrativa non è in contrasto con la Costituzione. È, infatti, ormai minoritaria la posizione dottrinale secondo la quale quello delle fonti secondarie del diritto sarebbe un sistema chiuso¹⁴⁶. È stata, invece, sposata dall'orientamento maggioritario una prospettiva sostanzialistica, in base alla quale esisterebbero tante fonti secondarie, quante siano quelle che, abilitate da una norma di legge, presentino gli elementi propri del tipo¹⁴⁷.

Ma il vero nodo problematico dell'attività regolamentare esercitata dalle autorità indipendenti consiste nella concreta configurazione del potere loro attribuito. L'atteggiarsi di questo potere sembrerebbe poter essere spiegato alla luce delle varie ragioni che la dottrina, come visto in precedenza, pone a fondamento dell'istituzione di questi organismi e dell'attribuzione in loro favore di penetranti facoltà, nonostante queste siano quasi tutte in contraddizione le une con le altre. Il riferimento è sia alla tesi della tecnicità del settore regolato ed alla rapida obsolescenza alla quale esso va incontro, sia a quella del bisogno di porre al riparo gli interessi coinvolti dall'azione delle maggioranze politiche, nonché a quella dell'implementazione di più robusti canali di collegamento tra la società e l'Amministrazione¹⁴⁸.

Infatti, benché formalmente i regolamenti delle autorità indipendenti costituiscano fonti secondarie (come tali subordinate alla legge ed astrattamente tenute a sviluppare i contenuti generali fissati da quest'ultima) accade di frequente che, invece, manifestino una spiccata indipendenza rispetto alla legge attributiva. Finiscono, così, per spezzare quel rapporto di conformità tra fonte secondaria e fonte primaria che costituisce il nucleo del principio di legalità.

Ci si imbatte, cioè, in poteri che, sebbene trovino nella maggior parte dei casi nella legge il proprio fondamento (e garantiscano, quindi, almeno il

¹⁴⁶ Nel senso del "catalogo aperto" delle fonti secondarie del diritto si è da tempo espressa anche la Corte Costituzionale, con la sentenza 21 maggio 1970, n. 79, in occasione della quale, pronunciandosi in relazione ai regolamenti ministeriali, ha affermato che «è vero che i soli regolamenti statali dei quali fa menzione la Carta costituzionale sono quelli emanati dal Presidente della Repubblica, ma da ciò non può dedursi che sia stata riservata alla competenza esclusiva del Capo dello Stato l'emanazione dei regolamenti e che quindi sarebbero illegittime, in riferimento all'art. 87, comma quinto, tutte quelle disposizioni di legge che attribuiscono tale potestà ai ministri».

¹⁴⁷ Sul punto, si vedano le considerazioni di G. DE MINICO, *Regole, comando* cit., p. 15 ss., secondo la quale l'articolo 87 della Costituzione non delinea in modo rigido ed escludente il sistema delle fonti secondarie del diritto. Al contrario, la norma si limita semplicemente ad attribuire una potestà regolamentare al Capo dello Stato. Ciò significa che la legge ordinaria rimane libera di individuare nuovi tipi di fonti secondarie, purché queste ultime ne rispettino i caratteri sostanziali, ovvero quelli di generalità, astrattezza e innovatività dell'ordinamento. Sul numero aperto delle fonti secondarie del diritto nel nostro ordinamento si rinvia anche alla lettura di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, Cedam, Padova, 1984, p. 120.

¹⁴⁸ Su questi aspetti si rimanda alla lettura del paragrafo precedente. Sull'ultima delle funzioni citate, in particolare, si avrà modo di tornare nel prosieguo, con particolare riguardo al valore eccessivo che ad esso è riconosciuto tanto nella spiegazione della funzione ordinamentale della figura dell'autorità indipendente, quanto nella giustificazione della legittimità dei poteri normativi.

rispetto del principio di legalità in senso formale¹⁴⁹), assolvono spesso una funzione che va ben al di là della mera esecuzione o attuazione del dettato di quest'ultima. Anzi, il più delle volte la legge attributiva del potere regolamentare non presenta nemmeno un vero e proprio contenuto sostanziale di principio, limitandosi unicamente ad enunciare in maniera generale quali sono i fini che l'autorità indipendente deve perseguire attraverso l'esercizio dei poteri regolamentari conferiti¹⁵⁰. In altri termini, la legge non si preoccupa di effettuare quel bilanciamento tra interessi in gioco che costituisce il fulcro della scelta politica e che dovrebbe guidare l'esercizio della potestà regolamentare di secondo grado. Il bilanciamento di valori viene demandato alle stesse AAI e si assiste, in questo modo, ad una sovrapposizione e ad un mescolamento tra scelte politiche e valutazioni tecniche.

È evidente, quindi, la collisione che si verifica tra un potere regolamentare così concepito e il principio di legalità amministrativa sostanziale, come definito nelle pagine che precedono. La mancanza di principi e criteri direttivi all'interno della legge di conferimento del potere normativo rende la potestà regolamentare dell'Amministrazione sostanzialmente imprevedibile nei suoi contenuti, oltre che slegata dalle valutazioni dell'organo espressione della sovranità popolare¹⁵¹. Vengono, così, meno tutte le garanzie fondamentali che il principio di legalità reca con sé. In particolare, quelle di prevedibilità, raffrontabilità e democraticità del potere, la cui decurtazione incide in senso limitativo anche sulla tutelabilità in giudizio delle situazioni giuridiche del privato.

Vi sono, poi, casi in cui non è la sola dimensione sostanziale del principio di legalità ad essere chiamata in causa, ma anche quella formale. Si tratta sia dei casi in cui le funzioni para-giustiziali delle autorità vengono esercitate per realizzare gli obiettivi della regolazione¹⁵², sia delle ipotesi in

¹⁴⁹ Come si avrà modo di vedere, si tratta di una regola generale che va incontro a deroghe in una pluralità di casi.

¹⁵⁰ Cfr., F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità* cit., p. 102, che fa riferimento al fatto che le leggi istitutive si limitino nella maggioranza dei casi ad effettuare un mero rinvio alla regolamentazione che l'autorità indipendente dovrà adottare. Si tratta, quindi, di una sorta di abdicazione della legge al proprio ruolo di definizione del bilanciamento tra i vari interessi compresenti nella situazione sulla quale la norma va ad incidere. Sul punto si vedano anche le considerazioni di V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Astrid Rassegna*, rinvenibile all'indirizzo www.astridonline.it, 2009, n. 19, p. 7, il quale fa riferimento al fatto che in un grande numero di casi il potere normativo viene conferito alle AAI da parte della norma mediante una semplice attribuzione di potere, che non contiene alcuna indicazione sui criteri ai quali l'autorità dovrà attenersi nella definizione del contenuto del regolamento.

¹⁵¹ La legge normalmente si limita ad attribuire il potere regolamentare in favore dell'autorità attraverso la predisposizione di "nudi elenchi" di valori, che il soggetto assegnatario delle potestà normative è chiamato a tutelare e a garantire. Su questi aspetti si rinvia a L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Cedam, Padova, 1992, p. 444; e a F. GAMBARDELLA, *La potestà regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti: il caso paradigmatico del regolamento Agcom per la tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*, in *Federalismi.it*, 2017, numero speciale II, p. 8.

¹⁵² Sul tema si rimanda al lavoro di S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 216 ss., che mette in risalto le criticità di questa particolare modalità di impiego dei poteri di risoluzione delle controversie, che si ripercuotono sulla posizione dei regolati, tanto di quelli coinvolti nella

cui l'autorità esercita un potere di regolamentazione con riferimento a materie o ad oggetti che non sono contemplati dalla norma attributiva. Si assiste, in questi casi, ad una vera auto-attribuzione di potere regolamentare¹⁵³.

La citata tendenza all'auto-attribuzione di potere normativo anche nei casi in cui questo non costituisca oggetto di espresso conferimento da parte del legislatore dà l'idea del fatto che le funzioni normative costituiscono un tassello quasi imprescindibile nell'esercizio della funzione di regolazione e che le autorità le avvertano come uno strumento ad esse congenito¹⁵⁴.

Il dato più interessante, a questo proposito, è che in molti casi l'appropriazione di potere normativo ad opera delle stesse autorità incontra l'avallo della giurisprudenza¹⁵⁵. L'esercizio di queste funzioni, pur non espressamente previsto normativamente, è stato, infatti, in molte occasioni giustificato alla luce di esigenze di funzionalità e di adeguato perseguimento della *mission* loro assegnata. Anche in dottrina¹⁵⁶, l'esercizio di questo tipo di

controversia che di quelli ad essa estranei. Un esempio di *regulation by litigation* è offerto dal vigente art. 26 del Codice delle comunicazioni elettroniche, che al comma 3 stabilisce che l'autorità, nell'esercitare la funzione di gestione del contenzioso, persegue gli obiettivi generali ad essa affidati dall'articolo 4 dello stesso testo normativo.

¹⁵³ Sul punto sono interessanti le considerazioni svolte da S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione* cit., p. 202 ss., che fa riferimento al caso della Consob che in diverse occasioni è intervenuta mediante l'adozione di regolamenti in funzione di attuazione di direttive dell'Unione Europea, in mancanza di qualsiasi espressa delega in questo senso da parte del governo. Tra gli interventi più recenti va citata la delibera n. 157/19/CONS dell'AGCOM con la quale è stato adottato il «Regolamento recante disposizioni in materia di rispetto della dignità umana e del principio di non discriminazione e di contrasto all'hate speech». L'intervento normativo, pur certamente apprezzabile nelle sue finalità, si è, però, basato, oltre che sulle funzioni generali attribuite all'autorità, sul generico disposto di cui al previgente articolo 32, comma 5, del d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, che, senza delegare all'AGCOM l'adozione di atti regolamentari in materia, si limitava a stabilire che i servizi di media audiovisivi in Italia rispettano la dignità umana.

¹⁵⁴ Su questi aspetti si veda anche M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali* cit., p. 241, il quale sostiene che spesso la formale attribuzione di potere normativo ad un'autorità indipendente finisce per diventare una mera formalità, posto che sempre più di frequente anche poteri concepiti per assolvere a funzioni differenti vengono impiegati dagli organismi titolari in senso latamente normativo.

¹⁵⁵ Si veda, a tale riguardo, la sentenza del 30 marzo 2017 n. 04101 del TAR Lazio, in *Rass. Dir. farmaceutico*, 2017, VI, p. 1315, con la quale i giudici amministrativi hanno riconosciuto la legittimità di un regolamento adottato dall'autorità per le garanzie nelle comunicazioni in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti elettroniche. Il potere, benché non fosse oggetto di attribuzione espressa da parte di alcuna norma, è stato, ciò nonostante, ritenuto legittimo sulla base di una lettura sistematica delle norme e delle funzioni attribuite all'Agcom in materia di vigilanza sul mercato delle comunicazioni. La pronuncia è stata oggetto di attento approfondimento da parte di F. GAMBARDELLA, *La potestà regolamentare* cit., p. 9 ss., il quale analizza in senso critico le argomentazioni addotte dallo stesso TAR Lazio a giustificazione della legittimità del potere regolamentare dell'autorità e delle norme che ne garantirebbero la compatibilità con il principio di legalità, quanto meno nella sua dimensione formale. Per ulteriori osservazioni sul contenuto della sentenza e la sua rilevanza nell'ambito della giustificazione dei poteri impliciti delle autorità indipendenti si rinvia anche a F. ZAMMARTINO, *Op. ult. cit.*, p. 216 ss. Sugli stessi profili si veda anche N. BASSI, *Poteri amministrativi di regolazione e principio di legalità nella recente giurisprudenza* cit., p. 291, che cita altre due interessanti pronunce del Consiglio di Stato in relazione ai poteri normativi dell'autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico. Si tratta, più in particolare, delle pronunce 30 ottobre 2001, n. 5681, in *Foro amm.* 2001, p. 2866 e 24 ottobre 2001, n. 5861, in *Foro amm. CdS*, 2002, p. 2573.

¹⁵⁶ Cfr., E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 132 ss., il quale riteneva che la frizione che si veniva a creare tra il principio di legalità e i poteri impliciti esercitati dalle AAI fosse fisiologica e trovasse giustificazione nella stessa *ratio* alla base dell'istituzione di queste autorità e nell'assegnazione ad esse di compiti di regolazione e vigilanza. In altri termini, il principio di legalità, inteso nella sua accezione forte e maggiormente garantista, avrebbe dovuto necessariamente cedere dinanzi alle esigenze di efficienza e di rapido

prerogative (giustificato spesso sulla base della teoria dei poteri impliciti¹⁵⁷), è stato in alcuni casi spiegato alla luce della stessa *ratio* sottesa all'istituzione delle AAI: quella di garantire il controllo e la vigilanza su un determinato settore, nonché il suo adeguamento costante alle esigenze del mercato¹⁵⁸.

Inevitabilmente, gli anomali rapporti che il potere regolamentare in parola intrattiene con il principio di legalità hanno stimolato anche alcune interessanti riflessioni sull'effettiva natura giuridica da riconoscergli.

Questo perché il fatto che il potere normativo esercitato dalle autorità indipendenti si mostri sostanzialmente sganciato dall'indicazione di qualsivoglia criterio direttivo o modalità di esercizio da parte della legge di conferimento lo allontana da quella funzione di svolgimento e di sviluppo che questa fonte normativa normalmente esercita rispetto al contenuto di principio della fonte primaria. Questa è la ragione per la quale si è sostenuto che quelli in esame, benché formalmente qualificati come regolamentari, siano, in verità, dei veri e propri poteri di normazione primaria¹⁵⁹. Una qualificazione che discende proprio dall'atteggiamento di rinuncia del legislatore a dettare la disciplina di un determinato settore e dalla sua

adattamento della normativa, da intendere come gli scopi che il legislatore si è proposto di raggiungere attraverso il ricorso alla regolazione tramite AAI. L'Autore esprime, però, una posizione meno drastica qualche anno più tardi, ritenendo che quando si tratti di compiere scelte di carattere politico-discrezionale sia sempre necessario l'intervento di un organo provvisto di legittimazione democratica o che, quanto meno, il potere normativo conferito all'autorità sia esercitato in modo coerente agli indirizzi politici espressi dal governo. Sul punto si veda ID., *La regolazione indipendente dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 30. Analoghe considerazioni si ritrovano in M. RENNA, *Le questioni di legittimità costituzionale del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore on line*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, I, 2014, pp. 111 ss.

¹⁵⁷ Un'interessante analisi ricostruttiva a tutto tondo della categoria dei poteri impliciti si ritrova in P. PANTALONE, *Autorità Indipendenti e matrici della legalità* cit., p. 30 ss.; e in N. BASSI, *Principio di legalità* cit., spec. p. 150 ss. A livello giurisprudenziale, su questi temi è di particolare interesse la lettura della sentenza del Consiglio di Stato sez. VI, 14/12/2020 n. 7972, nella cui motivazione, ai punti 7.2 e 7.3, il supremo organo giurisdizionale amministrativo si esprime in questi termini a proposito dei poteri di regolazione delle autorità indipendenti: «Si tratta di poteri che non sono espressamente contemplati dalla legge ma che si desumono, all'esito di una interpretazione sistematica, dal complesso della disciplina della materia, perché strumentali all'esercizio di altri poteri. (...) La regolazione indipendente, normalmente, ha valenza tecnica ed attiene ad ambiti in costante evoluzione per dinamiche di mercato differenti. (...) La suddetta valenza tecnica impedisce la piena operatività del principio di legalità-garanzia, che assume una valenza debole, non essendo, spesso, possibile assicurare la predeterminazione legislativa delle modalità e del contenuto del potere pubblico».

¹⁵⁸ In altri casi, invece, la possibilità di rinvenire un fondamento implicito del potere regolamentare nei principi generali della materia e nella lettura sistematica delle funzioni attribuite alle autorità amministrative ha incontrato la forte critica della Corte Costituzionale, come avvenuto in occasione della sentenza del 29.09.2003. n. 301, avente ad oggetto l'emanazione di un decreto ministeriale del Ministero dell'Economia e delle Finanze. Sul punto si vedano anche le considerazioni di F. GRECO, *La potestà normativa delle Autorità indipendenti e la partecipazione ai procedimenti di regolazione*, in *giustamm.it*, 30.09.2014, p. 3.

¹⁵⁹ Cfr. le considerazioni di S. SANTOLI, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. Cost.*, 2003, p. 1793 ss. Sul punto si vedano anche le riflessioni di G. DE MINICO, *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Osservatorio sulle fonti*, I, 2012, p. 2 ss., che, nel mettere in evidenza il carattere solo formalmente secondario dei regolamenti delle autorità indipendenti, afferma che questi costituiscono «un polo normativo autosufficiente, perché non prosegue, ma avvia *ex novo*, il processo di integrazione politica che porta poi a compimento». Si tratterebbe, secondo l'Autrice, di un atto ibrido: da un lato, capace di ordinare la realtà e di effettuare le scelte valoriali tra interessi contrastanti (tratto tipico delle fonti primarie); dall'altro, appartenente formalmente alla categoria delle fonti secondarie, con le quali condivide il regime giuridico applicabile.

preferenza a demandare interamente i compiti di regolazione all'autorità indipendente.

Quello tra la legge attributiva del potere e la norma regolamentare emanata dall'autorità sembrerebbe, quindi, un rapporto fondato non sulla gerarchia, ma sulla competenza. La legge si limita ad individuare unicamente l'ambito di competenza dell'autorità e, contemporaneamente, riconosce ad essa una quasi totale libertà nell'elaborazione della normativa sostanziale applicabile¹⁶⁰, provvedendo, al più, ad individuare le generiche finalità che il soggetto indipendente dovrà realizzare e l'oggetto della disciplina¹⁶¹.

Date queste caratteristiche, non sembra, allora, possibile ricondurre questo tipo di atto normativo né alla figura dei regolamenti di esecuzione, né a quella dei regolamenti attuativi o integrativi, tutti disciplinati dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988 e caratterizzati proprio da una funzione di sviluppo dei contenuti della norma di rango primario.

Si sono, allora, fatte strada ipotesi ricostruttive di diverso tenore.

Nonostante l'indubbia esistenza di validi argomenti rispetto alla qualificazione in termini di regolamento indipendente¹⁶², la dottrina maggioritaria ha optato per definizioni diverse, che rivelano il pregio di mettere adeguatamente in risalto le sfumature che rendono unico nel suo genere il potere normativo delle AAI e che impediscono una così netta equiparazione rispetto alla citata figura.

La differenza sostanziale rispetto ai regolamenti indipendenti, infatti, risiede nel fatto che, mentre questi ultimi intervengono a dettare la disciplina in una materia non regolata dalla legge¹⁶³, i regolamenti delle autorità indipendenti (fatte salve le ipotesi di potere regolamentare auto-attribuito o ricavato dalla lettura sistematica delle funzioni assegnate dalla legge) sono espressamente abilitati ad intervenire in una certa materia da un atto di normazione primaria che, oltre ad attribuire il potere, si preoccupa anche di individuare le finalità generali che dovranno essere realizzate mediante il suo esercizio.

¹⁶⁰ Si veda sul punto G. MORBIDELLI, *I poteri normativi delle autorità indipendenti (profili problematici e spunti tratti dalla giurisprudenza statunitense)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2010, I, p. 87 ss.

¹⁶¹ È particolarmente emblematico, a questo proposito, il caso dell'ARERA che, subentrata alla soppressa AEEGSI, ne ha ereditato le funzioni, tra le quali rientrano per pacifica ammissione della stessa giurisprudenza (vedi a questo proposito, Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 17 ottobre 2005, n. 5827), anche i poteri regolamentari. Il dato significativo è che l'esercizio di poteri propriamente normativi non rientra tra le funzioni espressamente attribuite all'autorità dall'art. 2, comma 12, della legge n. 481 del 1995. Inoltre, le finalità indicate dalla citata legge sono formulate in modo oltremodo generico ed indeterminato, rivelandosi sicuramente inadeguate ad orientare concretamente la successiva azione normativa dell'autorità. Si tratta di un potere auto-attribuito, che non trova nella legge alcun parametro effettivamente capace di condizionarne lo sviluppo.

¹⁶² Per il cui inquadramento dogmatico si rinvia al Capitolo I.

¹⁶³ Sul punto sono interessanti le riflessioni di G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità* cit., p. 279, il quale sostiene che non necessariamente il regolamento indipendente interviene a disciplinare un'intera materia. Al contrario, si hanno casi in cui la legge autorizza il regolamento a dettare una disciplina circoscritta ad un oggetto determinato. In questi casi, pertanto, il regolamento indipendente risulta essere circoscritto dall'esterno ad opera delle leggi che, nell'ambito della stessa materia, hanno disciplinato oggetti diversi da quello indicato nella delega.

Il ruolo giocato dalla legge, quindi, benché minimo, ha comunque una sua rilevanza. Di norma, non c'è un intervento spontaneo della fonte regolamentare.

Proprio per sottolineare questa differenza strutturale, si è coniata la definizione di regolamenti «quasi-indipendenti¹⁶⁴». Si tratta, cioè, di regolamenti che, pur subordinati alla legge, occupano una posizione autonoma all'interno del sistema delle fonti. Godono di una competenza propria rispetto ai regolamenti del governo (che, quindi, non possono intervenire modificando la disciplina posta dai primi) e beneficiano della delega a disporre direttamente l'assetto degli interessi in gioco¹⁶⁵. La subordinazione, quindi, si concreta unicamente nell'obbligo di perseguire le finalità generali specificate dalla legge attributiva e in quello di rispettare le altre fonti sovraordinate che sono rilevanti per la materia disciplinata¹⁶⁶.

Nonostante la differenza terminologica rispetto a quella utilizzata dall'articolo 17, lettera c), della legge 23 agosto 1988 n. 400 per i regolamenti del governo, però, rimane la forte tensione del potere così conferito rispetto ai principi di legalità amministrativa e della riserva di legge relativa. Principio, quest'ultimo, che implica che quanto meno la normativa di principio della materia considerata sia dettata dalla legge o da altra fonte primaria ad essa equiparata¹⁶⁷.

I menzionati momenti di aperto conflitto con il principio di legalità sostanziale hanno reso, perciò, necessaria la ricerca di adeguati strumenti di compensazione a salvaguardia del rispetto dei valori che il predetto principio reca con sé. Primo tra tutti, quello di democraticità del potere esercitato.

I problemi riscontrati hanno aperto, così, la strada a differenti soluzioni, alle quali si è fatto ricorso sia alternativamente che cumulativamente per escludere la contrarietà di siffatti poteri ai principi della Costituzione.

¹⁶⁴ L'espressione si ritrova in S. FREGO LUPPI, *L'Amministrazione regolatrice* cit., p. 140 ss., che mette in evidenza proprio il fatto che non si può discutere di regolamenti propriamente indipendenti, perché è il legislatore ad individuare gli interessi che dovranno essere perseguiti. Tuttavia, proprio perché l'intera regolazione del rapporto sottostante viene devoluta al regolamento dell'autorità (sulla base di una delega sostanzialmente in bianco), non si può nemmeno fare ricorso alla categoria dei regolamenti esecutivi-attuativi. Differente la terminologia utilizzata da M.S. GIANNINI, *Consob*, in G.M. FLICK (a cura di), *Consob, l'istituzione e la legge penale*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 57, il quale li definisce "regolamenti di autonomia". Sostanzialmente concorde, però, l'inquadramento dogmatico, posto che l'Autore afferma che, benché portino questo nome, sono fonti sovraordinate rispetto a quelle secondarie, in quanto intervengono in materie nelle quali la legge ha rinunciato a dettare la disciplina.

¹⁶⁵ Aspetto messo in evidenza in modo particolarmente chiaro da M. MANETTI, *Poteri neutrali* cit., p. 186, che sottolinea come molto spesso gli interessi elencati dalle leggi attributive siano tra loro in potenziale conflitto, ma, ciò nonostante, la norma primaria non provveda in alcun modo a fissarne il bilanciamento.

¹⁶⁶ Nei termini, quindi, di un rapporto di mera compatibilità e non di conformità con le fonti sovraordinate.

¹⁶⁷ Cfr. G. DE MINICO, *Regole, comando* cit., p. 18 ss., che sottolinea proprio la contrarietà dei regolamenti delle autorità indipendenti rispetto al principio di legalità e a quello di riserva di legge. In particolare, con riferimento al primo profilo di incompatibilità, l'Autrice mette in evidenza che il regolamento, per essere considerato una vera fonte secondaria anche da un punto di vista sostanziale, deve intervenire ad un livello subordinato rispetto a quello in cui si colloca la funzione di indirizzo politico, dovendo costituire il momento di attuazione di quest'ultima.

In primo luogo, si è sostenuto che il principio di legalità amministrativa sarebbe stato leso solo in apparenza, posto che le autorità indipendenti sono soggetti neutrali. Ciò significa che esse non curano gli interessi pubblici alla stessa stregua delle altre Amministrazioni. Mentre queste ultime ispirano la propria azione al principio di imparzialità, le autorità in esame sono equidistanti rispetto agli interessi presenti nella situazione sulla quale intervengono. Quello che esse fanno è dare oggettiva attuazione al dato normativo. Si tratterebbe, cioè, di un'attività di algida implementazione di parametri oggettivi indicati dalla legge¹⁶⁸.

Diverse le conclusioni cui giunge un altro orientamento, anch'esso fondato sull'attribuzione alle autorità di una posizione neutrale. La differenza rispetto all'orientamento precedente risiede, però, nel valore riconosciuto a questo attributo, che in questa diversa prospettiva arriva a tradursi nell'esercizio di una funzione di oggettiva attuazione dei valori costituzionali. Sarebbe, quindi, proprio questa potestà a giustificare la deroga apparente al principio di legalità e a ricondurre il sistema entro i binari della costituzionalità¹⁶⁹.

Una posizione che si lega in qualche modo alle considerazioni proprie dei fautori della prima è quella di coloro che fanno riferimento alla complessità tecnica dei settori in cui agiscono le autorità indipendenti. Secondo questa tesi, le scelte che esse effettuano non rispondono a criteri di opportunità, né sono espressive di un certo indirizzo politico. Al contrario, si tratta di soluzioni imposte, nei limiti di quella sfera di opinabilità che è loro congenita, dall'impiego delle norme tecniche di cui gli organismi fanno utilizzo¹⁷⁰. La lesione della legalità amministrativa sarebbe, per questo, esclusa dal carattere tecnico della scelta compiuta¹⁷¹. Non si tratterebbe, quindi, di un'attività politico-discrezionale. Il bilanciamento degli interessi sarebbe già effettuato a monte dal legislatore e l'autorità si limiterebbe a

¹⁶⁸ Su questi punti si rimanda alla lettura di L. IEVA, *Autorità Indipendenti, tecnica e neutralità del pubblico potere*, in *Foro Amm.*, 2001, X-XI, p. 3075 ss., che afferma chiaramente che il carattere della neutralità implica l'indifferenza dell'autorità rispetto agli interessi in gioco e comporta che questa intervenga sulla realtà attuando unicamente norme di carattere tecnico-specialistico. È del tutto assente, invece, una comparazione di interessi di tipo politico-amministrativo. Si vedano anche le considerazioni di G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia* cit., p. 658, il quale effettua un parallelo tra le autorità indipendenti dotate del carattere della neutralità e gli organi giurisdizionali e colloca all'interno della prima categoria l'autorità *Antitrust*, sostenendo che le funzioni da essa esercitate sono quelle tipiche dell'arbitro.

¹⁶⁹ Il riferimento è alla posizione di N. MARZONA, *op. cit.*, p. 97 ss.

¹⁷⁰ Va detto che in dottrina è stata anche proposta una soluzione interpretativa differente in relazione al concetto di «neutralità». In particolare, si è sostenuto che questa nozione starebbe ad indicare il perseguimento non di un interesse pubblico, ma di interessi privati di categoria, come quelli dei consumatori o dei risparmiatori. Questa posizione è assunta, tra gli altri, da M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti* cit.,

¹⁷¹ Interessanti a questo riguardo anche le considerazioni di G. PUCCINI, *La tutela dei diritti di libertà tra riserva di legge e garanzie procedurali*, in AA. VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Cedam, Padova, 1990, p. 151 ss., che richiama la giurisprudenza della Corte Costituzionale proprio in relazione al riconoscimento del carattere tecnico della materia come idoneo contrappeso per la compensazione della lacunosità e genericità della legge attributiva del potere. L'Autore afferma esplicitamente che questa funzione riequilibratrice si riscontra anche in relazione ai poteri normativi della Consob, stante l'elevata componente tecnica (e, quindi, oggettiva) che caratterizza la materia.

dargli attuazione attraverso l'adozione delle soluzioni tecnicamente migliori¹⁷².

Tuttavia, l'istituto che più di ogni altro ha assunto nell'elaborazione pretoria e dottrinale la funzione di camera di compensazione dell'indebolimento (se non dell'annullamento) della legalità a livello sostanziale è stato quello della partecipazione al procedimento amministrativo dei soggetti interessati dalle scelte regolatorie. Quello della partecipazione è un argomento che, peraltro, viene nella maggior parte dei casi speso congiuntamente rispetto a quelli della natura tecnica delle norme adottate e del carattere neutrale delle autorità, nonostante la diversità dei presupposti su cui ciascuno di essi poggia¹⁷³.

Traendo ispirazione dall'esperienza maturata negli Stati Uniti¹⁷⁴, infatti, dottrina¹⁷⁵ e giurisprudenza¹⁷⁶ hanno trovato proprio nella partecipazione procedimentale l'antidoto ideale per respingere qualsiasi possibile censura di incostituzionalità nei confronti del potere normativo riconosciuto agli organismi indipendenti. Il coinvolgimento del privato è stato, così, progressivamente assunto a sinonimo di legalità e democraticità¹⁷⁷. È

¹⁷² Una prospettiva, questa, che, come si è già avuto modo di osservare e come si vedrà nuovamente nel Capitolo IV, si scontra, però, con il dato testuale delle norme che conferiscono questi poteri alle AAI.

¹⁷³ Sono numerose le sentenze del Consiglio di Stato in cui, dopo il riferimento al carattere tecnico della materia come giustificazione della scarsa predeterminazione legislativa del potere conferito alle autorità indipendenti, si fa riferimento alle garanzie del contraddittorio procedimentale come strumento in grado di assicurare un recupero della legalità. Si vedano, *ex multis*, Consiglio di Stato sez. VI, 24/05/2016, (ud. 19/01/2016, dep. 24/05/2016), n. 2182 e Consiglio di Stato sez. VI, 20/03/2015, (ud. 20/01/2015, dep. 20/03/2015), n. 1532. Più di recente il Consiglio di Stato è tornato a pronunciarsi sul rispetto del principio di legalità nella disciplina sui poteri regolatori delle AAI e, pur evocando anche in questo caso tanto il carattere tecnico della materia quanto la funzione compensativa delle garanzie procedurali, ha manifestato maggiori perplessità sulla possibilità che la legge demandi alle *Authorities* anche il compimento di valutazioni discrezionali. Si rinvia, sul punto, alla lettura di Consiglio di Stato sez. VI, 14/12/2020, (ud. 07/12/2020, dep. 14/12/2020), n. 7972.

¹⁷⁴ Sul tema della partecipazione al procedimento delle *Independent Regulatory Commissions* e delle varie forme in cui essa si esplica, si rimanda alla lettura del Capitolo I, paragrafo § 1.2.

¹⁷⁵ A livello dottrinale si veda, in particolare, la posizione espressa da M. CLARICH, *Autorità Indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 151 ss., il quale, nel sottolineare l'importanza delle garanzie procedurali nel loro ruolo di compensazione dell'assenza di legalità a livello sostanziale, afferma che «si può anzi instaurare una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurali: quanto meno è garantita la prima, per l'effetto dell'attribuzione alle autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi quasi in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento». Sugli stessi temi si veda ID., *I procedimenti di regolazione*, in Aa. Vv., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 19.

¹⁷⁶ Si vedano, *ex multis*, Consiglio di Stato sez. VI, 11/04/2006, n. 2003, in *Foro amm. CDS* 2006, IV, p. 1240; Consiglio di Stato sez. VI, 11/04/2006, n. 2007, in *Foro amm. CDS* 2006, XI, p. 3142; Consiglio di Stato sez. VI, 27/12/2006, n. 7972 in *Foro amm. CDS* 2006, XII, p. 3398. Al punto 3 della sentenza da ultimo citata i giudici amministrativi si esprimevano in questi termini: «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».

¹⁷⁷ Una posizione molto radicale sul punto è stata assunta da F. MANGANARO, *Principio di legalità* cit., p. 116 ss., che sostiene che l'apertura dell'azione amministrativa alla partecipazione dei privati avrebbe dato luogo ad una svalutazione della legalità intesa come dato immobile ed asettico, collocato al di fuori delle concrete dinamiche dell'azione amministrativa, basate sul confronto tra una moltitudine di interessi e

divenuto, con il tempo, un dogma propugnato con una convinzione tale da escludere qualsivoglia dubbio in merito alla sua geometrica esattezza¹⁷⁸.

In materia di autorità indipendenti, quindi, si è introdotta una deroga rispetto alla generale inapplicabilità degli istituti partecipativi all'attività di emanazione di atti amministrativi generali e normativi, secondo quanto previsto dall'articolo 13 della legge n. 241 del 7 agosto 1990¹⁷⁹.

Attraverso gli apporti e i contributi dei soggetti interessati dall'adozione dell'atto normativo si verrebbe, in questo modo, a colmare il *deficit* di legalità presente a monte all'interno della norma attributiva del potere. Il recupero di questo valore a valle, in sede procedimentale, consentirebbe, così, all'ordinamento di continuare a respirare in termini democratici. La partecipazione dei destinatari all'elaborazione della regola darebbe luogo alla condivisione della decisione finale¹⁸⁰.

Ma nelle ricostruzioni più entusiastiche si è andato ben oltre il riconoscimento alla partecipazione di questo mero ruolo compensativo della legalità.

Facendo leva su letture autonomistiche¹⁸¹, secondo le quali le autorità indipendenti rappresenterebbero un'istituzione in grado di superare la crisi della legge e della politica e di creare un nuovo e funzionale ponte tra il

situazioni. In questa nuova ottica, sia il contenuto che i fini perseguiti dall'azione amministrativa sarebbero il frutto del confronto e della condivisione della scelta tra Amministrazione e privati.

¹⁷⁸ Si veda, più di recente, Consiglio di Stato sez. VI, 24/05/2016, n. 2182 in *Foro Amministrativo (II)* 2016, 5, p. 1206. Sul punto si rimanda anche alla lettura di Corte Costituzionale, 07/04/2017 n. 69, che riconosce agli istituti partecipativi nei procedimenti regolatori delle AAI la funzione di controbilanciare l'assenza della legalità a livello sostanziale, pur esprimendosi nel senso della insufficienza di queste garanzie a svolgere un ruolo pienamente compensativo.

¹⁷⁹ Quanto affermato è stato confermato anche dal Consiglio di Stato in occasione della sentenza della Sezione VI del 2 marzo 2010, n. 1215, dove ha affermato che: «ai procedimenti regolatori condotti dalle autorità indipendenti non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito delle norme sulla partecipazione l'attività della p.a diretta all'emanazione di atti amministrativi generali (artt. 3 e 13 legge n. 241/90); tuttavia, in assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del governo, l'indipendenza e la neutralità delle autorità può trovare un fondamento dal basso a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga in sede giurisdizionale». Sul punto si veda anche F. GRECO, *La potestà normativa* cit., p. 5.

¹⁸⁰ Su questi profili sono di particolare interesse le considerazioni di M. BOMBARDELLI, *Decisioni e Pubblica Amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 233 ss., il quale offre una rappresentazione del procedimento amministrativo non solo come semplice luogo di composizione e di bilanciamento dei vari interessi pubblici e privati in gioco. La prospettiva disegnata dall'Autore si caratterizza, invece, per l'individuazione del procedimento come sede di una "coalizione decisionale" tra tutti i soggetti che prendono parte ad esso, in base alla quale ciascuno di essi, quale co-autore dell'atto, interverrebbe per contribuire a ricercare la soluzione migliore per il caso concreto. I partecipanti, in quest'ottica, rappresenterebbero non tanto degli argini capaci di indirizzare la decisione amministrativa verso un determinato approdo. Assumerebbero, invece, il ruolo di co-decisori, in grado di contribuire attivamente alla definizione del contenuto sostanziale della scelta. Al contempo, la decisione perderebbe la sua tradizionale natura di fenomeno prettamente autoritativo ed unilaterale per assumere quella di prodotto della concertazione. In questo tipo di scenario, anche la predeterminazione della decisione a livello normativo risulta fortemente ridimensionata e necessariamente incerta, posto che la sostanza della scelta trova la sua vera definizione in sede procedimentale. Sulla partecipazione dei privati intesa quale "allargamento" soggettivo del decisore pubblico e non come mera contribuzione esterna, si veda anche M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 267 ss.

¹⁸¹ Sul punto si veda nuovamente A. PREDIERI, *L'eromperre* cit., spec. p. 99 ss.

potere pubblico e la società, si è ritenuto che il procedimento fosse lo strumento migliore per assicurare una buona e legittima amministrazione¹⁸². Si tratterebbe di un modulo in grado di svecchiare un'attività amministrativa non più al passo con i tempi, ancora fondata sui dogmi dell'autoritarieità e della legalità sostanziale, oramai inadatti a funzionare in una società popolata da interessi sempre più complessi e variegati. Una società in cerca di dialogo e di collaborazione da parte dei detentori del potere pubblico¹⁸³.

Come anticipato, nella sostanza il valore della partecipazione si manifesta attraverso la forma del *notice and comment* di americana memoria¹⁸⁴, sebbene ancora oggi non esista una disciplina generale sul procedimento amministrativo dinanzi alle autorità indipendenti che formalizzi una volta per tutte l'utilizzo di questo strumento. Ciò non di meno, diverse leggi di settore sono intervenute per statuire espressamente l'obbligo di espletare le procedure partecipate nei procedimenti delle singole autorità¹⁸⁵.

Va detto, però, che l'esistenza degli obblighi di legge non equivale ad esatta predeterminazione delle modalità di svolgimento delle procedure. Queste ultime sono, infatti, normalmente disciplinate nelle loro concrete modalità di funzionamento dalle stesse autorità tramite regolamento interno.

Nella maggior parte dei casi, comunque, il procedimento segue la struttura di quello disciplinato negli Stati Uniti. Esso prende avvio su iniziativa dell'autorità di regolazione mediante l'adozione di una proposta di regolazione, che successivamente viene sottoposta alle osservazioni scritte degli interessati. Una volta ricevuti questi contributi, l'autorità adotta la decisione finale (che può essere confermativa o modificativa del testo contenuto nella proposta originaria).

L'obbligo sancito dalla legge è, poi, completato dal doveroso svolgimento di un'Analisi di impatto della regolazione¹⁸⁶ e di una Verifica di

¹⁸² Il riferimento è, in particolare, a M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti* cit., p. 248 ss., il quale sostiene con fermezza che il modello di Amministrazione Indipendente rappresenta uno degli approdi più avanguardistici dell'Amministrazione comunitaria. Un'Amministrazione, cioè, che non agisce sulla base di regole preimpostate in sede legislativa, ma in ragione di un contatto e di un dialogo continui con la società. La legge e la politica non sarebbero più in grado di realizzare una sintesi efficace degli interessi presenti nel mondo sociale e le AAI costituirebbero proprio il mastice capace di ricomporre una società civile ormai frantumata e orfana di un interlocutore recettivo a livello politico. Le autorità creerebbero, così, un vero e proprio rapporto osmotico con la società, che darebbe luogo ad una nuova forma di rappresentanza degli interessi.

¹⁸³ Sul punto si veda nuovamente F. MANGANARO, *op. cit.*, p. 114 ss.

¹⁸⁴ Cfr. N. LONGOBARDI, *Poteri regolatori, giusto procedimento e legittimazione democratica*, in ID., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 281.

¹⁸⁵ È il caso, per esempio, dell'art. 23, comma 2, della legge sulla tutela del risparmio del 28 dicembre 2005 n. 262, e della legge comunitaria del 2004 (n. 62 del 2005, art. 9), nonché dell'originario articolo 11 (ora articolo 23) del d.lgs. n. 259 del 2003 in materia di comunicazioni elettroniche. Sempre in relazione al settore delle comunicazioni elettroniche, va citato il contenuto della direttiva dell'Unione Europea 2002/21, che ha introdotto l'obbligo per gli Stati membri di procedere alla regolamentazione dei poteri delle autorità nazionali in modo che questi venissero esercitati in modo imparziale e trasparente.

¹⁸⁶ A tale riguardo, anche per una lettura di tipo comparatistico, si rimanda a G. PEDRINI, *L'analisi economica dell'impatto della regolazione negli Stati Uniti*, in *Amministrare*, 2010, III, p. 432 ss. Come sottolineato dall'Autore, lo strumento consente all'autorità di avere un quadro complessivo sui potenziali effetti delle

impatto della regolazione. Strumenti, questi ultimi, che, ancora una volta attraverso il coinvolgimento degli *stakeholders*, dovrebbero consentire alle autorità di valutare *ex ante* ed *ex post* gli effetti economici e sociali delle scelte regolatorie.

L'ultimo pilastro sul quale si regge l'impalcatura della procedimentalizzazione in chiave democratica e partecipativa dell'attività normativa delle AAI è quello dell'obbligo di motivazione¹⁸⁷. Anch'esso, spesso sancito direttamente dalla normativa primaria¹⁸⁸, dovrebbe assicurare l'effettività del contributo dei privati interessati, in quanto impone all'autorità Amministrativa di prendere posizione espressa sulle osservazioni e sui contributi presentati da questi ultimi nel corso della procedura. Se, infatti, non fosse previsto l'obbligo dell'Amministrazione di motivare in ordine ai contributi forniti dagli interessati, le garanzie partecipative si trasformerebbero in una scatola vuota.

L'insieme di questi strumenti, pertanto, dovrebbe dar luogo ad un impianto procedimentale da più parti considerato idoneo a conferire all'azione regolamentare delle autorità indipendenti quel carattere di legittimità costituzionale tante volte messo in dubbio. La legalità, sacrificata a monte nel nome di una maggiore flessibilità della regolazione, sarebbe, così, ripristinata a valle.

2.4 Il potere regolamentare delle AAI nell'ordinamento francese.

L'affermazione di un potere regolamentare propriamente inteso da parte delle autorità indipendenti nell'ordinamento francese, come si è avuto modo di anticipare¹⁸⁹, non è stata caratterizzata da una grande fortuna.

Originariamente attribuito a diverse autorità e caratterizzato da un'ampiezza indefinita, questo potere ha subito un forte ridimensionamento sotto i colpi di forbice assestati dal *Conseil Constitutionnel* tra il 1986 e il 1989¹⁹⁰.

Ciò non di meno, si tratta di un potere che è stato ritenuto non illegittimo di per sé e che ancora attualmente è esercitato (in armonia con i principi dettati dal supremo organo di giustizia costituzionale) da alcune delle autorità pubbliche che rispondono al modello delle *Autorités Administratives Indépendantes*.

È, quindi, il caso di ricostruirne brevemente la fisionomia e di valutare quale sia la sua consistenza e la sua rilevanza attuale nel sistema

scelte regolatorie che intende adottare, in modo tale da poter condurre un'analisi costi-benefici sull'opportunità della scelta anche in termini di efficienza.

¹⁸⁷ In relazione all'obbligo di motivazione si veda S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità Indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, IV, 2007, p. 381 ss., che commenta la decisione del Consiglio di Stato del 27 dicembre 2006, n. 7972, relativa ai poteri regolamentari dell'autorità per l'energia elettrica e gas.

¹⁸⁸ Ancora una volta è il caso della legge n. 262 del 2005, art. 23.

¹⁸⁹ Si rimanda a *supra*, Capitolo I, § 2.

¹⁹⁰ Il riferimento è alle già citate sentenze n. 88-217 del 18 settembre 1986 e n. 88-248 del 19 gennaio 1989.

amministrativo francese per autorità indipendenti e in che termini si ponga rispetto al principio di legalità accolto dall'ordinamento francese.

A questi fini, è imprescindibile prendere le mosse proprio dalle pronunce del *Conseil Constitutionnel*, che hanno fissato lo statuto di questo potere regolamentare, ammettendone la legittimità ma, al contempo, fissandone precisi paletti, atti a delimitarne la forza propulsiva e potenzialmente perturbatrice dell'ordine del sistema giuridico.

Le pronunce del supremo organo di giustizia costituzionale francese sono intervenute in relazione a due leggi che attribuivano, rispettivamente, alla *Commission Nationale de la Communication et des Libertés* (C.N.C.L.) e al *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* (C.S.A.) poteri di natura regolamentare e riconoscevano loro, tramite l'esercizio di queste potestà, una sfera di intervento particolarmente estesa.

Tra i punti fermi che sono stati posti dalle citate decisioni merita di essere menzionato, in primo luogo, quello secondo cui l'attribuzione di un potere regolamentare ad autorità diverse dal Primo Ministro non è in contrasto con l'articolo 21 della Costituzione, che riconosce proprio a quest'ultimo il potere di dare esecuzione alle leggi attraverso lo strumento del regolamento. Non sono, pertanto, incostituzionali le leggi istitutive delle autorità indipendenti che, nel definire la gamma dei poteri dei quali queste dispongono, delineano anche potestà di tipo normativo, esercitabili per mezzo dei regolamenti.

Questa possibilità, però, incontra limiti e restrizioni.

In primo luogo, il *Conseil Constitutionnel* afferma che il potere regolamentare attribuito alle autorità indipendenti non può consistere in una forma di delega di potere legislativo da parte del Parlamento. Il potere regolamentare delle autorità in questione, al contrario, può consistere solo in una potestà funzionale all'esecuzione della legge. Non può trattarsi di un potere che concorre con quello normativo primario dell'organo legislativo.

In secondo luogo, il Giudice delle Leggi francese istituisce una precisa relazione gerarchica tra il potere regolamentare che la Costituzione del 1958 attribuisce al Primo Ministro (che è, appunto, un potere di esecuzione della legge) e quello del quale possono disporre le autorità indipendenti, in quanto stabilisce che il primo non può mai essere posto in una posizione di subordinazione rispetto al secondo. Non è ammesso, quindi, che il regolamento del regolatore indipendente possa imporsi su quello dell'organo costituzionale designato dall'articolo 21 della Carta Fondamentale come titolare del potere di dare esecuzione alle leggi¹⁹¹.

Oltre a questo vincolo di ordine relazionale e gerarchico, i giudici costituzionali ne hanno introdotto anche uno di natura sostanziale, afferente alla sua concreta estensione. Hanno statuito, infatti, che l'abilitazione attribuita dal legislatore non può riguardare «che misure di portata limitata,

¹⁹¹ Su questi punti si veda nuovamente M.J. GUÉDON, *Op. cit.*, p. 100.

tanto per il loro campo di applicazione, quanto per il loro contenuto»¹⁹². Un limite, questo, che è stato letto dal legislatore come possibilità di attribuire alle AAI unicamente poteri consistenti nella predisposizione di norme di tipo tecnico nelle materie in cui hanno competenza. È stata, così, esclusa (almeno in linea di principio) la possibilità di intervenire con una regolazione di carattere integrativo della normativa dettata dalle fonti primarie.

Dalla ricognizione dei punti salienti delle sentenze del *Conseil Constitutionnel* si deduce, quindi, che il potere regolamentare degli organismi indipendenti, rispetto alla sua originaria configurazione ad opera delle prime leggi istitutive delle autorità, ha perso molta della sua rilevanza. Così come concepito attualmente, è un potere che consente alle AAI un margine di manovra oltremodo ristretto all'interno dei settori di rispettiva pertinenza e che è stato così ridefinito al fine di preservare l'ordine e l'integrità dei poteri normativi attribuiti direttamente dalla Costituzione (che, evidentemente, non contempla affatto la figura delle autorità indipendenti)¹⁹³.

I paletti fissati dal giudice costituzionale, quindi, hanno limitato un potere che per la sua natura avrebbe potuto assumere una portata maggiore, anche in considerazione del carattere meno stringente del principio di legalità nel diritto amministrativo francese¹⁹⁴. Così come il potere regolamentare del Primo Ministro, anche la potestà normativa di tipo esecutivo riconosciuta alle autorità indipendenti avrebbe potuto godere, almeno in astratto, di una certa libertà nell'individuazione delle misure più adatte ad assicurare l'esecuzione del dettato normativo¹⁹⁵. Si è deciso di

¹⁹² Così, il punto 15 della motivazione della decisione n. 88-248 DC del 17 gennaio 1989. Sul punto si vedano le considerazioni di B. FAURE, *Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires*, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 19, 2006, p. 7 ss., il quale dubita del fatto che una posizione così radicale come quella assunta dalla Corte Costituzionale possa dimostrarsi davvero efficace all'interno di settori caratterizzati da elevato tecnicismo e dalla presenza di grandi interessi economici, con i portatori dei quali è più che mai necessario istituire una forma di dialogo che li possa portare alla condivisione delle regole adottate.

¹⁹³ Cfr. J. MOUCHETTE, *La magistrature d'influence des Autorités Administratives Indépendantes*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2019, p. 510 ss., che afferma che la limitazione del potere regolamentare delle AAI è dipesa, più che altro, da motivazioni "politiche", incentrate sull'esigenza di mantenere l'unitarietà del potere stesso, posto che esso, in astratto, avrebbe potuto beneficiare della stessa ampiezza di quello attribuito al potere esecutivo.

¹⁹⁴ Sul punto si veda *supra*, Capitolo I, paragrafo § 1.2.

¹⁹⁵ Le coordinate tracciate dall'organo di giustizia costituzionale non sono, però, state recepite in maniera sempre uniforme da parte del legislatore. In alcuni casi, infatti, esse hanno condotto al concepimento di un potere regolamentare fortemente limitato; in altri, il legislatore ha interpretato le condizioni poste dalle citate sentenze con maggiore libertà. Si è parlato, a questo riguardo, di una potestà regolamentare «a geometrie variabili». Tale ultima espressione è presa in prestito da J. LEFEBVRE, *Un pouvoir réglementaire à géométrie variable*, in N. DECOOPMAN, (dir.) *Le désordre des autorités administratives indépendantes. L'exemple du secteur économique et financier*, Paris, PUF, 2002, p. 100 ss., il quale cita numerosi esempi di leggi attributive del potere regolamentare che attribuiscono alle autorità indipendenti potestà di una certa ampiezza, in alcuni casi demandando alle autorità stesse il compito di definire da sé il proprio ambito di competenza. Accanto ad essi vi sono casi in cui, invece, il potere riconosciuto all'autorità si risolve in una funzione di mera attuazione (normalmente di tipo tecnico) del dettato normativo, che si caratterizza per il fatto che l'insieme delle scelte discrezionali inerenti alla materia regolata è già stata assunta dal legislatore. Su questi profili si veda anche J.V. BOREL, *Le pouvoir normatif de la Commission de régulation de l'électricité*, cit., p. 2241 ss., che, a proposito dell'articolo 37 della legge istitutiva della *Commission de Régulation de l'électricité* (loi 10 février 2000), metteva in evidenza come il potere regolamentare da essa attribuito all'autorità si caratterizzasse

optare, però, per un restringimento dell'ambito di operatività di questa potestà, al fine di tutelare il carattere unitario del potere stesso, che ancora oggi ruota intorno alle figure del Primo Ministro e del Presidente della Repubblica¹⁹⁶.

La minore rilevanza del potere regolamentare delle *AAI* nell'ordinamento francese è alla base della minore consistenza del dibattito dottrinale e giurisprudenziale che lo riguarda. Più in particolare, non hanno avuto luogo in Francia le grandi discussioni che ancora attualmente coinvolgono la dottrina italiana in ordine alla compatibilità costituzionale del potere normativo degli organismi indipendenti. In particolare, non si registrano le teorizzazioni sul recupero della legalità per via procedurale che, invece, hanno accompagnato gli ultimi 30 anni di dibattito sulle *AAI* in Italia.

Ciò non di meno, però, ci si è posti anche nell'ordinamento francese il problema della democratizzazione dell'azione di questi organismi, che sono in ogni caso slegati dal circuito della rappresentanza democratica.

Si tratta, in effetti, di un dibattito che riguarda più il concreto *modus operandi* delle *AAI* all'interno dei settori di competenza nell'esercizio delle numerose funzioni loro assegnate (per il quale si richiede l'applicazione di metodi maggiormente democratici e partecipati)¹⁹⁷ che l'esercizio del potere normativo mediante moduli che siano in grado di compensare la caduta del principio di legalità sostanziale. In relazione a quest'ultimo, salvo alcuni casi¹⁹⁸, non si avverte la necessità di un diretto coinvolgimento dei privati, posto che la sua concreta fisionomia non genera incompatibilità di ordine costituzionale rispetto ai poteri in questione.

per margini di apprezzamento eccessivamente ampi, se valutati in relazione alle condizioni poste dall'organo giurisdizionale costituzionale; nonché N. DECOOPMAN, *Peut-on clarifier le désordre?* in IDEM, *Le désordre* cit., p. 22 ss.

¹⁹⁶ In dottrina, una voce particolarmente autorevole che si è espressa nella direzione della tutela del carattere unitario del potere regolamentare esercitato a livello nazionale è stata quella di Louis Favoreu, che ha condotto numerosi studi atti a dimostrare che il potere in parola gode di uno statuto unitario, sia quanto alla sua natura, sia quanto alla sua titolarità. Ne deriverebbe la mancanza di differenze strutturali tra il potere regolamentare autonomo e quello esecutivo, nonché l'esistenza di una profonda diversità tra quello spettante agli organi costituzionali e quello esercitabile da altre autorità, come le *AAI*. Per alcune interessanti considerazioni in relazione alle ragioni di questo carattere unitario del potere regolamentare e alle conferme che questa tesi ha ricevuto a livello giurisprudenziale, si veda L. FAVOREU, *Les règlements autonomes n'existent pas* cit., p. 872.

¹⁹⁷ Sul punto si rimanda, diffusamente, alle considerazioni di J.B. AUBY, *Droit administratif et démocratie*, in M. LOMBARD, *Régulation économique et démocratie*, LGDJ, Paris, 2006, p. 18 ss., il quale, nel porre il problema della democraticità dell'azione amministrativa e dell'importanza dell'avvicinamento della macchina amministrativa ai cittadini attraverso l'implementazione degli istituti della partecipazione, si sofferma anche sui profili relativi all'importanza del coinvolgimento (mediante moduli trasparenti) delle parti interessate nell'ambito delle procedure condotte dalle *AAI* nell'esercizio dei poteri di *rulemaking*. Sulla questione della democraticità dell'azione delle autorità indipendenti, con particolare riferimento al profilo dei loro rapporti con il Parlamento e dei controlli che quest'ultimo dovrebbe esercitare su di esse, si veda anche M. LOMBARD, *op. cit.*, p. 203 ss.

¹⁹⁸ Su questo profilo si rimanda a P. IDOUX, *Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales*, in *RFDA*, 2010, p. 920 ss., che cita il caso dell'articolo L. 32-2. III del *Code des postes et des communications électroniques* quale norma dotata di un carattere di grande innovatività, in quanto introduttiva del meccanismo del «*notice and comment*» nei procedimenti di adozione degli atti regolamentari condotti dall'*ARCEP*.

La marginalità del potere normativo delle autorità indipendenti francesi sembra rappresentare, quindi, un elemento di forte distonia rispetto alla realtà ordinamentale italiana. La distanza tra i due contesti, però, più apparente che reale.

Quanto affermato è dovuto al fatto che nell'ordinamento francese, ancor più che in quello italiano, il vero «magistero¹⁹⁹» delle *Autorités Indépendantes* è esercitato per mezzo dei poteri di influenza. Si tratta di poteri che non comportano, almeno apparentemente, la produzione di un effetto diretto sulla realtà giuridica. Al contrario, si dispiegano in una serie di atti di raccomandazione, incitamento e suggerimento che sono volti a condurre il destinatario, in modo morbido e non coercitivo, verso un certo comportamento.

Proprio ad essi è dedicato il prossimo capitolo.

¹⁹⁹ L'espressione è presa in prestito da T. ROMBAUTS-CHABROL, *De la magistrature au magistère. Sémantique du pouvoir d'influence des autorités administratives indépendantes*, in AA. VV., *Indépendance(s). Mélanges offerts au Professeur Jean-Louis Autin*, 1, Mélanges, Montpellier, 2011, p. 407 ss.

CAPITOLO III

LA REGOLAZIONE FLESSIBILE DELLE AAI

SOMMARIO: 3.1. La regolazione flessibile: un fattore di perturbazione dell'ordine giuridico. - 3.1.1. La *soft regulation* nell'attività delle Autorità Indipendenti: alla ricerca della snellezza della funzione regolatoria. - 3.2. Il *droit souple* nell'ordinamento francese. - 3.3. La regolazione flessibile in Italia. - 3.4. La *soft regulation* a livello mondiale: tra sovranità statale e globalizzazione.

3.1. La regolazione flessibile: un fattore di perturbazione dell'ordine giuridico.

Prima di addentrarsi nei tortuosi meandri dell'universo della regolazione flessibile delle autorità indipendenti è bene effettuare qualche considerazione di principio su questa enigmatica e parzialmente ancora inesplorata categoria giuridica, che rappresenta tutt'ora un oggetto particolarmente da maneggiare con particolare delicatezza. Una categoria che, pressoché sconosciuta al diritto interno fino a non molti decenni fa, si è progressivamente imposta quale fattore di perturbazione dell'ordine giuridico moderno, capace di fornire (in parte) risposta a quelle esigenze di snellezza e di rapidità che la diffusione dei principi di concorrenza e di liberalizzazione dei servizi hanno imposto alle nuove dinamiche socioeconomiche.

La migliore comprensione di un fenomeno tanto complesso quanto ambiguo in molti suoi aspetti, nonché delle criticità che nasconde, passa, infatti, per un preliminare tentativo di inquadramento e di ragionamento sulla sua natura.

In primo luogo, è, quindi, inevitabile riflettere sul significato che viene generalmente attribuito dalla dottrina all'espressione «regolazione flessibile».

L'uso di questa nozione, così come di quella, parimenti adoperata, di «*soft law*»²⁰⁰, implica il riferimento ad un sistema di norme della cui giuridicità si è a lungo dubitato²⁰¹, perché incapaci di produrre un effetto conformativo sulla realtà sociale in assenza del consenso dei destinatari.

²⁰⁰ I concetti di *soft law* e di *soft regulation* sono in questa sede utilizzati come sinonimi, sebbene in dottrina, come ben evidenziato da M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, II, p. 60, si metta in evidenza che tra i due intercorra un rapporto di genere a specie. Infatti, la *soft law* indica più precisamente la natura dello strumento utilizzato, caratterizzato dalla non vincolatività e dal carattere persuasivo; con il termine *self regulation*, invece, ci si riferisce alla *soft law* adoperata dalle autorità di regolazione nei settori di loro competenza.

²⁰¹ Il dibattito sulla natura e sul valore degli atti di *soft law* nel diritto francese è analiticamente approfondito da B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Editions, Toulouse, 2011, p. 265 ss., il quale mette in evidenza come in una prima fase

La dottrina (tanto quella italiana quanto quella francese), infatti, è stata per molto tempo persuasa del fatto che non si potesse riconoscere l'attributo della giuridicità ad un tipo di atto sprovvisto dell'attitudine a condizionare le condotte dei destinatari attraverso la propria (in questo caso, assente) obbligatorietà²⁰², nonché privo di sanzioni per i casi di sua inosservanza²⁰³.

Letture di questo tipo sono state anche stimulate dalla considerazione secondo la quale il terreno ove gli strumenti di *soft law* hanno avuto la maggiore (nonché originale) diffusione è stato quello del diritto internazionale²⁰⁴. Diritto, quest'ultimo, caratterizzato proprio dalla carenza di regole in grado di imporsi in modo cogente ai singoli Stati senza il loro consenso²⁰⁵. Ciò ha contribuito a plasmare l'idea della regolazione flessibile quale istituto sprovvisto di normatività, proprio perché endemico di un sistema fondato sulla negoziazione e sulla ricerca dell'intesa tra le parti.

A questo declassamento della regolazione flessibile nell'area della non-normatività hanno contribuito anche motivi di ordine linguistico. Infatti, la diffusione di una concezione così scettica della normatività discende soprattutto dalla formulazione «molle» degli atti attraverso i quali questa si esprime. Restringendo il campo di analisi solo al, così detto, *para-law*²⁰⁶

la dottrina abbia teso ad attribuire al diritto flessibile una funzione molto limitata, quella di atto preparatorio, finalizzato a predisporre le condizioni più favorevoli per la successiva emanazione della norma cogente. Sul tema della normatività in generale ed in relazione agli atti di *soft regulation* si veda anche C. THIBIERGE (a cura di), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, 2009, p. 825 ss.

²⁰² Un'ulteriore conferma di questo scetticismo rispetto al riconoscimento di una fonte di produzione del diritto del tutto inedita all'interno di ordinamenti giuridici di diritto duro si ritrova nelle opere di alcuni esponenti della dottrina francese, tra cui J. CHEVALLIER, *Les enjeux de la déréglementation*, in RDP, 1987, p. 281, il quale, in queste prime fasi della propria riflessione giuridica sull'istituto, lo aveva ricondotto alla categoria del regolamento. L'unica differenza tra l'atto regolamentare e l'atto di regolazione avrebbe dovuto ricercarsi nell'autorità titolare del potere, che nel caso della regolazione flessibile era un'autorità indipendente. L'Autore la qualificava, quindi, come fonte normativa produttiva di effetti vincolanti, annullandone così la capacità innovativa. La conclusione era che non avrebbe potuto essere riconosciuto il carattere della normatività ad una fonte subordinata alla legge ma diversa dal regolamento.

²⁰³ Una dettagliata ricostruzione del dibattito dottrinale in materia di *soft law* e della possibilità di inserire gli atti attraverso i quali essa si esprime nel novero delle norme giuridiche si trova in C. THIBIERGE, *Le droit souple. Reflexions sur les textures du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civile*, 2003, IV, p. 600 ss. L'Autrice mette in evidenza il fatto che l'identificazione del diritto con il solo diritto "duro" nasce da un fraintendimento, che deriva dalla generale manifestazione delle regole attraverso la forma di obblighi ed imposizioni. Ciò ha finito per indurre molti studiosi a ritenere che proprio il carattere vincolante e prescrittivo della norma rappresentasse la sua più intima essenza. Del dibattito dottrinale che si è sviluppato in Francia in relazione all'individuazione degli elementi che consentono di attribuire ad una norma l'attributo della giuridicità dà conto con grande precisione J. MOUCHETTE, *La magistrature* cit., p. 289 ss.

²⁰⁴ Per un interessante approfondimento dei rapporti tra strumenti di *hard law* e *soft law* nel diritto internazionale, si rimanda a E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008, p. 51 ss. Per un'analisi critica del ricorso al diritto flessibile nel diritto internazionale si veda anche P. WEIL, *Vers une normativité relative en droit international?* in *Revue Générale de Droit International*, 1982, p. 5 ss.

²⁰⁵ Sul punto si rimanda alle considerazioni svolte da M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2017, I, p. 150.

²⁰⁶ Accanto agli atti di *para-law*, ve ne sono altri normalmente ricondotti alla categoria del *pre-law* e a quella del *post-law*. I primi hanno la funzione di preparare il terreno per la successiva adozione di un atto normativo vincolante; i secondi, quella di accompagnare una norma cogente precedentemente emanata e di contribuire a fornirne l'interpretazione. Per un approfondimento sul punto si rinvia alla lettura di S.

(ovvero quello che viene spesso utilizzato in funzione propriamente sostitutiva del diritto duro), si nota come si tratti di atti finalizzati a provocare l'adesione spontanea dei destinatari a certi modelli di condotta, la conformazione ai quali non è imposta, ma semplicemente incoraggiata e raccomandata. Le disposizioni non sono formulate attraverso espressioni di tipo imperativo, ma in forma di suggerimenti e raccomandazioni, che danno l'idea di una forma di regolazione la cui osservanza è rimessa alla spontanea adesione dei consociati.

Il grande vantaggio del ricorso a questi strumenti risiede nella loro versatilità e nella spiccata flessibilità che li contraddistingue. Consentono, infatti, ai soggetti che li adottano un intervento snello e rapido nel settore di loro competenza²⁰⁷. Inoltre, il ricorso a tali tecniche di regolazione rende particolarmente agevole anche un eventuale successivo intervento modificativo da parte della stessa autorità emanante, secondo procedure altrettanto efficienti.

Nel concreto, la categoria include atti come le direttive, i pareri, le linee-guida e le raccomandazioni, largamente utilizzati proprio dalle autorità amministrative indipendenti nel perseguimento della loro *mission*. Questo dato non è affatto casuale.

Proprio in quanto sprovvisti di vincolatività, questi atti devono poter fare appoggio su fattori diversi per poter aspirare a svolgere la funzione regolatoria alla quale sono deputati. Essi, pertanto, fondano la loro effettività sull'efficacia della persuasione (*moral suasion*) e, nel caso della *soft regulation* in senso stretto, fanno leva sull'elevata competenza tecnica e sull'autorevolezza dei soggetti che li adottano²⁰⁸. In altri termini, anche se formalmente non obbligatorie, le condotte oggetto dell'atto di regolazione flessibile ottengono l'adesione da parte dei destinatari grazie al prestigio del quale gode l'autorità emanante tra gli operatori all'interno del settore in cui opera.

È un modello di norma, quindi, decisamente eccentrico rispetto a quello tradizionalmente più noto al diritto amministrativo, consistente nell'attribuzione di un potere autoritativo all'Amministrazione, tale da porla nella posizione di poter intervenire unilateralmente ed in modo vincolante sulla realtà giuridica. Una norma, quest'ultima, che non lascia spazio

CASSELLA, V. LASSERRE, B. LECOURT, *Le droit souple démasqué*, Pedone, Paris, 2018, pp. 30 – 31. Per un punto di vista della dottrina italiana si veda ancora, invece, E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti* cit., p. 2 ss.

²⁰⁷ Alcuni studiosi della *soft law* hanno ritenuto che, accanto all'assenza di vincolatività, uno degli ingredienti fondamentali di questa figura giuridica fosse anche la partecipazione dei soggetti destinatari al procedimento di formazione dell'atto. Sul punto, si veda J.J. KIRTON – M.J. TREBILCOCK, *Introduction: Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance*, in IDEM (a cura di), *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Routledge, Aldershot, 2004.

²⁰⁸ A questo riguardo, A.S. BARTHEZ, *Les avis et recommandations des Autorités Administratives Indépendantes*, in AA. VV., *Le droit souple*, Dalloz, Paris, 2009, p. 64, spiega l'efficacia degli atti di regolazione flessibile delle AAI facendo riferimento a tre fattori: la competenza dei membri delle autorità stesse, la conoscenza dei settori in cui operano e l'ampiezza dei poteri investigativi.

all'adesione spontanea dei destinatari del potere, ma impone loro l'assoggettamento agli effetti prodotti dall'atto.

Nonostante le perplessità iniziali, tuttavia, la *soft regulation* ha più di recente ricevuto accoglienza all'interno del mondo giuridico²⁰⁹ ed oggi costituisce, appunto, uno degli strumenti privilegiati dell'azione delle autorità amministrative indipendenti (soprattutto, come si vedrà, all'interno dell'ordinamento francese)²¹⁰.

L'argomento principalmente utilizzato per superare le contestazioni relative all'assenza di cogenza è stato la constatazione che l'identificazione del diritto e della norma con il carattere della sua prescrittività discende da un equivoco. È stato, infatti, rimarcato che solo parte della dottrina tradizionale ha storicamente individuato l'ingrediente distintivo del diritto nella sanzionabilità delle condotte da questo disciplinate. Peraltro, il rigoroso binomio "giuridico/non giuridico" è oltremodo categorico e restrittivo, incapace di abbracciare le varie sfumature attraverso le quali la giuridicità di un atto può esprimersi²¹¹.

Il modello prescrittivo è, infatti, senza dubbio quello in grado di esprimere il maggior grado di incisività di una norma e di comportare (attraverso la minaccia della sanzione) una conformazione coercitiva della realtà al contenuto del precetto. Ciò non significa, però, che al di sotto (o al fianco) di questo livello non si collochino altre categorie di atti che, benché sprovvisti di una forza conformativa altrettanto consistente, sono, ciò non di meno, dotati di rilevanza giuridica. Si è fatto riferimento, a tale riguardo, al concetto di «normatività graduata»²¹². Ad atti, cioè, che, pur non potendo imporre il comportamento da osservare, producono un qualche tipo di effetto sulla disciplina delle condotte umane.

In altri termini, la *soft law* non sarebbe altro che una diversa modalità di espressione della giuridicità, sganciata dalla rigidità della formula «cogente, quindi giuridico» e in grado di consentire a questa di esprimere

²⁰⁹ In senso fortemente critico si esprime, invece, R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 31 ss., il quale fermamente esclude il carattere giuridico della regolazione flessibile e la relega, al contrario, al mondo dei meri fatti. Un mondo che, pur dotato di una rilevanza pratica indiscutibile, esula dalla nozione di diritto come branca del sapere atta ad ordinare la realtà ed a mettere in relazione l'essere e il dover essere.

²¹⁰ Si rinvia al paragrafo § 3.2 di questo Capitolo.

²¹¹ Su questo punto, sono di particolare interesse le riflessioni svolte da E. MOSTACCI, *La soft law* cit., p. 9 ss., il quale mette in evidenza come solo tra gli esponenti dottrina positivista, come Austin, i concetti di «efficacia giuridica» e di «sanzionabilità» sono stati considerati un binomio inscindibile. Al contrario, l'Autore ritiene che si tratti di nozioni da tenere separate. Infatti, l'efficacia giuridica consisterebbe nell'attitudine di una norma a riconnettere ad un certo fatto una determinata conseguenza. La sanzionabilità, invece, consisterebbe nella predisposizione di un apparato di strumenti atti a coartare la volontà del destinatario della norma e a costringerlo all'adesione al contenuto di essa. Trattandosi di due nozioni separate, secondo l'Autore potrebbe, quindi, esistere l'efficacia giuridica anche in mancanza della sanzionabilità, ogniquale una determinata norma manifesti la capacità di rivolgersi ad un insieme di destinatari con il proposito di orientarne i comportamenti. Proprio quest'attitudine sarebbe riferibile agli atti di regolazione flessibile. Peraltro, con riferimento alla *soft law*, egli esclude che la norma debba avere necessariamente una formulazione in termini invitativi e raccomandatori. Al contrario, essa può essere formulata in termini imperativi, proprio come accade per le norme assistite da sanzione.

²¹² L'espressione è utilizzata da B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, in A. SOMMA, *Soft law* cit., p. 125.

tutte le sue potenzialità nell'ambito di una realtà che muta incessantemente e che manifesta continue esigenze di regolamentazione²¹³.

La migliore valutazione di tali ultimi aspetti transita, però, per l'approfondimento delle ragioni che hanno determinato la comparsa di queste atipiche figure all'interno dell'ordinamento, molte delle quali sono tra loro intimamente connesse.

A questo riguardo, la maggior parte delle considerazioni sono comuni alla realtà italiana e a quella francese. Tuttavia, il contesto francese presenta delle cause proprie in relazione ai motivi di un così massivo ricorso agli strumenti della *soft regulation* da parte delle *Autorités Indépendantes*. Cause che discendono dall'atteggiamento che la giurisprudenza, soprattutto costituzionale, ha assunto nei confronti delle autorità stesse e della loro attitudine ad intervenire sull'ordinamento attraverso l'esercizio di poteri normativi.

Nel complesso, il dibattito sulla *soft law* si inserisce all'interno di quello sulla crisi della legge²¹⁴ e, più in generale, delle tradizionali fonti del diritto, caratterizzate da rigidità e formalismo.

A questo riguardo, da più parti si ritiene che la legge stia attraversando da tempo uno stato di crisi pressoché irreversibile, determinato sia da una produzione normativa alluvionale, sia dalla ritenuta incapacità di questa fonte normativa di stare al passo con i tempi e con pretese di reattività sempre più accentuate che provengono dal mondo economico e sociale. La macchinosità dell'*iter* di approvazione delle leggi parlamentari mal si concilierebbe con un contesto storico - sociale viaggia ad alta velocità, scaturito dall'apertura dei mercati a livello globale²¹⁵ e dall'affermazione degli ideali capitalistici come legge universale delle relazioni sociali ed

²¹³ Proprio sull'importanza della *soft law* quale strumento adatto a rispondere alle sfide della modernità, si vedano le considerazioni svolte da M.E. BUCALO, *Autorità Indipendenti e soft law*, Giappichelli, Torino 2018, p. 33 ss. L'Autrice si sofferma, in particolare, sulla necessità di superare la convinzione secondo la quale il diritto si identificherebbe solo nella vincolatività e nel carattere coercitivo della norma e di come sia opportuno anche un ripensamento del sistema delle fonti, che oggi dovrebbe essere rappresentato non più con il riferimento alla figura piramidale, ma reticolare.

²¹⁴ A questo proposito, si rimanda a A. RUGGERI, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?* in *Osservatorio sulle fonti*, II, 2021, disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>, in relazione agli attuali fattori di crisi della legge; e a B. CARAVITA, *La debacle istituzionale della potestà normativa secondaria del governo. Riflessioni in ordine al mutamento del sistema delle fonti*, in *federalismi.it*, II, 2017, p. 2 ss., il quale, nell'analizzare le ragioni alla base dell'odierno ridimensionamento della rilevanza del regolamento governativo nel sistema delle fonti, mette in evidenza che lo stato attuale di tale sistema denota una generale confusione. Secondo l'Autore le fonti normative si sarebbero moltiplicate, in alcuni casi anche attraverso il ricorso a forme di difficile inquadramento dogmatico, contribuendo ad un disordine che la legge e la Costituzione non sono più in grado di compensare. Alla crisi della legge come causa generale del ricorso dell'ordinamento alla regolazione flessibile fa riferimento anche M. MEKKI, *Propos introductif sur le droit souple*, in AA. VV. (dir.), *Le droit souple*, Dalloz, Paris, 2009, p. 20.

²¹⁵ Sulle ragioni alla base della globalizzazione e della conseguente esigenza degli operatori economici di poter contare su regole condivise a livello internazionale, si veda M. BETZU, *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 18 ss., che individua tra le principali il *cyberspazio* e la finanziarizzazione dell'economia, cui hanno fatto seguito la dissoluzione del legame tra economia e territorio e l'affermazione di poteri regolatori globali sempre più forti.

economiche. Si sente, cioè l'esigenza di un nuovo modo di regolare, basato sulla *governance* e sul dialogo, lontano dai vecchi paradigmi del *government*²¹⁶.

Alla luce di queste evoluzioni, il quadro storico, economico e sociale attuale sente, al contempo, un forte bisogno di risposte celeri e affidabili. Risposte, cioè, che provengano da soggetti che conoscono in profondità il contesto di riferimento e che vantano rispetto ad esso competenze specialistiche, nonché una (quanto meno, dichiarata) indipendenza. Quest'ultima è avvertita come necessità irrinunciabile per l'attuazione di una regolazione davvero in grado di assicurare l'estraneità della politica al libero dispiegarsi delle logiche del mercato concorrenziale.

Ciò è vero soprattutto in quegli ambiti, il cui numero è in progressivo aumento e i cui confini sono in espansione, caratterizzati da un'evoluzione tecnologica continua e maggiormente investiti dalle odierne logiche produttive. Tra questi, oggi le telecomunicazioni, i mercati finanziari, le banche, l'energia elettrica e il gas e le comunicazioni sono quelli di maggiore rilievo.

Al contempo, è stata rivendicata una maggiore autonomia nella gestione delle relazioni private, il cui dispiegarsi vorrebbe tenersi al riparo da decisioni politiche e reggersi unicamente su norme di carattere tecnico²¹⁷.

Esigenze, quindi, sotto molti aspetti del tutto analoghe a quelle che hanno condotto alla prepotente affermazione dei poteri regolamentari delle AAI a livello nazionale, ma ispirate dalla ricerca di itinerari ancora più morbidi ed informali.

È stato, quindi, proprio tale contesto ad aver rappresentato il terreno fertile per il germogliare di istituti che fanno della snellezza, della malleabilità e della tecnicità il loro tratto distintivo²¹⁸.

²¹⁶ La *soft law* è concepita proprio come lo strumento d'elezione, insieme al contratto e alle decisioni degli organi giudiziari, per l'affermazione della preminenza delle logiche economico-mercantilistiche su quelle giuridiche a livello globale. Il suo impiego costituisce il riflesso dell'imposizione a livello internazionale dei dogmi del capitalismo, fondato su una frenetica rincorsa alla produzione e alla competizione commerciale su scala planetaria. La *soft regulation* consente il facile adattamento della realtà giuridica alle dinamiche di mercato, agli interessi che popolano il mondo economico e che assumono forme continuamente cangianti, in quanto istituto che si basa sulla concertazione e sulla negoziazione tra i vari attori coinvolti e che rifiuta i tradizionali approcci regolatori basati sul modello del *command and control*. Su questi punti si rimanda a G. MESSINA, *Diritto Liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 278 ss. Si veda anche M. FERRARESE, *Governance. Sugli effetti giuridici e politici di una soft revolution*, in *Politica del diritto*, 2014, II, p. 161 ss., che mette in guardia sui pericoli che si celano dietro un tipo di regolazione pubblica che assume sempre più i contorni di una negoziazione tra privati.

²¹⁷ A tale riguardo si rinvia alle considerazioni di M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac, in dirittifondamentali.it*, I, 2020, p., che, nell'affrontare la questione della progressiva richiesta di risposte più tecniche e meno politiche da parte dello Stato, mette in evidenza come, in questo ordine di idee, la natura dei poteri pubblici esercitati attraverso l'attività regolatoria sia accostata alla nozione di discrezionalità tecnica. G. LUCHENA, *Autorità Indipendenti e Costituzione economica*, in *Amministrazione in Cammino*, 23.11.2016, pp. 2 – 3, fa, invece, riferimento, in termini particolarmente evocativi, alle posizioni più *tranchant* in questo senso, secondo le quali l'attività economica sarebbe «terreno di conquista esclusivo da parte dei privati».

²¹⁸ Ma il processo di affermazione prepotente di tali logiche mercatorie e produttivistiche non potrebbe essere compreso adeguatamente se la sua analisi fosse confinata alla sola realtà italiana. Questo rapporto così sofferto tra Stato e mercato, peraltro, come si avrà modo di approfondire in seguito, è stato esacerbato dall'innesco di dinamiche ben più ampie, che si ricollegano al fenomeno della globalizzazione. Si veda,

3.1.1. *La soft regulation nell'attività delle Autorità Indipendenti: alla ricerca della snellezza della funzione regolatoria.*

Venendo, più nello specifico, al ruolo che la regolazione flessibile assume all'interno dei singoli ordinamenti in relazione alle funzioni esercitate dalle autorità indipendenti, per quanto concerne l'esperienza italiana (ma ciò, in verità, è valevole anche per il caso della Francia) si è visto che l'ingresso della *soft regulation* nel sistema delle fonti del diritto è stato agevolato oltre che dall'accresciuta sfiducia nei confronti delle fonti giuridiche tradizionali e caratterizzate da sostanziale durezza, dalle recenti trasformazioni che hanno segnato lo Stato e il suo modo di rapportarsi al mercato²¹⁹.

Nell'esperienza italiana delle autorità amministrative indipendenti, quello di regolazione flessibile costituisce uno dei tanti ed eterogenei poteri che la legge attribuisce a queste autorità. Non si tratta di un potere sostitutivo di quello propriamente normativo (questo, come visto, esercitato con atti ricondotti alla categoria del regolamento), ma di una potestà aggiuntiva rispetto a quest'ultima, volta a dotare l'autorità stessa di uno strumentario sufficientemente ampio da consentirle di adempiere in modo ottimale alla missione assegnata. Si tratta, cioè, di atti che si distinguono per una celerità di intervento e una capacità di adattamento ancora maggiori di quelle garantite dal regolamento e che, pertanto, sono ampiamente utilizzati soprattutto dalle autorità che agiscono in contesti in cui la materia disciplinata comporta costanti esigenze di adattamento²²⁰.

In Italia il ricorso alla regolazione flessibile si trova ancora ad uno stato embrionale e molti dei quesiti problematici che esso pone non sono ancora stati particolarmente approfonditi dalla dottrina e dalla giurisprudenza²²¹. Si tratta, però, di criticità che, ciò non di meno, esistono e devono essere affrontate in modo critico.

diffusamente, A. ARIENZO, *Oltre la democrazia, la governance economica della politica*, in A. ARIENZO – D. LAZZARICH (a cura di), *Vuoti e scarti di democrazia. Teorie e politiche democratiche nell'era della mondializzazione*, Napoli, 2012, spec. p. 103 ss.

²¹⁹ Il riferimento è al passaggio dal modello dello Stato – imprenditore a quello dello Stato – regolatore agli inizi degli anni '90 del secolo scorso ha favorito, insieme all'arretramento del soggetto pubblico nel settore economico, anche il ricorso a strumenti nuovi, che potessero garantire risultati economici maggiormente efficienti nel modo meno intrusivo possibile nelle dinamiche del mercato. Al contempo, l'affermazione progressiva di strumenti di regolazione flessibile ha costituito la risposta ideale alla sempre più avvertita esigenza del celere adattamento del tessuto normativo alle evoluzioni della realtà sociale. A questo proposito, si rimanda alle considerazioni svolte da F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, III, p. 700 ss., il quale sottolinea anche come il concetto di regolazione, applicato al settore economico, alluda ad una modalità di gestione del mercato da parte del soggetto pubblico che mira a correggere le storture e le inefficienze (anche in termini di tutela degli utenti) che avrebbero luogo nel caso in cui esso fosse abbandonato al libero dispiegarsi delle sue naturali dinamiche.

²²⁰ Sul punto si vedano, *ex multis*, le considerazioni di P. AUBERGER, *La démocratie déléguée*, in M. LOMBARD, *Régulation économique et démocratie* cit., p. 234.

²²¹ Come sottolineato anche da M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati* cit., p. 69.

Nell'ordinamento francese, invece, la maggiore diffusione di questa nuova fonte normativa tra lo strumentario a disposizione delle autorità indipendenti è stata determinata (oltre che dalla ricerca di strumenti di regolazione sempre più snelli e di facile utilizzo) anche dalla netta posizione di sfavore assunta dal *Conseil Constitutionnel* rispetto all'esercizio di poteri regolamentari da parte delle stesse autorità²²². In altri termini, l'esercizio dei poteri di *droit souple* si è configurato come una soluzione atta a porre rimedio alla limitatezza del potere normativo riconosciuto alle AAI.

Questo aspetto aiuta a comprendere meglio le ragioni dell'enorme diffusione di questo tipo di regolazione nell'ordinamento francese e dell'attenzione che ad esso è stata riservata sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza.

La forza dell'irruzione nell'ordinamento di questa nuova ed eccentrica forma di manifestazione della giuridicità è, infatti, divenuta ancor più evidente quando, nel 2013, *Conseil d'État* francese ha ritenuto che fosse necessario riservare proprio al tema del *droit souple* un intero rapporto pubblico di studio.

La lettura del rapporto è di grande utilità, in quanto permette di conoscere la posizione del supremo organo della giurisdizione amministrativa francese rispetto a questo misterioso istituto giuridico.

Il Consiglio di Stato francese ha dimostrato di essere concorde con la dottrina nell'attribuire al diritto flessibile una serie di qualità meritevoli di particolare elogio nel contesto giuridico e sociale contemporaneo, nel quale gli individui e le loro aggregazioni puntano più di ogni altra cosa all'efficienza²²³.

La relazione cattura, però, immediatamente l'interesse del lettore quando, in apertura del documento, il *Conseil d'État*, dopo aver brevemente elencato le potenzialità dell'istituto, non cela le preoccupazioni connesse ad un suo utilizzo inappropriato ed ai possibili attentati che potrebbero essere

²²² Questo aspetto è sottolineato in modo particolare da J. MOUCHETTE, *Le magistère d'influence des Autorités Administratives* cit., p. 510 ss., per il quale esisterebbe un'aporia di fondo in relazione al problema dei poteri regolamentari delle autorità indipendenti. Da un lato, si è assistito, infatti, ad una rigida presa di posizione del *Conseil Constitutionnel*, che ha adottato una serie di decisioni mosse dall'intento di restringere i contorni di questo potere, in modo da evitare che esso potesse dare luogo ad una sottrazione di prerogative ai danni degli organi individuati dalla Costituzione come titolari del potere regolamentare. Dall'altro, ci si è resi conto, attraverso il massiccio ricorso da parte delle AAI alla regolazione flessibile, che queste autorità hanno bisogno di esercitare poteri normativi o quasi-normativi per adempiere alla funzione loro assegnata. In questa prospettiva il «*droit souple*» diventa una sorta di strumento di compensazione della riduzione dei poteri regolamentari che ha contrassegnato la storia delle AAI in Francia. L'Autore mette, altresì, in evidenza che anche il *Conseil d'État*, nel suo rapporto pubblico del 2001, aveva sottolineato l'esigenza di estendere il potere regolamentare delle autorità indipendenti, soprattutto all'interno di quei settori che si contraddistinguono per un'evoluzione particolarmente rapida della realtà, spesso dovuta all'impiego delle più recenti tecnologie.

²²³ Il riferimento è, in particolare, alle già citate duttilità, facile adattabilità e modificabilità delle norme attraverso le quali il *droit souple* si esprime e alla capacità di seguire senza grandi affanni le evoluzioni di un mondo tecnologicamente sempre più avanzato.

arrecati alla legalità amministrativa (intesa, anche in questo caso, come conformità della norma al diritto vigente) mediante il ricorso ad esso²²⁴.

Tra gli ulteriori fattori di maggiore perplessità e preoccupazione che emergono dalla lettura del rapporto pubblico vengono menzionati, poi, il pericolo di aggiramento delle garanzie democratiche che tradizionalmente presidiano i procedimenti per l'emanazione della legge parlamentare, lo scarso coinvolgimento dei soggetti destinatari della regolazione (particolarmente rilevante se si tiene conto della estraneità delle *AAI* rispetto al circuito della rappresentatività democratica) e la potenziale incertezza giuridica derivante soprattutto dalla difficoltà di interpretare gli atti e di riconoscerli come appartenenti alla categoria del diritto flessibile²²⁵.

Nonostante le preoccupazioni richiamate (che saranno meglio approfondite nel prosieguo²²⁶) si registra un elevatissimo numero di autorità indipendenti che attualmente esercitano poteri di regolazione flessibile nell'ordinamento amministrativo francese²²⁷.

Anche in Francia, pertanto, sembra che sia stato avviato un processo di liquefazione delle fonti di produzione del diritto²²⁸, che riconosce proprio nel *droit souple* il principale strumento per la sua attuazione. Un processo che rincorre l'efficienza, ma rischia di andare a detrimento delle tutele dei consociati, destinatari dell'azione amministrativa.

3.2. *Il droit souple nell'ordinamento francese.*

L'idea di un atto sprovvisto dell'attitudine a produrre effetti giuridici non vincolanti non è certamente ignota al diritto amministrativo francese. Atti giuridicamente rilevanti ma, al contempo, incapaci di incidere in senso modificativo sulla realtà giuridica esterna sono, anzi, ben conosciuti da tempo all'interno di questo sistema²²⁹.

La categoria della *soft law*, però, non si identifica con nessuno di essi, nonostante si possano certamente individuare elementi di contatto e di affinità con le figure più sedimentate²³⁰.

²²⁴ Alla pagina 6 del Rapporto, il *Conseil d'État* afferma letteralmente: «Surtout, le droit souple permet un élargissement de la gamme des moyens d'action des pouvoirs publics comme des acteurs privés, bien qu'il soit nécessaire d'être vigilant pour que ces normes d'orientation des conduites ne se développent pas anarchiquement, ni ne mettent à mal le principe de légalité».

²²⁵ Per l'approfondimento di questi profili si rimanda al capitolo 2.3 del Rapporto del 2013 del *Conseil d'État*, reperibile al seguente indirizzo: <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/le-droit-souple>.

²²⁶ Aspetti che saranno approfonditi soprattutto nel Capitolo IV, paragrafo § 4.4.

²²⁷ Tra le tante, l'*Autorité de la concurrence* (istituita nel 1953, ha assunto tale denominazione nel 2008), la *Commission de régulation de l'énergie* (istituita nel 2000), l'*Autorité des marchés financiers* (fondata nel 2003), l'*Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique* (istituita nel 2019, ha assunto le funzioni in precedenza esercitate dal *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel*) e la *Haute Autorité de Santé* (fondata nel 2004).

²²⁸ Sul punto, si rimanda nuovamente a N. EMERIC, *Droit souple + droit fluide = droit liquide. Réflexions sur les mutations de la normativité juridique à l'ère des flux*, in *Revue interdisciplinaires d'études juridiques*, II, 2017, p. 8 ss.

²²⁹ Cfr., *ex multis*, J. RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives. Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Sirey, Paris, 1938, p. 115 ss.

²³⁰ Cfr., B. LAVERGNE, *Recherche sur la notion de soft law* cit., p. 202, che rintraccia questi elementi di affinità nella formulazione non imperativa delle disposizioni, nella mancanza di effetti diretti degli atti (incapaci di incidere imperativamente sulle posizioni giuridiche dei soggetti terzi e di dettare regole di condotta cogenti)

A questo riguardo, è di particolare interesse il confronto con l'istituto delle circolari.

Questo perché, a fronte della condivisione di un carattere distintivo generale come quello della mancanza di forza vincolante, tra essi si stagliano due differenze decisive.

La prima riguarda il fatto che, diversamente dalle circolari, gli atti di *droit souple* si rivolgono a soggetti esterni all'Amministrazione che li adotta. La funzione non è, come per le prime, di mera uniformazione dell'interpretazione di una norma da parte dei soggetti facenti parte dell'organizzazione burocratica. Al contrario, quella del diritto flessibile mira al condizionamento della condotta di soggetti terzi, sebbene attraverso l'uso di strumenti non cogenti ed a carattere meramente invitativo²³¹. È una funzione che, quindi, si proietta al di fuori dell'ente che adotta l'atto.

La seconda differenza risiede nel fatto che le circolari assolvono prevalentemente una funzione interpretativa di un quadro normativo preesistente, posto dalla legge o dal regolamento. La loro è, quindi, una funzione strumentale alla migliore interpretazione del dato normativo di diritto positivo.

Il *droit souple*, al contrario, rivendica una ben più marcata autonomia, in quanto è capace di muoversi anche in contesti ancora inesplorati dagli strumenti normativi tradizionali. La sua non è solo una funzione di interpretazione, ma anche di autonoma creazione del diritto²³². Di più, la regolazione flessibile può intervenire anche quando manchi del tutto una disciplina di diritto positivo che espressamente la abiliti a farlo.

Quest'ultima considerazione, per la sua dirompenza, porta ad abbandonare il piano della comparazione e a canalizzare l'attenzione sui caratteri sostanziali degli strumenti di regolazione flessibile, che presentano elementi di assoluta novità rispetto a quelli tradizionalmente utilizzati dai poteri pubblici.

Come si è avuto modo di anticipare sopra²³³, gli atti di regolazione flessibile sono insuscettibili di essere congelati all'interno di rigide categorie. Essi costituiscono, invero, un contenitore prismatico all'interno del quale

e nel possesso, talvolta, di una funzione interpretativa del dato normativo vigente o preparatoria di quello futuro.

²³¹ La medesima considerazione è alla base della distinzione della *soft law* dalla categoria delle direttive, con la quale pure condivide la natura invitativa, tale da lasciare al destinatario un più o meno ampio margine di scelta. Sul punto di vedano le considerazioni svolte da L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation* cit., p. 289 ss., che mette, inoltre, in evidenza come l'atto di regolazione abbia un carattere diretto ed autonomo, come tale autosufficiente ed indipendente dalla titolarità da parte dell'autorità emanante di un potere di tipo decisorio. In senso contrario all'assimilazione degli atti di regolazione flessibile alle direttive si veda anche N. DECOOPMAN, *La Commission des Opérations de Bourse et le droit des sociétés*, Economica, Paris, 1979, p. 132 ss.

²³² A questo riguardo si veda B. LAVERGNE, *Recherche sur la notion de soft law* cit., p. 207. M.E. MEYO, *La définition de faculté au coeur de la notion de droit souple*, in *Les Petites Affiches*, Janvier 2023, p. 27 ss., sostiene che la nozione di regolazione flessibile consti di due elementi qualificanti: quello caratteriale, connotato dalla morbidezza, e quello funzionale, consistente nell'attribuzione al destinatario della facoltà di compiere un certo atto.

²³³ Sul punto, si rimanda a questo Capitolo, paragrafo § 3.1.

atti caratterizzati da forme e denominazioni eterogenee sono accumulati da alcuni elementi, quali il carattere persuasivo e non obbligatorio delle proposizioni e la mancanza di formalità nelle procedure condotte prima della loro adozione. Costituiscono, quindi, la fonte di una nuova normatività²³⁴.

E gli atti di *soft regulation* delle autorità indipendenti francesi si caratterizzano proprio per la particolare vastità delle loro forme espressive²³⁵.

Su un versante sostanziale è interessante, poi, notare che il superamento dell'*impasse* concernente il riconoscimento della giuridicità al *droit souple* a livello dottrinale, non ha impedito che quest'ultimo andasse ad assumere connotati in qualche modo eccentrici rispetto ai principi del sistema giuridico francese di diritto pubblico.

Tuttavia, pur essendo numerosi gli elementi di distonia rispetto alla fisionomia delle classiche fonti del diritto²³⁶, la spaccatura più vistosa rispetto alla tradizione si registra nella dimensione del rapporto tra i poteri di regolazione flessibile e la legge di abilitazione al loro esercizio²³⁷. Una legge che, in realtà, in molti casi manca del tutto.

Si è avuto modo di illustrare in precedenza²³⁸ che l'ordinamento francese sposa una versione meno rigida del principio di legalità amministrativa rispetto a quella fatta propria dal diritto italiano. Ciò nonostante, anche per quanto concerne l'esercizio di poteri normativi, è comunque sempre necessaria l'esistenza a monte di una legge che, quanto meno, abiliti un determinato organo o ente ad esercitare il potere stesso, attribuendo ad esso la relativa competenza²³⁹. La mancanza della legge di abilitazione dovrebbe tingere di illegittimità l'atto adottato, in quanto

²³⁴ Cfr. AA. VV., *Droit souple et nouvelle(s) normativité(s). Soft law e nuova(e) normatività*, ESI, Verona, 2022.

²³⁵ È il caso, solo per citarne alcuni, degli avvisi, raccomandazioni e decisioni che sono assunti dall'*Autorité des régulations des transports*; degli avvisi e delle decisioni dell'*Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse*; dei comunicati, risposte e principi generali che costituiscono gli strumenti d'azione del soppresso *Conseil des marchés financiers (CMF)*; l'*Autorité des marchés financiers* (che è subentrata al CMF e alla CSA) del pari si rivolge agli operatori dei mercati finanziari attraverso l'emissione di atti di regolazione flessibile come le raccomandazioni, le guide professionali, le comunicazioni e i "vade-mecum". In relazione alle guide professionali si veda, a titolo esemplificativo, la «*Guide d'information sur les statuts de conseiller en investissements financiers et d'entreprise d'investissement*», che è stata pubblicata il 18 novembre 2022 ed è consultabile sul sito istituzionale dell'autorità.

²³⁶ A partire, naturalmente, dall'assenza di vincolatività degli atti attraverso i quali esso si esprime.

²³⁷ Sul tema delle leggi di abilitazione nel diritto pubblico francese si rimanda nuovamente a G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, cit.

²³⁸ Si rimanda, sul punto, a *supra*, Capitolo I, paragrafo § 1.2.

²³⁹ Sul punto si rinvia alle interessanti considerazioni svolte da G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, cit., p. 298 ss., che, nell'individuare le norme di abilitazione come presupposto essenziale ed imprescindibile per l'esercizio di un potere pubblico (e, specificamente, normativo), ne riconosce gli elementi costitutivi nell'autore, nell'azione (intesa come procedimento per l'adozione dell'atto), nel campo di applicazione e nel contenuto. Quest'ultimo, in particolare, viene inteso come assenza di una delimitazione oggettiva del "campo di regolazione" dell'atto stesso, che viene individuato sulla base del contenuto delle norme superiori. In altri termini, il contenuto coincide con quegli spazi liberi lasciati dagli atti normativi gerarchicamente sovraordinati.

espressione di un potere per il quale l'autorità non aveva la necessaria competenza²⁴⁰.

L'approccio seguito per i poteri di regolazione flessibile delle *Autorités Indépendantes* ha, invece, portato ad attuare una deroga a questo regime generale. Questo, per una serie di ragioni che sono state attentamente ricostruite dalla dottrina ma che, ciò non di meno, nel contesto normativo e giurisprudenziale attuale, si espongono ad alcuni rilievi critici di non poco momento.

Una prima motivazione di ordine generale ha fatto leva sull'efficacia non vincolante degli atti. In quanto tali, questi sarebbero sottratti a tutte le previsioni di ordine formale e sostanziale cui, invece, risultano assoggettati gli atti di diritto duro, primo tra tutti il principio dell'abilitazione legale²⁴¹.

Questa spiegazione, pur valida, non è, però, da sola sufficiente a spiegare il ricorso ai poteri atipici ed a giustificare l'estensione. Essa è stata, quindi, corroborata attraverso soluzioni argomentative aggiuntive.

Le ulteriori ragioni della deroga sono state ricondotte, in primo luogo, ad un assunto, una massima che rappresenta un porto sicuro quando ci si trova dinanzi all'esercizio di un potere o di una prerogativa le cui basi normative sono incerte: quella secondo la quale «il più contiene il meno»²⁴². In base a questa formula, il soggetto titolare di un certo potere sarebbe abilitato ad esercitare, oltre alle potestà ad esso espressamente riconosciute dalla legge, anche tutte quelle che, pur non esplicitamente previste, siano coerenti con la funzione generale da esso esercitata e costituiscano una forma graduata delle prerogative espressamente disciplinate. Questo varrebbe a giustificare l'utilizzo di strumenti non vincolanti da parte di autorità dotate di poteri «decisori», soprattutto di natura regolamentare.

La teoria, largamente utilizzata in relazione all'esercizio di poteri innominati da parte delle autorità amministrative tradizionali, manifesta, però, un difetto al momento della sua applicazione alle autorità indipendenti francesi. Questo perché spesso i poteri di regolazione sono esercitati da autorità che non dispongono di un potere decisionale. Manca, cioè, quella potestà di adottare atti vincolanti in grado di incidere sulla sfera giuridica di soggetti terzi²⁴³. Venendo meno quest'ultimo, è evidente che il potere di *droit souple* non può essere giustificato sulla base della sua tacita inclusione all'interno della gamma di poteri attribuita all'autorità, in base a questa logica di assorbimento.

²⁴⁰ Sul vizio di incompetenza, che consente l'esperimento di un ricorso giurisdizionale per eccesso di potere dell'autorità amministrativa francese, si rimanda a M. DEGOFFE, *Droit Administratif*, LGDJ, Paris, 2020, p. 343.

²⁴¹ Cfr. B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, 2013, pp. 284 – 285.

²⁴² Sul punto si veda, *ex multis*, D. MOCKLE, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, LGDJ, Paris, 1984, p. 308.

²⁴³ Cfr. L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation* cit., p. 201, che fa riferimento al caso del *Conseil des marchés Financiers* che, al di fuori di qualsiasi abilitazione legale, adottò un regolamento interno che prevedeva la titolarità del potere di adottare atti a contenuto invitativo rivolti agli operatori del mercato ed ai risparmiatori sotto la denominazione di “raccomandazioni”.

Ciò ha reso necessaria la ricerca di diverse ed ulteriori ragioni giustificative.

Per ovviare alle criticità emerse rispetto alla ricostruzione precedente, si è fatto ricorso alla teoria dei poteri impliciti²⁴⁴, anch'essa legata in qualche modo alla compressione della potestà regolamentare delle autorità indipendenti nel sistema giuridico francese.

Secondo i sostenitori di questa posizione²⁴⁵, l'esercizio di poteri innominati di regolazione flessibile sarebbe la conseguenza del modo in cui sono state formulate le leggi istitutive delle stesse autorità. Leggi che si caratterizzano per il fatto di attribuire a questi organismi il compito di realizzare funzioni e di raggiungere obiettivi oltremodo generici e vaghi, senza, peraltro, premurarsi di dotarli dei mezzi necessari per conseguirli.

Il ricorso ai poteri di regolazione flessibile in mancanza di espressa abilitazione legale costituisce, allora, il palliativo necessario ad evitare che le autorità indipendenti stesse, non disponendo di poteri adeguati, si trasformino in una sorta di guscio vuoto e perdano la loro stessa ragion d'essere²⁴⁶. Si tratta di una valvola di compensazione che consente a queste entità di perseguire le funzioni loro assegnate²⁴⁷.

In questo senso può dirsi che la marginalizzazione del potere regolamentare (del quale dispongono solo alcune *AAI*) in Francia ha finito per costituire uno dei principali fattori di spinta per l'ampliamento dei poteri di *soft regulation* di questi organismi, arrivando al risultato paradossale di dotarli di potestà ancora più influenti di quelle delle quali avrebbero goduto attraverso l'esercizio di un potere regolamentare (in funzione esecutiva della legge) più esteso.

Inoltre, è interessante notare che il superamento delle competenze attribuite alle *AAI* dalla legge non si registra soltanto per quelle che, tra esse,

²⁴⁴ Questa teorica trova un largo utilizzo a livello europeo e rinviene nell'articolo 352 TFUE la norma che la esprime nel modo più eloquente. L'articolo recita, infatti, che: «Se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate». Sui rapporti tra poteri impliciti delle autorità indipendenti e la clausola di flessibilità contenuta all'interno della normativa dell'Unione Europea, di veda F.L. MAGGIO, *Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Federalismi.it*, 2021, X, p. 147 ss. Per un approfondimento sulla dottrina e sulla giurisprudenza francese in materia si rimanda a J.C. VENEZIA, *Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative*, in AA. VV., *Mélanges offerts à Marcel Waline: le juge et le droit public*, LGDJ, Paris, 1974, t. II.

²⁴⁵ Sul punto si vedano le considerazioni svolte da B. LAVERGNE, *Recherche sur la notion de soft law* cit., p. 285 ss.

²⁴⁶ Si rimanda nuovamente a ID, *op cit.*, p. 289.

²⁴⁷ Sulla giustificazione dell'esercizio di poteri innominati ed atipici di regolazione flessibile da parte delle *AAI* si veda anche L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation* cit., p. 335 ss., che, pur condividendo la posizione secondo la quale questa sarebbe da ricercarsi nella necessità per l'autorità di adempiere la missione ad essa assegnata dalla legge e per il compimento della quale non è stata dotata di mezzi sufficienti, mette in evidenza il fatto che il riferimento alla teoria dei poteri impliciti va effettuato con cautela. Questo perché si tratta di una teoria che tradizionalmente nasce con riferimento al potere regolamentare, del quale in alcuni casi giustificerebbe l'estensione. Nel caso dei poteri di regolazione, invece, si tratta, come noto, di potestà a carattere non decisorio e non vincolante.

non sono formalmente titolari di poteri di regolazione flessibile²⁴⁸. La stessa constatazione riguarda anche le autorità che dispongono di un potere di edizione di atti di *droit souple*, attribuito loro in modo espresso dalla legge.

In questi casi il tentativo di inquadramento del potere ad opera del legislatore si è dimostrato storicamente velleitario. Ciò dà prova del carattere sfuggente e scivoloso del diritto flessibile, che si oppone a qualsiasi pretesa di irrigidimento ad opera del diritto positivo. È la prova, in altri termini, del fatto che i poteri di regolazione flessibile sono percepiti dalle *Autorités Indépendantes* come una componente fondamentale della loro azione, che si giustifica e mantiene la propria *ratio* solo nella misura in cui sia lasciata libera di esprimersi e di evolvere sulla base delle necessità che affiorano dalla realtà, rincorrendo, così, l'efficienza dell'azione amministrativa. Un potere, quindi, per sua natura molle, liquido, magmatico.

Proprio a questa ricerca dell'efficienza (che costituisce il *trait d'union* dei vari profili della *soft law* in Francia) si lega il tema della partecipazione dei soggetti interessati al procedimento di elaborazione degli atti di regolazione.

È dall'angolo prospettico dell'efficienza e dell'effettività dell'azione regolatoria, infatti, che la maggior parte della dottrina francese guarda alle soluzioni adottate (a livello di legislazione ordinaria o di regolamentazione interna alle stesse autorità) nella direzione della partecipazione e del coinvolgimento attivo dei destinatari della regolazione²⁴⁹. Si ritiene, a questo riguardo, che l'ammissione dei destinatari degli atti di regolazione ai relativi procedimenti di elaborazione costituisca, in primo luogo, una garanzia della successiva adesione di questi ultimi al modello di comportamento oggetto dell'atto invitativo²⁵⁰. Essa sarebbe, quindi, un modo per garantire la buona riuscita del risultato persuasivo che si vorrebbe conseguire per mezzo dell'atto di *droit souple*.

Quanto affermato è dimostrato soprattutto dal fatto che, nella maggior parte dei casi, è rimessa all'autorità precedente la decisione sull'opportunità

²⁴⁸ Cfr., a questo proposito, ID., *op. cit.*, p. 202 ss., che elenca alcuni esempi emblematici in relazione ai poteri di regolazione dell'*Autorité des Marchés Financiers* e del *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* (ora *Autorité de Régulation de la Communication Audiovisuelle et Numérique*) e mette in evidenza come, in risposta ai tentativi di formalizzazione dei poteri di regolazione di queste autorità ad opera del legislatore, sia sempre seguito un esercizio di queste prerogative in misura esorbitante rispetto ai limiti tracciati dal dato normativo. Questo è avvenuto sia mediante l'adozione di atti aventi la stessa denominazione di quelli previsti dalla legge ma caratterizzati da un ambito applicativo oggettivo diverso, sia attraverso l'adozione di atti aventi una diversa denominazione e, conseguentemente, un differente oggetto materiale e diversi destinatari.

²⁴⁹ Questa è, per esempio, la posizione di M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, Paris, 2003, p. 186, che mette in evidenza il valore della partecipazione rispetto alla deflazione del contenzioso. Le consultazioni e la partecipazione in generale servirebbero, quindi, prevalentemente ad evitare future contestazioni della legittimità dell'atto da parte dei soggetti ai quali esso si rivolge. Non mancano, però, anche lavori dottrinali che, invece, si interrogano sul valore della partecipazione muovendo da angoli prospettici diversi. Si vedano, per esempio, le riflessioni di B. DEFFAINS – T. PERROUD, *La régulation*, in *Le droit économique au XXI siècle*, 2020, p. 628 ss., che ritengono fondamentale l'implementazione di moduli partecipativi in seno alle autorità indipendenti nazionali ed europee che siano effettivamente in grado di assicurare il coinvolgimento delle parti interessate e, conseguentemente la democraticità dell'azione di questi organismi.

²⁵⁰ Cfr., J. MARIMBERT, *L'autorité de régulation des télécommunications*, in *CJEG*, 2001, p. 468.

di attivare o meno il ricorso agli istituti della partecipazione²⁵¹. Un'impostazione di questo tipo risulterebbe, invece, in qualche modo, contraddittoria nel caso in cui tali strumenti partecipativi fossero stati concepiti in un'ottica di tutela dei destinatari e di democratizzazione dell'azione amministrativa.

Ciò non significa, però, che simili pratiche non rivestano, parallelamente ed in modo quasi collaterale, un ruolo significativo anche nell'ottica della trasparenza e della legittimazione democratica dell'attività delle stesse autorità²⁵², e che non abbiano dato vita, in alcuni casi, alla sperimentazione di soluzioni capaci di muoversi proprio in questa direzione e meritevoli di osservazione.

Tra le varie forme di partecipazione attuate nell'ordinamento d'oltralpe, quella basata sul diretto coinvolgimento nell'organo collegiale dell'autorità anche di personalità appartenenti alle categorie dei soggetti interessati rappresenta una delle più stimolanti²⁵³.

Si tratta di una particolare forma di partecipazione organica, capace di riconoscere un peso effettivo alla voce dei soggetti portatori di interesse all'interno dei processi decisionali dell'autorità. Un meccanismo che va al di là della semplice logica del *notice and comment* di stampo statunitense, che non si accontenta di coinvolgere a distanza soggetti che rimangono all'esterno dell'autorità e che non possono far altro che auspicare che il loro punto di vista sia tenuto in considerazione o trovi, quanto meno, un riscontro all'interno della motivazione dell'atto. Al contrario, si concreta in una vera apertura del soggetto regolatore ai regolati, che dismettono il loro abito di interventori ed indossano quello di membri dell'autorità, senza per questo

²⁵¹ Cfr., J. MOUCHETTE, *Le magistère d'influence* cit., p. 354, il quale mette in evidenza il fatto che la previsione della fase consultiva è meramente eventuale. Nei casi in cui la legge nulla disponga sul punto, il suo concreto svolgimento dipende unicamente da una scelta di opportunità dell'autorità indipendente.

²⁵² Una concezione di questi istituti partecipativi legata in modo più forte ai valori della democraticità e della legittimazione del potere esercitato dalle autorità si ritrova in G. DELLIS, *Régulation et droit public «continental»*. *Essai d'une approche synthétique*, in *Revue de droit public*, 2010, IV, p. 958. Si veda, ugualmente, G. TIMSIT, *La régulation, La notion et le phénomène*, in *RFD*, I, 2004, pp. 10 – 11, il quale fa proprio riferimento alla regolazione come strumento in grado di dare origine ad una nuova stagione della democrazia, ancora diversa sia rispetto a quella di tipo rappresentativo e a quella partecipativa. Una democrazia, cioè, fondata sul dialogo con la società, sulla partecipazione diretta delle associazioni rappresentative della società civile.

²⁵³ Dedicata particolare attenzione al tema della partecipazione nell'ambito dei procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti L. CALANDRI, *op. cit.*, p. 354 ss. L'Autrice dà conto dell'esistenza di diverse forme di partecipazione dei destinatari ai procedimenti relativi all'elaborazione degli atti di regolazione e del fatto che a ciascuna di queste forme corrisponda un diverso grado di intensità del loro coinvolgimento. Più in particolare, oltre alla modalità partecipativa consistente nell'inclusione nell'organo direttivo dell'autorità di soggetti appartenenti alle categorie di consumatori o professionisti ai quali la regolazione si rivolge, esistono altre due forme di intervento di queste personalità all'interno dei procedimenti. La prima, più tenue, consiste nello svolgimento di consultazioni prima dell'emanazione dell'atto. In questo caso la partecipazione si svolge normalmente senza particolari formalità e non consente ai soggetti portatori di interesse di incidere attivamente sul contenuto dell'atto, che è già stato predisposto dall'autorità. La seconda si caratterizza, invece, per una maggiore intensità del coinvolgimento degli *stakeholders* e per una certa stabilità delle relazioni: consiste nell'istituzione di "gruppi di lavoro" in seno alla stessa autorità, in cui prendono posto sia i portatori di interesse che i tecnici della materia, che collaborano fianco a fianco per la definizione dei contenuti degli atti. Anche in questo caso, quindi, la partecipazione è di tipo organico. Tuttavia, il ruolo svolto dai soggetti rappresentanti delle varie categorie interessate si esaurisce nella fase istruttoria del procedimento. Ha, quindi, una funzione meramente consultiva.

perdere la propria identità ed il proprio ruolo di rappresentanti degli *stakeholders*.

Questo è avvenuto, per esempio, in relazione alla *CRE* (*Commission de Régulation de l'énergie*), a seguito della riforma del settore energetico realizzata con la *loi* n. 2006-1537 del 7 dicembre 2006²⁵⁴ (la cui disciplina è stata successivamente abrogata dall'*ordonnance* n° 2011-504 del 9 maggio 2011 - art. 4), e, sebbene attraverso moduli differenti, per l'*AMF* (*Autorités des Marchés Financiers*), che ha replicato la disciplina precedentemente in vigore per il soppresso *Conseil des Marchés Financiers*.

Per quanto concerne la *CRE*, la citata legge del 2006 aveva previsto che due dei membri del Collegio (organo apicale dell'organismo) fossero nominati tra i rappresentanti dei consumatori dell'energia elettrica e del gas. Questi soggetti acquistavano, quindi, il potere di far sentire la propria voce durante la fase decisoria dei procedimenti, potendo azionare con le proprie mani le leve del potere attribuito all'*AAI*. Le successive riforme hanno modificato la disciplina previgente e, pur senza contraddire del tutto lo spirito che l'aveva animata, hanno fortemente ridimensionato la forma di coinvolgimento degli interessati che era stata realizzata in precedenza. È oggi previsto, infatti, che uno dei membri del collegio sia nominato per decreto «in ragione delle sue competenze giuridiche, economiche e tecniche nei settori della protezione dei consumatori di energia e della lotta alla precarietà energetica»²⁵⁵.

L'articolo L621-2 del *Code monétaire et financier*, invece, nel prevedere che il collegio dell'*AMF* si compone di sedici membri, stabilisce che sei di questi siano nominati in virtù della loro competenza giuridica e finanziaria a seguito di consultazioni con gli operatori e le società che operano all'interno dei mercati finanziari mediante l'emissione di strumenti o della gestione di portafogli e fondi di investimento. Un altro viene, invece, nominato quale rappresentante dei dipendenti azionisti, dopo la consultazione dei sindacati e delle associazioni rappresentative. In questo caso, quindi, gli *stakeholders* sono coinvolti durante il procedimento di nomina, ma non beneficiano dell'inclusione di un loro rappresentante all'interno dell'organo collegiale dell'*Autorité*.

Entrambe le discipline sulle autorità si sono quindi caratterizzate, pur con le dovute differenze, per il coinvolgimento diretto delle parti interessate all'interno degli organi collegiali, dando in questo modo vita ad una

²⁵⁴ Più nello specifico, la norma aveva modificato l'articolo L132-2 del *Code de l'énergie*.

²⁵⁵ Va comunque sottolineato che, anche se l'attenzione alla tutela dei consumatori permane nella nuova soluzione legislativa, è venuto meno quel collegamento diretto tra il membro designato e la categoria di consumatori dei cui interessi dovrebbe farsi portavoce. Questo deriva, in particolare, dal fatto che la disciplina traccia un profilo squisitamente tecnico del componente del collegio, in questo modo escludendo la possibilità di nominare personalità che, pur capaci di esprimere in maniera efficace la posizione e le esigenze della categoria di appartenenza, risultano sprovviste dei requisiti professionali richiesti dalla norma. Da questo punto di vista, quindi, la nuova norma sembra avere effettuato un passo indietro in termini di rafforzamento della rappresentatività dell'organo collegiale.

dimensione partecipativa fino a quel momento inedita nel panorama delle autorità indipendenti francesi.

Si avrà, poi, modo di verificare in seguito quali sono i vizi e quali le virtù di un modello partecipativo di questo tipo e se esso possa prestarsi ad essere replicato anche nell'ordinamento italiano.

3.3. *La regolazione flessibile in Italia.*

Così come per l'ordinamento francese, anche per quello italiano la comparsa di atti amministrativi ad efficacia non vincolante ha origini risalenti.

Sia le circolari che le direttive, infatti, sono atti utilizzati da tempo dalle Pubbliche Amministrazioni per assicurare l'uniformità dell'applicazione del diritto da parte dei propri uffici e per coordinarne l'attività attraverso il ricorso ad indicazioni di principio.

Come in Francia, tuttavia, gli atti di regolazione flessibile adottati dalle autorità amministrative indipendenti hanno costituito un *quid novi* rispetto agli istituti già sedimentati. E rappresentano tutt'ora una categoria giuridica dotata delle proprie particolarità²⁵⁶.

Chiariti i caratteri strutturali e le ragioni che hanno portato alla diffusione di questa nuova forma di normatività anche nell'ordinamento italiano (rispetto alla quale hanno giocato un ruolo determinante le AAI e il ruolo ad esse riconosciuto nella regolazione dei mercati), è opportuno valutare anche in questo contesto giuridico quale sia il rapporto che questi atti intrattengono con la norma attributiva del potere e, quindi, con il principio di legalità.

Non diversamente da quanto osservato rispetto all'esperienza francese, anche nell'ordinamento italiano i poteri di regolazione flessibile esercitati dalle AAI non sempre rispondono perfettamente al principio di legalità inteso nella sua accezione formale²⁵⁷. Ciò significa che si tratta di poteri talvolta non espressamente attribuiti dalla legge. Anche in questi casi,

²⁵⁶ Cfr. E. D'ORLANDO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Corti Supreme e salute*, 2021, I, p. 69 ss., che contiene interessanti spunti di ordine comparatistico tra la categoria delle linee guida e quelle delle circolari e delle direttive.

²⁵⁷ Interessanti, a questo riguardo, le considerazioni svolte da A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?* in *Costituzionalismo.it*, 2016, III, p. 256 ss., il quale individua gli elementi identificativi delle fonti di *soft law* proprio nell'assenza di espressa attribuzione del potere, nella vaghezza dei contenuti e delle procedure e nella forza dell'effettività sulla quale esse fanno affidamento. Con riferimento al caso della Consob e all'assenza di fondamento normativo dei poteri di *moral suasion* esercitati dall'autorità, si veda N. PECCHIOLI, *Consob e poteri "commendatori" di conformazione e unificazione del mercato*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2017, II, p. 805 ss. È interessante notare, peraltro, che la natura innominata dei poteri di regolazione flessibile esercitati dalle autorità indipendenti trova un espresso riconoscimento anche a livello giurisprudenziale, come confermato, *ex multis*, dalla sentenza TAR Roma (Lazio), 9 maggio 2006, n. 3367, in *Foro amm. TAR*, 2006, V, p. 1689, che qualifica il potere come un'attribuzione consustanziale alla posizione che le autorità indipendenti ricoprono nell'ordinamento.

pertanto, è stata avvertita l'esigenza di procedere alla loro giustificazione attraverso il ricorso alla teoria dei poteri impliciti²⁵⁸.

In altri casi ancora, come si avrà modo di osservare tra breve, accade che le autorità realizzino forme di esercizio atipico delle prerogative ad esse formalmente attribuite dalla legge, riconoscendo a queste ultime un'attitudine regolatoria che originariamente non era loro stata attribuita dal legislatore.

A questi aspetti problematici si aggiungono quelli già messi in evidenza in relazione all'attività propriamente regolamentare delle autorità indipendenti. Ciò significa che, quando il potere di adottare atti di regolazione flessibile è espressamente attribuito dalla legge²⁵⁹, questo avviene, ciò non di meno, attraverso l'impiego di formule oltremodo vaghe e generiche, che di fatto finiscono per tradursi in deleghe in bianco di potere regolatorio. Anche in questi casi, pertanto, si avverte una tensione tra il potere esercitato (sebbene insuscettibile di dare luogo ad effetti giuridici vincolanti) e il principio di legalità amministrativa.

Posti questi caratteri generali, la migliore comprensione di questi poteri e del loro concreto atteggiarsi, nonché di come vengano esercitati da parte delle autorità che li detengono, passa, però, necessariamente per l'analisi di qualche esempio pratico.

Tra le autorità dotate di poteri di regolazione flessibile in Italia rientra la Commissione Nazionale per la Società e la Borsa (Consob).

Quest'*Authority*, oltre a disporre di poteri regolamentari in senso stretto, vanta anche una potestà di tipo regolatorio che, pur manifestando un elevato grado di effettività, non le consente in astratto di produrre norme ad effetto obbligatorio²⁶⁰.

I citati poteri si esprimono prevalentemente attraverso il rilascio di atti a carattere generale, come le raccomandazioni e gli orientamenti²⁶¹.

²⁵⁸ Sulla questione dei rapporti tra attività regolatoria e norma attributiva del potere, con particolare riguardo alla teoria dei poteri impliciti, si rinvia a M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, I, p. 86 ss.

²⁵⁹ È il caso, per esempio, dei poteri di regolazione flessibile esercitati dalla Banca d'Italia, che sono previsti dall'art. 4, comma 1, del T.U.B., che recita: «La Banca d'Italia emana regolamenti nei casi previsti dalla legge, impartisce istruzioni e adotta i provvedimenti di carattere particolare di sua competenza». Più nello specifico, rinviano genericamente alla successiva adozione di istruzioni da parte della Banca d'Italia, *ex multis*, l'art. 58, comma 1, del T.U.B. (relativo alle operazioni di cessione alle banche di aziende o di rami d'azienda), e l'art. 150, comma 5 (in materia di banche di credito cooperativo). Sono numerose anche le norme che rinviano all'adozione di disposizioni della stessa autorità che, sebbene presentate come di carattere meramente attuativo, si rivelano in grado di assumere contenuti particolarmente ampi. Un esempio è quello di cui all'articolo 37-bis, comma 7-bis, in materia di gruppo bancario cooperativo.

²⁶⁰ Per una panoramica generale sull'attività e le funzioni della Consob, si veda G. ROMAGNOLI, *Consob. Profili e attività*, Giappichelli, Torino, 2012. Interessanti considerazioni si ritrovano anche in M.B. ARMIENTO, *Regolazione soft dei mercati e qualità delle regole*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, II, 2022, p. 606 ss.

²⁶¹ Si veda, per esempio, la Raccomandazione n. 0062667 del 4-5-2017, avente ad oggetto «Raccomandazione in materia di rappresentazione nel bilancio separato o d'esercizio degli effetti delle operazioni di fusione per incorporazione di società operative non quotate in società non operative quotate nei mercati regolamentati, con effetti contabili infrannuali», disponibile sul sito istituzionale della Consob.

Si hanno, poi, casi in cui gli atti adottati dalla Consob sono funzionali a risolvere una questione inerente ad un singolo operatore ma, ciò non di meno, rivelano l'attitudine a sprigionare un effetto di conformazione nei confronti dell'intero mercato. In altre ipotesi, l'atto consiste nella risposta da parte della Commissione ad un quesito formulato da un operatore del mercato. Anche in questo caso, le risposte provenienti dall'autorità rivelano una forte capacità di conformazione delle condotte²⁶².

Il mercato degli strumenti finanziari costituisce, infatti, un terreno molto fertile per l'emanazione degli atti di regolazione *soft*, posto che si caratterizza per elevate esigenze di trasparenza e di informazione da parte degli operatori e degli utenti. È, quindi, particolarmente funzionale in questo senso la capacità di intervento dell'autorità attraverso l'adozione di indicazioni rapide e puntuali²⁶³.

Ma in altri casi, come anticipato, accade che anche soggetti non formalmente titolari di poteri di normazione esercitino comunque prerogative di regolazione flessibile.

In certe occasioni capita anche che un'autorità orienti in funzione regolatoria poteri originariamente concepiti per il perseguimento di finalità differenti. Sembra quasi che l'*Authority* avverta l'esercizio di potestà di regolazione flessibile come un attributo ad essa consustanziale, come se non fosse immaginabile un'autorità indipendente sprovvista di poteri di questo tenore. Quest'osservazione rende anche l'idea di quale sia la rilevanza dell'attività di regolazione flessibile nell'ambito delle funzioni esercitate dalle autorità indipendenti e del perché sia opportuno prestare ad essa un'attenzione particolare.

Quanto affermato è accaduto, ad esempio, con riferimento all'autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in poi, AGCM)²⁶⁴.

Essa dispone, invero, di una vasta gamma di poteri che, sebbene non qualificabili come propriamente normativi, sono dotati di una forte attitudine persuasiva e riconducibili entro la classe della *soft regulation*²⁶⁵.

²⁶² Si tratta delle risposte ai quesiti che possono essere formulati dagli utenti. Pur trattandosi di atti afferenti alla specifica situazione del soggetto che formula il quesito, le risposte date dall'autorità spesso assumono un'attitudine regolatoria più generale, andando a costituire un riferimento anche per chi occupi la posizione di terzo rispetto alla richiesta di chiarimento. Si veda, di recente, il documento «Q&A del 18 marzo 2021 sull'informazione selettiva nei confronti dei soci e, in particolare, del socio di controllo nonché sulla pubblicazione delle informazioni privilegiate relative ai piani industriali», reperibile sul sito istituzionale dell'autorità.

²⁶³ Sull'utilizzo della *soft regulation* nel settore dei mercati finanziari si veda D. FAUCEGLIA, *I mercati regolati e l'integrazione dei contratti d'impresa*, ESI, Napoli, 2021, p. 185 ss.

²⁶⁴ Sui pericoli che si celano dietro l'esercizio di funzioni di regolazione da parte delle autorità antitrust si veda L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, IV, p. 277 ss.

²⁶⁵ In primo luogo, in questa categoria si collocano i poteri di segnalazione previsti dall'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990 n. 287, con i quali l'AGCM si rivolge direttamente al governo ed al Parlamento per segnalare l'esistenza di leggi o regolamenti che rischiano di impattare in senso distortivo sulle dinamiche concorrenziali. Cfr., a questo riguardo, C. LEONE, *Moral suasion and Antitrust Law*, in *PA, Persona e Amministrazione*, 2021, II, p. 605. Sul punto si vedano anche le considerazioni svolte da M. E. BUCALO, *Riflessioni su soft law e Autorità Indipendenti anche nella prospettiva di alcune recenti pronunce giurisdizionali*, in *PA, Persona e Amministrazione*, 2022, I, p. 545. L'Autrice mette in evidenza la rilevanza di questi poteri anche

Di particolare interesse ai fini di quest'analisi sono i poteri di tipo sollecitatorio o invitativo che vengono indirizzati agli operatori del mercato nel caso in cui lo stesso organismo indipendente si avveda del compimento di comportamenti *prima facie* illegittimi. In questi casi l'AGCM rivolge all'impresa autrice delle condotte un ammonimento con il quale la avvisa che, in caso di mancata adozione di un correttivo, sarà avviato un formale procedimento volto al loro definitivo accertamento e alla conseguente emanazione di una sanzione²⁶⁶. Qui l'effetto persuasivo si esplica nei confronti dell'impresa sospettata di aver posto in essere una condotta anticoncorrenziale, attraverso l'induzione alla correzione del comportamento contestato.

Tuttavia, come anticipato, è interessante notare che in alcuni casi l'*Authority* ha fatto ricorso a poteri di natura neanche latamente normativa per perseguire finalità regolatorie, mediante un effetto generale di concreta conformazione delle condotte.

In particolare, ciò vale per il potere disciplinato dall'art. 14-ter della legge n. 287 del 1990, relativo alle decisioni in materia *antitrust* sulle assunzioni di impegni²⁶⁷ da parte delle imprese alle quali l'autorità abbia contestato la potenziale violazione dei divieti di cui agli articoli 2 e 3 della legge n. 287 del 1990 o degli articoli 81 e 82 del Trattato CE²⁶⁸.

Sebbene l'istituto rappresentasse, nell'idea del legislatore, un'alternativa alla sanzione, capace di garantire un intervento più flessibile, nonché la riduzione dei costi e l'apertura verso un proficuo dialogo tra Amministrazione e operatore privato, in molti casi è stato impiegato dalla stessa autorità antitrust per il perseguimento di vere e proprie finalità di normazione. In altri termini, un potere «di aggiudicazione» (come tale,

alla luce del fatto che sono esercitabili d'ufficio da parte dell'autorità (ovvero, senza che sia necessaria una puntuale richiesta Governativa o Parlamentare di un parere al riguardo) e che sono dotati di un'efficacia condizionante particolarmente intensa.

²⁶⁶ Come accuratamente messo in evidenza da IDEM, *Autorità Indipendenti* cit., pp. 134 – 135, si tratta di poteri dotati di un'altissima capacità di persuasione, a fronte dei quali normalmente le imprese destinatarie (e spesso anche altri operatori non direttamente interessati dall'ammonimento) provvedono immediatamente alla modificazione della condotta contestata.

²⁶⁷ Va messo in evidenza che l'istituto dell'assunzione di impegni è disciplinato anche in relazione alla materia delle pratiche commerciali scorrette e della tutela del consumatore. Il procedimento, pur con qualche differenza rispetto a quello che trova applicazione in materia *antitrust*, è anche in questo caso di competenza dell'AGCM. Sul punto, si rinvia al contributo di A. GAMBINO – V. FALCE – A. STAZI, *Rassegna degli orientamenti dell'Autorità garante in materia di pratiche commerciali scorrette (2009 e 2010)*, in *Conc. merc.*, I, 2010, p. 423 ss.

²⁶⁸ L'istituto di cui all'articolo 14-ter della legge istitutiva dell'AGCM persegue una finalità di deflazione del contenzioso e di *favor* per l'impresa autrice della violazione, che viene messa nelle condizioni di evitare l'irrogazione della sanzione prevista dalla legge mediante la presentazione di una proposta relativa all'assunzione di determinati impegni volti alla correzione della condotta e all'eliminazione dei suoi profili anticoncorrenziali. La particolarità dell'istituto consiste nel fatto che l'illecito non viene concretamente accertato dall'autorità: il procedimento viene azionato sulla base del riscontro di alcuni elementi – spia della sua natura anticoncorrenziale. Nel caso in cui l'autorità ritenga adeguati gli impegni proposti dall'operatore economico, può decidere di renderli per esso obbligatori. Per un approfondimento sul funzionamento in generale dell'istituto dell'assunzione con impegni nell'ordinamento italiano ed in quello comunitario, si rinvia a L. DE LUCIA – V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Conc. merc.*, I, 2011, p. 509 ss.

destinato a intervenire *a posteriori* su una situazione ritenuta in contrasto con la disciplina della concorrenza) è stato utilizzato per scopi regolatori (che, per loro natura, realizzano finalità di orientamento delle condotte dei destinatari ed operano, quindi, per il futuro)²⁶⁹.

Nel concreto, la deviazione del potere dalla realizzazione delle finalità per le quali è stato disciplinato dal legislatore si verifica in tutti i casi in cui l'AGCM, nell'esprimersi sull'adeguatezza degli impegni assunti dall'impresa, imponga a questa la realizzazione di condotte che esulano dalla semplice rimozione della situazione anticoncorrenziale²⁷⁰. Avviene, quindi, una recisione del nesso di consequenzialità tra la situazione illecita contestata e i rimedi necessari per la sua correzione. L'operatore privato arriva ad assumere impegni che, più che limitarsi a realizzare una funzione correttiva, sono funzionali a porre le basi per il raggiungimento di ulteriori obiettivi di concorrenzialità all'interno del mercato²⁷¹.

Un altro caso meritevole di attenzione è anche quello degli atti di *soft regulation* dell'autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

Infatti, proprio la regolazione flessibile costituisce un punto fermo dell'attività dell'ANAC per il miglior perseguimento delle sue funzioni²⁷² di sorveglianza e controllo sul mercato dei contratti pubblici e di lotta alla corruzione.

Va detto, in primo luogo, che questa *Authority* si rivela, sotto certi aspetti, un'Amministrazione Indipendente eccentrica rispetto alle altre²⁷³. Il

²⁶⁹ Cfr., a questo riguardo, L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, II, 2007, p. 248. Sull'efficacia anche regolatoria dello strumento della decisione con impegni si veda anche G. AMATO, *La legge antitrust vent'anni dopo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, IV, 2010, p. 932.

²⁷⁰ Alcuni Autori mettono in evidenza il fatto che la conformazione del procedimento che precede l'emanazione dell'atto di approvazione degli impegni, fondato sul coinvolgimento e la partecipazione dei terzi, sembrerebbe, in realtà, suggerire la natura regolatoria del potere. In questi termini, A. MANGANELLI, *Il principio di concorrenza fra Antitrust e regolazione. Il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Conc. merc.*, I, 2013, p. 305 ss.

²⁷¹ L'effetto da ultimo richiamato si rivela possibile proprio in ragione dell'elevata capacità persuasiva che gli atti dell'AGCM esercitano sulle imprese. L'autorevolezza dell'autorità antitrust, derivante tanto dalla sua competenza tecnica quanto dai rapporti che essa intrattiene con la Commissione europea, induce anche i soggetti terzi ad adeguarsi al contenuto degli impegni assunti ai sensi dell'articolo 14-ter della l. n. 287 del 1990, sebbene formalmente dotate di un'efficacia circoscritta alla sola sfera dell'operatore che abbia assunto gli impegni. Per l'approfondimento di alcuni rilevanti casi pratici al riguardo, si rinvia a M. E. BUCALO, *Autorità indipendenti* cit., p. 118 ss.; e a G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 2007, IV, p. 737 ss.

²⁷² Per un'analisi dettagliata sulla natura giuridica dell'Anac, sulle ragioni della sua istituzione e sulle funzioni ad essa attribuite dalla legge, si rinvia a F. MERLONI – R. CANTONE (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2015.

²⁷³ Sono numerosi, infatti, gli Autori che si sono soffermati sugli elementi che deporrebbero nel senso del possesso, da parte di Anac, di una natura giuridica non assimilabile a quella delle autorità indipendenti istituite prima di essa. Secondo M. E. BUCALO, *Autorità Indipendenti* cit., p. 142, questo sarebbe, innanzitutto, dimostrato dal fatto che, diversamente da quanto avviene per la maggior parte delle altre *Authorities*, nel caso dell'Anac c'è ad un forte coinvolgimento del governo nella nomina sia del Presidente che degli altri componenti dell'organo di vertice. L'Autrice utilizza anche l'espressione «autorità indipendente tendenzialmente governativa», presa in prestito da S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in *Il libro dell'anno del diritto* (2015) – Treccani.it.; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?* in *Giustamm.it*, 2016, IV, p. 7, sostiene, invece, il fatto che l'ANAC sarebbe un'autorità anomala per il fatto che, a differenza delle altre autorità indipendenti, non esercita le

dibattito sugli atti di regolazione flessibile si colora, quindi, di spunti ulteriori²⁷⁴, che possono stimolare una riflessione ad ampio raggio sull'utilizzo della *soft law* all'interno dell'ordinamento²⁷⁵.

I poteri di regolazione flessibile dell'ANAC in materia di contrattazione pubblica rinvergono la loro fonte all'interno dell'articolo 213, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che testualmente dispone che: «L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche».

La disposizione citata, quindi, oltre che caratterizzarsi per l'estrema genericità nell'individuazione dell'oggetto e delle finalità alla base del conferimento di questi poteri, contiene un espresso riferimento alla nozione di «regolazione flessibile», che sembra, appunto, richiamare quella utilizzata per indicare gli atti di diritto morbido adottati dalle altre autorità indipendenti nel perseguimento delle loro funzioni regolatorie.

Tuttavia, la particolarità degli atti cui fa ricorso l'ANAC risiede nel fatto che, piuttosto che essere indirizzati direttamente ai singoli operatori economici che agiscono nel mercato, sono rivolti alle Amministrazioni. Si tratta, cioè, di raccomandazioni e di buone pratiche volte ad orientare l'esercizio dell'attività delle stazioni appaltanti²⁷⁶.

sue funzioni in un settore tecnicamente complesso, né oggetto di recenti politiche di liberalizzazione che rendano sconveniente l'intervento diretto dello Stato della materia. Ancora più netta la presa di posizione di F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2017, II, p. 383, che ritiene che il carattere eterogeneo dell'Anac rispetto a quello degli organismi ricondotti alla categoria delle *Authorities* risieda, soprattutto, nel fatto che di essa è difficilmente predicabile il connotato della neutralità, posto che agisce all'interno di un settore, quello della lotta alla corruzione che, di per sé, contrasta con un tipo di approccio neutrale.

²⁷⁴ Sulle nuove ulteriori sfumature che la problematica della compatibilità dei poteri normativi e para-normativi delle AAI assume in relazione all'Anac si veda, in particolare, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti* cit., p. 54 ss.

²⁷⁵ In particolare, tale breve analisi, pur senza pretese di esaustività, vorrebbe rendere l'idea di quanto sia variegato l'insieme degli atti generalmente ricondotti entro il comparto della regolazione flessibile e quali problemi ponga agli interpreti, con risultati non perfettamente compatibili con il principio di certezza del diritto. Proprio nell'intento di salvaguardare tale principio (e di riaffermare un ruolo più centrale dell'esecutivo nella regolamentazione del settore considerato), preso atto della scarsa riuscita del tentativo di affidare all'incerto strumento delle linee guida vincolanti la funzione di garantire l'efficientamento del mercato delle commesse pubbliche, il legislatore è intervenuto con il D.L. 18 aprile 2019 n. 32, con il quale ha previsto che l'attuazione di numerose disposizioni del Codice dei contratti pubblici fosse demandata non più alle predette linee guida, ma ad un regolamento attuativo. Per un approfondimento sul punto si rinvia a C. CHIARIELLO, *L'inquadramento delle linee guida ANAC nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato alla luce dell'entrata in vigore del d.l. n. 32 del 2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*, in *federalismi.it*, 2020, XXX, p. 60 ss.

²⁷⁶ Si veda, con riferimento alle linee - guida dell'Anac, S. VALAGUZZA, *Nudging pubblico vs pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2017, I, p. 91 ss., dove l'Autrice spiega come il regolatore, nel perseguimento della sua funzione di orientamento dell'attività delle Amministrazioni, sembri fare utilizzo della tecnica del «nudging». Si tratta una teoria nata negli Stati Uniti che, basandosi sugli studi e sui risultati conseguiti dalle scienze che studiano il comportamento umano,

La natura del soggetto al quale sono rivolti tali atti non è irrilevante. Al contrario, ha ripercussioni anche sul regime giuridico ad essi applicabile.

Diversamente da quanto avviene per gli atti di regolazione flessibile rivolti direttamente agli operatori privati, dottrina e giurisprudenza concordano nell'attribuire agli atti dell'ANAC (in particolare, alle linee guida non vincolanti) un'efficacia che va al di là della mera persuasione. In particolare, le Amministrazioni cui sono rivolte le linee guida, sono gravate dall'onere di giustificare l'eventuale discostamento della loro condotta dal comportamento sollecitato tramite esse. In altri termini, tali atti non producono unicamente un effetto di *moral suasion* fondato sull'autorevolezza del soggetto emanante, ma conformano in modo più duro la condotta delle Stazioni Appaltanti, che solo in presenza di motivate circostanze possono legittimamente agire in modo difforme (secondo il modello del «*comply or explain*»).

Nonostante non sia possibile attribuire loro un carattere normativo, considerata la loro motivata derogabilità, si tratta, ciò non di meno, di atti che dimostrano più di qualche resistenza alla loro collocazione nella categoria della *soft law*.

Proprio l'incertezza determinata da tali caratteristiche ha aperto la strada a diverse soluzioni interpretative da parte dello stesso legislatore, della giurisprudenza del Consiglio di Stato²⁷⁷ e della dottrina.

In particolare, la dottrina maggioritaria si è dimostrata fortemente contraria rispetto alle qualificazioni in termini di atti di regolazione flessibile²⁷⁸. È stata proposta, piuttosto, la loro riconduzione alla categoria delle direttive²⁷⁹ o a quella delle circolari amministrative²⁸⁰. Sebbene non vi

punta su un tipo di regolazione che si fonda sulla forza della persuasione e del convincimento dei destinatari all'adozione di una certa condotta.

²⁷⁷ È interessante notare che, oltre al riferimento alla regolazione flessibile nel testo dell'articolo 213 del Codice dei contratti pubblici, la stessa relazione di accompagnamento del testo normativo qualificasse le linee guida come strumenti di *soft law*. Letteralmente: «linee guida, quale strumento di *soft law*, contribuiranno ad assicurare la trasparenza, l'omogeneità e la speditezza delle procedure nonché a migliorare la qualità delle prestazioni e a fornire, al contempo, criteri unitari a garanzia del cittadino. Esse avranno valore di atto di indirizzo generale, in modo da consentire il loro aggiornamento costante e celere, coerentemente con i mutamenti del sistema». Il Consiglio di Stato, invece, in alcuni pareri resi tra il 2016 e il 2020 ha qualificato le linee guida non vincolanti come strumenti di *soft law* (questo è accaduto in occasione dei pareri n. 1767 del 2016, n. 2284 del 2016 e del n. 1435 del 2018.). Tale impostazione è, tuttavia, mutata in occasione del parere n. 111 del 2020, con il quale, invece, il supremo organo di giustizia amministrativa ha optato per la qualificazione in termini di atti amministrativi generali.

²⁷⁸ In generale, gli studiosi hanno rifiutato l'accoglimento della qualificazione delle linee guida non vincolanti in termini di *soft law*. Questo sia perché si tratterebbe di una categoria dallo scarso valore definitorio, sia perché gli atti adottati dall'ANAC presentano effettivamente elementi di distonia rispetto a quelli comunemente ricondotti all'universo della *soft regulation*.

²⁷⁹ Per un accurato inquadramento dell'istituto della direttiva nel diritto amministrativo si rimanda a M. ASPRONE, *Le direttive amministrative*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, XXIII-XXIV, 2010, p. 2343 ss.

²⁸⁰ Sul punto si rinvia alle riflessioni di G. MORBIDELLI, *Le linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?* In *Diritto amministrativo*, III, 2016, p. 291 ss., che evidenzia come, sebbene anche la categoria delle direttive ospiti al suo interno una moltitudine di atti tra loro spesso differenti, essa sembri essere quella più adeguata per l'inquadramento delle linee guida non vincolanti, soprattutto alla luce della vincolatività "attenuata" che caratterizza queste ultime, in virtù dell'onere di motivazione che pone in capo al destinatario che intenda discostarsi dal comportamento suggerito. Nel senso della qualificazione delle linee guida quali

sia ancora una posizione che possa essere definita preponderante, si tratta di due interpretazioni parimenti convincenti²⁸¹.

Le posizioni del Consiglio di Stato e dello stesso legislatore (inclinati alla riconduzione degli atti al *genus* della regolazione flessibile) sono, però, la testimonianza di una tendenza dell'ordinamento su cui è il caso di soffermarsi.

Le letture date da questi ultimi in relazione alla natura delle linee guida non vincolanti sembrano, infatti, rappresentare un'eloquente espressione della tendenza che l'ordinamento ha maturato verso la riconduzione di atti di incerta qualificazione alla categoria magmatica della *soft law*²⁸².

Si tratta, invero, di una soluzione non del tutto condivisibile e pericolosamente incerta, soprattutto per il fatto che quella della *soft regulation* è una categoria che, come visto sopra, racchiude al suo interno una vasta tipologia di atti, ognuno con differenti effetti e funzioni. È una nozione dai contorni sfocati, rispetto alla quale gli sforzi ricostruttivi, soprattutto nell'ordinamento italiano, non hanno ancora portato ad approdi univoci. La figura dovrebbe, pertanto essere invocata con molta cautela, perché non offre un aiuto significativo all'interprete nell'individuazione del regime giuridico applicabile all'atto, né allo stesso destinatario, chiamato a decifrarne il contenuto e la portata degli effetti. A questo si sommano le grandi perplessità relative all'accesso e all'ampiezza della tutela giurisdizionale, questioni rispetto alle quali si è ancora lontani da una soluzione definitiva e pienamente appagante nell'ottica della tutela dei privati²⁸³.

Ma le ombre che avvolgono la categoria degli atti di regolazione *soft* non si concentrano unicamente nei profili di ordine sostanziale. Anche il versante procedurale manifesta, infatti, elementi di criticità.

Occorre, allora, gettare un rapido sguardo sui procedimenti relativi all'esercizio delle funzioni regolatorie, al fine di valutare il rilievo riconosciuto alla partecipazione dei soggetti privati portatori di interesse.

circolari si rinvia, invece, a F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso* cit., p. 395 ss. L'Autore, dopo aver effettuato una puntuale ricognizione delle differenti nature che una circolare può assumere (tra le quali, anche quella normativa) accosta le linee guida vincolanti alle circolari che, benché prive di efficacia vincolante, producono comunque l'effetto di imporre all'Amministrazione di motivare le ragioni del discostamento dal contenuto di essa. Motivazione che acquista rilievo in relazione all'esercizio del sindacato del giudice amministrativo in relazione all'eccesso di potere.

²⁸¹ Si tratta di ~~una~~ letture interessanti proprio alla luce delle peculiarità sopra messe in evidenza. In effetti, gli atti di regolazione flessibile di cui all'articolo 213 del Codice dei contratti pubblici presentano una qualche forma di vincolatività e una capacità di imporsi ai destinatari che di norma non appartiene agli atti di *soft law*. Questi ultimi si caratterizzano per un approccio morbido ed invitativo e sono utilizzati proprio quale alternativa al ricorso all'*hard law*, come tali insuscettibili di imporsi ai destinatari contro il loro consenso. Un'analoga morbidezza non è ravvisabile per le linee guida non vincolanti.

²⁸² In dottrina si è fatto riferimento addirittura a questioni di "moda". Così, M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, relazione tenuta al Convegno annuale di AIPDA, Padova, 9-10 ottobre 2015, disponibile all'indirizzo: www.diritto-amministrativo.org.

²⁸³ Su questi aspetti, vedi *infra*, Capitolo IV, paragrafo § 4.3.

Nell'ambito delle procedure espletate dalle varie autorità è possibile individuare diversi livelli di coinvolgimento dei soggetti che assumono la qualifica di *stakeholders*. Ad ogni modo, però, va sottolineato che nella maggioranza dei casi la partecipazione di questi soggetti non è nemmeno disciplinata normativamente²⁸⁴. Al più, accade che siano gli stessi regolatori che decidono di dare ad esse un carattere di maggiore formalità, disciplinandole con appositi regolamenti interni.

In altri casi, però, manca del tutto anche questa forma di regolamentazione. La conseguenza, quindi, è che lo svolgimento delle consultazioni viene lasciato alla libera iniziativa dell'autorità procedente, che interviene sulla base di considerazioni discrezionali di opportunità²⁸⁵.

Per altre autorità, invece, la legge ha previsto l'obbligo di espletare procedure consultive sia per l'emanazione di atti propriamente normativi o, comunque, giuridicamente vincolanti, sia, più genericamente, per l'adozione di atti generali. È il caso della Banca d'Italia e della Consob, che si sono dotate di regolamenti interni nei quali hanno dedicato attenzione anche alla questione della consultazione dei soggetti interessati²⁸⁶. Nonostante ciò, non tutti gli atti delle citate autorità (rientranti tra quelli di regolazione flessibile) sono inclusi nella categoria di quelli per i quali è previsto l'obbligo di espletamento della procedura consultiva. Inoltre, spesso i provvedimenti adottati sono oltremodo sintetici in punto di motivazione delle decisioni assunte rispetto alle osservazioni prodotte dai soggetti intervenuti. Un dato, quest'ultimo, che ridimensiona fortemente l'utilità e il valore dell'apertura del procedimento alla partecipazione degli interessati.

Del pari, l'autorità nazionale anticorruzione ha adottato un proprio regolamento interno in cui disciplina, tra gli altri, i profili inerenti alla partecipazione degli interessati ai procedimenti normativi o per l'adozione

²⁸⁴ Un'eccezione è rappresentata dall'articolo 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, che prevede un obbligo di consultazione dei soggetti interessati a carico sia della Banca d'Italia che della Consob, in relazione all'adozione di atti normativi o di carattere generale. La norma rinvia comunque ai regolamenti interni delle autorità per l'applicazione dei principi enunciati, nonché la previsione di eventuali ipotesi di deroga.

²⁸⁵ È il caso, per esempio, del Garante per la Protezione di Dati Personali, che non si è dotato di un proprio regolamento interno che disciplini i provvedimenti da sottoporre a consultazione preventiva. Il risultato è che è la stessa autorità a decidere quando avviare o meno la procedura consultiva. Parimenti discrezionale è la decisione in ordine alla motivazione del provvedimento rispetto alle osservazioni pervenute durante la fase di consultazione degli *stakeholders*. Su questi profili si veda S. MORETTINI, *Il soft law nelle Autorità Indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?* in *Osservatorio AIR*, 2011, IV, p. 5 ss.

²⁸⁶ Per quanto riguarda la Banca d'Italia, si tratta del regolamento del 24 marzo del 2010, che ha dato attuazione all'art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262. La norma in questo caso disciplina la fase di consultazione all'interno degli articoli 3,4 e 6 e prevede espressamente l'obbligo di motivazione (anche in forma sintetica) rispetto ai commenti e alle osservazioni ricevute. La Consob, invece, è intervenuta sui profili partecipativi dei propri procedimenti con un regolamento adottato con delibera n. 19654 del 5 luglio 2016 e successivamente modificato con delibera n. 22203 del 10 febbraio 2022. Gli articoli dedicati al tema in esame sono il 5 e il 6 (articolo, quest'ultimo, che non prevede un espresso obbligo di motivazione dell'autorità in relazione alle posizioni assunte rispetto ai contributi forniti dagli *stakeholders*). Il regolamento, come anticipato, è stato modificato nel 2022, con l'aggiunta di un comma 2 all'interno dell'articolo 7, che, rispetto alla versione previgente, ha previsto nuovi ed ulteriori casi di deroga all'obbligo di espletamento delle procedure consultive.

degli atti generali²⁸⁷. Anche in questo caso, benché le procedure consultive siano espletate con regolarità, accade di frequente che manchi un'esaustiva motivazione dell'atto in rapporto ai contributi ricevuti.

Alle problematiche sollevate dagli atti di *soft regulation* a livello sostanziale si aggiungono, quindi, quelle legate agli aspetti procedurali, che rivelano l'esistenza di dinamiche che solo apparentemente assicurano una partecipazione effettiva dei soggetti interessati dalle scelte regolatorie. Ciò alimenta, per il momento, le incertezze intorno ad uno strumento che, pur indubbiamente funzionale al perseguimento di risultati efficienti e di rapido adeguamento della normativa, risulta essere poco garantito e apparentemente poco incline a sposarsi felicemente con i pilastri di un sistema normativo di diritto duro come quello italiano.

3.4. *La soft regulation a livello mondiale, tra sovranità statale e globalizzazione..*

Nelle pagine precedenti si è avuto modo di analizzare la natura degli atti di *soft law* adottati dalle autorità che operano negli ordinamenti nazionali, i loro aspetti sostanziali e procedurali. Ci si è limitati, però, alla sola dimensione statale del fenomeno regolatorio.

Con particolare riferimento ad alcuni settori, però, pensare ad un'attività regolatoria condotta dalle singole autorità nazionali in totale autonomia rappresenterebbe una visione troppo miope della realtà e trascurerebbe le esigenze di armonizzazione della disciplina a livello globale alle quali la *soft law* risponde. In particolare, una lettura di questo tipo dimenticherebbe proprio uno dei fattori di spinta più significativi per la diffusione della *soft regulation* e del rafforzamento del ruolo delle *Authorities* nazionali negli ultimi vent'anni.

Per meglio comprendere il funzionamento delle autorità in questione e i connotati dell'attività che esse realizzano all'interno del mercato, è, perciò, inevitabile aprire un varco che dalla prospettiva interna conduca a quella internazionale.

Sul processo di produzione delle norme e degli standard tecnici veicolati dagli atti di *soft regulation* gioca, infatti, come già anticipato, un ruolo determinante l'attuale contesto economico globalizzato²⁸⁸. Questo perché l'apertura dei mercati a livello mondiale²⁸⁹ e la prepotente affermazione su scala internazionale delle logiche mercantilistiche che oggi più che mai individuano nella massimizzazione della produzione e dei profitti le stelle

²⁸⁷ L'ultima versione del citato regolamento è stata adottata con Delibera n. 135 del 28 marzo 2023.

²⁸⁸ Il ragionamento è valido, quanto meno, per le autorità che agiscono all'interno di settori che ricevono una regolazione anche a livello europeo e globale. Non anche per quelle, come per esempio la Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici, che assumono una dimensione meramente nazionale. Per un quadro più chiaro ed esaustivo sui profili della globalizzazione dell'attività regolatoria si rinvia a N. BRUNSSON – B. JACOBSSON, *The contemporary Expansions of Standardization*, in ID., *A world of Standards*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

²⁸⁹ Per alcune interessanti riflessioni sull'attuale dimensione globale della società in cui viviamo si rinvia a S. CASSESE, *Chi governa il mondo?* in M. MELONI (a cura di), *Otto Lezioni sul Mondo*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 93 ss.

polari dei moderni sistemi economici, hanno inevitabilmente inciso anche sul diritto pubblico e sulla sua azione. La forza accentratrice di questi interessi di mercato, dopo aver segnato in Europa il passaggio dal modello dello Stato imprenditore a quello dello Stato regolatore, ha costituito il fattore di spinta decisivo per il ridimensionamento del ruolo del diritto pubblico nella regolazione dell'economia²⁹⁰.

Proprio il diritto pubblico, abituato a rivolgersi ad una realtà nazionale sulla quale poter esprimere in assoluta autonomia la propria forza ordinatrice, ha dovuto fare i conti con dinamiche nuove che hanno investito la produzione del diritto e con le forze che tendono a spingere quest'ultima sempre più verso l'alto²⁹¹.

Alla crisi della sovranità economica dello Stato se ne è accompagnata, quindi, anche una politica²⁹², proprio per il fatto che gli ordinamenti statali hanno perso molta della loro capacità di controllo sulle scelte regolatorie.

Questo è il risultato di un'esigenza di regolazione (rapida, efficace e flessibile) che non si riferisce più ai singoli contesti ordinamentali, isolatamente considerati. Al contrario, la regolazione, oggi, deve necessariamente assumere una dimensione internazionale: si impone l'adozione di norme uniformi, suscettibili di applicazione su scala globale²⁹³.

Questa vocazione alla internazionalità dell'attività regolatoria è anche la conseguenza di episodi che hanno segnato fortemente la vita politica ed economica degli ordinamenti a livello globale. Il riferimento è, in particolare, alla crisi economica del 2008, che ha fatto luce su scenari inquietanti in

²⁹⁰ Cfr., *ex multis*, E. CARDI, *Mercati e istituzioni in Italia*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 168 ss.

²⁹¹ Non si tratta, per vero, di una semplice cessione di sovranità da parte degli ordinamenti nazionali in favore di organizzazioni formali che operano a livello europeo o globale, come avvenuto in occasione dell'istituzione delle Nazioni Unite e dell'Unione Europea. La globalizzazione svela, invece, dinamiche più complesse. Accanto alle organizzazioni internazionali tradizionali ve ne sono altre di carattere informale, costituite da singole autorità amministrative statali, vi sono organizzazioni composte interamente da soggetti privati ed altri organismi di natura ibrida, a metà strada tra quella privata e quella pubblica. Inoltre, i rapporti divengono più complessi, posto che nella stessa materia spesso intervengono atti di regolazione adottati da più soggetti, senza che sia perfettamente chiara l'effettività ed il grado di coerenza degli uni e degli altri. Per questo si afferma di frequente che la regolazione nell'ambito della globalizzazione abbia un carattere «*multilevel*». Su questi aspetti si rimanda, diffusamente, a J.B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, LGDJ, Paris, 2020, p. 47 ss. Sulla complessità della regolazione a livello globale e sul ruolo attivo che anche i soggetti privati economicamente più forti svolgono in seno ad essa si veda anche S. DE NITTO, *La regolazione per standard: un valore aggiunto?* in *Federalismi.it*, 2022, XIX, p. 94.

²⁹² Cfr., su questi aspetti, P. PASSAGLIA, voce *Sovranità*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. VI, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5650. Sugli effetti della globalizzazione e della conseguente erosione del concetto di sovranità sull'organizzazione e sull'attività delle Amministrazioni nazionali si veda anche S. VUOTO, *La funzione di Amministrazione nell'evoluzione del costituzionalismo*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Paolo Carrozza*, Pisa University Press, Pisa, 2022, p. 658 ss.

²⁹³ Tale esigenza si è palesata in modo sconvolgente in occasione della crisi economico – finanziaria del 2008, che ha messo a nudo le debolezze di un sistema che, pur avendo ormai assunto una dimensione mondiale, non poteva fare affidamento su una regolazione uniforme, con la conseguenza che i disastrosi risultati determinati dall'inadeguata regolamentazione finanziaria vigente negli Stati Uniti hanno finito per riverberarsi su scala globale. Questo ha portato all'adozione di opportuni accorgimenti soprattutto da parte dell'Unione Europea, che ha provveduto all'istituzione di sistemi di regolazione e vigilanza a livello unionale. Su questi aspetti si rimanda a N. LONGOBARDI, *Le autorità di regolazione dei mercati nel tempo della crisi*, in *Amministrazione in cammino*, 27 maggio 2011, p. 9 ss.; e a S. CASSESE, *Universalità del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, p. 29.

materia di efficienza del controllo e di buon funzionamento del mercato creditizio. Proprio questo drammatico evento storico (se, da un lato, ha suscitato le prime paure sulla effettiva tenuta del sistema della regolazione indipendente²⁹⁴) ha rappresentato un fattore di spinta decisivo verso la creazione o il rafforzamento di organismi internazionali di regolazione, con l'obiettivo di assicurare una migliore vigilanza dei settori regolati ad un livello superiore rispetto a quello nazionale²⁹⁵. Quest'esigenza di coordinamento della regolazione a livello sovranazionale, nata in particolare per i rami bancario e creditizio, ha, poi, finito per estendersi anche ad altri ambiti (come quello energetico), soprattutto per quel che concerne l'esperienza europea.

Accade, pertanto, che molte scelte regolatorie, pur ammantate di una coltre di neutralità²⁹⁶ e formalmente adottate dalle autorità indipendenti a livello domestico, siano il frutto di precise opzioni di politica economica. Si tratta di decisioni adottate in contesti extra-ordinamentali e che in alcuni casi non rispondono a logiche propriamente democratiche e partecipative.

Il primo livello di tale fenomeno di attrazione della regolazione verso l'alto si ritrova nel contesto europeo, che recentemente ha conosciuto una significativa espansione dei poteri attribuiti alle Agenzie costituite in seno all'UE²⁹⁷.

²⁹⁴ Si veda, sul punto, L. TORCHIA, *Politica industriale e regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2015, I, p. 1 ss., che dava conto del ricorso a strumenti di politica industriale da parte degli Stati membri a seguito della crisi finanziaria iniziata nel 2008, accanto all'adozione di misure di rafforzamento della regolazione e dei regolatori soprattutto a livello europeo. Sintomo, i primi, dell'inizio della presa di consapevolezza della incapacità di un sistema economico avulso da qualsiasi tipo di intervento pubblico di poter superare in autonomia le fasi di crisi e di recessione.

²⁹⁵ Sui legami tra la crisi finanziaria del 2008 e il rafforzamento del ruolo delle autorità operanti a livello europeo e globale si veda anche E. RICHEVILAIN, *L'interregulation des autorités internationales, européennes et nationales de régulation bancaire et financière*, LGDJ, Paris, 2022, p. 36 ss.

²⁹⁶ Quello della neutralità è un valore interessato da un processo di mitizzazione che va avanti ormai da diverso tempo che sembra suggerire l'esistenza di una separazione naturalistica tra la politica e l'economia, tra il pubblico e il privato. Proprio la scissione così netta tra questi due emisferi conduce gli ordinamenti contemporanei ad individuare in un presunto carattere di neutralità dei regolatori l'unica chiave per assicurare il corretto funzionamento del settore economico. Peraltro, ciò che viene sottostimato da alcuni è il fatto che anche le norme tecniche, la cui adozione viene demandata ad autorità neutrali, nel momento in cui vengono individuate come lo strumento ideale per la regolazione di un settore, assumono una connotazione politica. Su questi profili si veda G. LUCHENA, *Autorità indipendenti e Costituzione economica* cit., p. 3 ss.

²⁹⁷ La regolazione sviluppatasi a livello unionale presenta un interesse particolare, per il fatto di aver rappresentato il superamento della "dottrina Meroni", secondo la quale la delega di poteri normativi attribuiti alle istituzioni individuate dai Trattati dell'Unione Europea alle Agenzie costituite in seno ad essa avrebbe dovuto essere limitata all'esercizio di poteri chiaramente definiti e basata su solidi meccanismi di trasparenza e legittimazione. Si tratta di una dottrina che, pur non escludendo la possibilità di delegare poteri normativi anche di carattere discrezionale alle Agenzie europee, stabiliva che l'estensione di questi poteri dovesse essere limitata e controllabile sulla base di contenuti stabiliti dalle fonti secondarie e che, inoltre, le scelte politiche fondamentali nella materia oggetto della delega dovessero essere prese dalle Istituzioni Comunitarie individuate dai Trattati quali titolari del potere normativo. Per una lettura esaustiva sui pilastri sui quali è stata elaborata e si è retta per lungo tempo la dottrina Meroni (vale a dire la *rule of law* e il rispetto del principio democratico) e sul suo graduale ed inesorabile superamento, si rimanda alla lettura di M. SIMONCINI, *Administrative Regulation beyond the Non-Delegation doctrine*, Hart Publishing, Oxford, 2018, p. 16 ss.

La rilevanza del diritto unionale in relazione all'attività regolatoria delle AAI si manifesta su più fronti.

In primo luogo, in numerosi casi l'istituzione delle autorità indipendenti di regolazione da parte degli Stati membri costituisce l'adempimento di precisi obblighi o l'attuazione di meri suggerimenti provenienti proprio dall'Unione Europea.

Infatti, benché la comparsa delle AAI negli ordinamenti nazionali degli Stati europei sia stata generalmente determinata da fenomeni contingenti ed accusi la mancanza di un progetto a lungo termine (i casi italiano e francese sono emblematici da questo punto di vista)²⁹⁸, da qualche tempo l'Unione Europea sembra aver maturato un approccio di particolare favore nei confronti degli organismi indipendenti. Questi ultimi hanno iniziato ad essere visti come la figura ideale per l'attuazione delle politiche concorrenziali all'interno dei settori più strategici e delicati dell'ordinamento. C'è, quindi, un interesse dell'ordinamento euro-unitario per l'istituzione di tali organismi che rappresenta un primo indizio dell'assunzione di una dimensione ultra-statale da parte loro²⁹⁹.

Ma questa non è l'unica direzione che l'ordinamento europeo ha seguito per intervenire nella materia. Oltre ad aver incoraggiato e, in alcuni casi, imposto il ricorso all'istituzione di queste *Authorities*, il diritto dell'Unione Europea ha contribuito alla prospettiva di internazionalizzazione della regolazione anche mediante la creazione *Networks* o Sistemi di regolatori nazionali operanti a livello comunitario.

Si tratta di organismi che coinvolgono in qualità di partecipanti le principali autorità di regolazione operanti sul piano nazionale e sono volti a favorire tra esse lo scambio di informazioni e *best practices* e, talvolta, l'armonizzazione delle misure regolatorie da adottare nell'ordinamento di origine.

In relazione alla materia della regolazione dell'energia elettrica e del gas naturale, per esempio, va citata l'istituzione dello *European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER)*, organismo dotato di propria personalità giuridica che tra i suoi organi principali annovera un *Board* che riunisce, appunto, le differenti autorità nazionali titolari di funzioni di regolazione nel settore³⁰⁰.

Nell'ambito delle telecomunicazioni, invece, è di grande importanza il ruolo svolto da *The Body of European Regulators for Electronic Communications*

²⁹⁸ Il *Rapport Public* del 2001 del *Conseil d'État* sulle *Autorités administratives indépendantes* ha ben messo in evidenza questo profilo. Nella *Première partie* del Capitolo II si legge, infatti, che: «*Force est de constater que c'est bien la nécessité contingente qui a fait loi : aucune logique d'ensemble pré établie ne guide le mouvement de création des autorités administratives indépendantes ; le recours à la formule ne fait que répondre à chaque fois à un problème spécifique*».

²⁹⁹ Cfr., sul punto, S. SCREPANTI, *La dimensione ultrastatale delle autorità indipendenti: i "sistemi comuni" europei e globali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, V, p. 930.

³⁰⁰ Un'attenta analisi della struttura dell'Agenzia e delle funzioni che essa esercita (con particolare riguardo a quelle di regolazione e di diffusione di standard e di linee-guida tra le autorità nazionali) è contenuta in E. MATHIEU, *Regulatory delegation in the European Union*, Palgrave Macmillan, London, 2016, p. 110 ss.

(BEREC)³⁰¹, che favorisce anch'esso la circolazione di *best practices*, obiettivi, programmi e modelli di regolazione tra le diverse autorità di regolazione nazionali che lo compongono³⁰².

Sono, però, i settori bancario e creditizio quelli in cui il processo di europeizzazione della regolazione tramite agenzie ha conosciuto gli sviluppi più significativi ed ha dato luogo alla più articolata organizzazione.

Nel settore bancario va, infatti, rammentato il fondamentale ruolo ricoperto dal Sistema Europeo delle Banche Centrali, del quale fa parte anche la Banca d'Italia. Questo costituisce molto più che un semplice anello di raccordo tra le Banche Centrali nazionali³⁰³. Per vero, è il responsabile della direzione della politica economica e monetaria dell'Unione Europea³⁰⁴.

Di straordinaria importanza, nello stesso settore, il ruolo dell'*European Banking Authority (EBA)*, che fa parte delle *European Supervisory Authorities* insieme all'*European Securities and Markets Authority (ESMA)* e all'*European Insurances and Occupational Pensions Authority (EIOPA)* che, sebbene più giovani rispetto alla Banca Centrale, costituiscono una colonna portante della vigilanza e nella regolazione dei settori bancario e creditizio³⁰⁵.

Questi organismi oggi non si limitano più a svolgere una funzione di coordinamento dell'azione delle diverse autorità di regolazione nazionali (che sono rappresentate all'interno del «Consiglio delle autorità di vigilanza» costituito in seno alle stesse *Authorities*), ma vantano anche un ruolo di rilievo nell'ambito dell'esercizio delle funzioni propriamente normative della Commissione³⁰⁶ ai sensi degli articoli 290 e 291 del TFUE³⁰⁷.

³⁰¹ Per un migliore approfondimento sulle origini, la struttura e le funzioni che il *BEREC* svolge in senso all'Unione Europea, si rimanda alla lettura di ID., *Op. cit.*, p. 149 ss.

³⁰² Sia l'*ACER* che il *BEREC* fanno parte dei *Networks* di autorità di regolazione istituiti in seno all'Unione Europea a partire dal 2009. Si tratta di autorità rispetto alla cui istituzione ha giocato un ruolo decisivo la crisi economica globale del 2008 e che si caratterizzano per una maggiore autonomia e l'attribuzione di una competenza regolatoria diretta o indiretta. È, quindi, un modello fortemente distinto da quello delle Agenzie Europee della generazione precedente, alle quali erano, invece, attribuite prevalentemente funzioni tecnico-consultive. Per l'approfondimento di questi aspetti si veda anche V. TURCHINI, *I mercati di settore europei verso una regolazione realmente indipendente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2020, III, p. 770 ss.

³⁰³ Sull'argomento si rimanda alla lettura di D. HOWARD – H. MACARTNEY, *The politics of supranational banking supervision in Europe*, Routledge, London, 2018.

³⁰⁴ A questo proposito si rinvia a SCREPANTI, *Op. cit.*, p. 919.

³⁰⁵ Sul punto si veda il recente contributo di M. DE BELLIS, *Soft Law, agenzie europee e controllo giurisdizionale: le contraddizioni del caso FBF*, in *Giornale di diritto amministrativo*, III, 2022, p. 327 ss.

³⁰⁶ Si tratta di funzioni di particolare rilievo, soprattutto in considerazione del fatto che, ove la Commissione intenda discostarsi dalla posizione espressa dall'Agenzia, è tenuta a fornire adeguata motivazione. Su questi aspetti si veda nuovamente M. SIMONCINI, *op. cit.*, pp. 80 – 81, che sottolinea come il ruolo delle *European Supervisory Authorities (ESAs)* nell'ambito dei procedimenti normativi condotti dalla Commissione sia in continua evoluzione ed espansione, tanto che si potrebbe addirittura affermare che sono proprio le agenzie che compongono il gruppo ad essere le effettive titolari del potere di predisporre la normativa tecnica vincolante, la Commissione limitandosi a ricoprire un ruolo meramente subalterno.

³⁰⁷ L'articolo 290 del TFUE prevede, infatti, letteralmente che:

«1. Un atto legislativo può delegare alla Commissione il potere di adottare atti non legislativi di portata generale che integrano o modificano determinati elementi non essenziali dell'atto legislativo.

Gli atti legislativi delimitano esplicitamente gli obiettivi, il contenuto, la portata e la durata della delega di potere. Gli elementi essenziali di un settore sono riservati all'atto legislativo e non possono pertanto essere oggetto di delega di potere.

Oltre ad esse, le autorità dispongono anche della competenza all'adozione di atti di *soft law*, mediante i quali incide, in modo morbido, ma efficace, sulla concreta conformazione dei mercati finanziari dei Paesi membri³⁰⁸. Sono dotate, quindi, di poteri di regolazione, il cui peso rispetto allo sviluppo della disciplina in materia va crescendo progressivamente.

Nella maggioranza dei casi, dunque, questi organismi influiscono sensibilmente sulla regolazione degli ordinamenti interni. Talvolta attraverso l'adozione di atti di *soft law* che si rivolgono alle corrispondenti autorità operanti a livello nazionale; talaltra, con l'emanazione di atti normativi in grado di regolare direttamente le relazioni tra gli operatori privati e gli utenti³⁰⁹.

2. Gli atti legislativi fissano esplicitamente le condizioni cui è soggetta la delega, che possono essere le seguenti:

a) il Parlamento europeo o il Consiglio possono decidere di revocare la delega;

b) l'atto delegato può entrare in vigore soltanto se, entro il termine fissato dall'atto legislativo, il Parlamento europeo o il Consiglio non sollevano obiezioni.

Ai fini delle lettere a) e b), il Parlamento europeo delibera a maggioranza dei membri che lo compongono e il Consiglio delibera a maggioranza qualificata.

3. L'aggettivo «delegato» o «delegata» è inserito nel titolo degli atti delegati.»

L'articolo seguente stabilisce, invece, che:

«1. Gli Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione.

2. Allorché sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, questi conferiscono competenze di esecuzione alla Commissione o, in casi specifici debitamente motivati e nelle circostanze previste agli articoli 24 e 26 del trattato sull'Unione europea, al Consiglio.

3. Ai fini del paragrafo 2, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono preventivamente le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione.

4. I termini «di esecuzione» sono inseriti nel titolo degli atti di esecuzione».

³⁰⁸ Come messo in evidenza da M. ORTINO, *Il soft law nella disciplina dei mercati finanziari*, in *Banca, Impresa, Società*, I, 2020, p. 113 ss., l'attività di *soft regulation* delle ESAs si articola, infatti, in due forme principali. La prima si esprime sotto forma di attività di consulenza in favore della Commissione, quando quest'ultima esercita il potere legislativo che può esserle delegato ai sensi dell'art. 290 del TFUE dal legislatore UE. In questo caso, sebbene il ruolo delle ESAs formalmente sia solo propositivo, di fatto esse definiscono il contenuto normativo degli atti che poi la Commissione traduce in norme di *hard law*. Quelli delle ESAs sono, quindi, atti di *soft law* il cui contenuto viene quasi integralmente trasposto all'interno dell'atto vincolante. Tale funzione discende dall'elevata competenza tecnica che esse vantano all'interno della materia finanziaria, che le pone in una posizione di forza rispetto alla Commissione. La seconda forma consiste, invece, nel potere di adottare orientamenti e raccomandazioni rivolti direttamente agli operatori del mercato o alle autorità di vigilanza nazionali, come previsto dall'articolo 16 del regolamento ESAs. Questo tipo di attività di regolazione persegue, per lo più, finalità di armonizzazione. Si tratta di un potere particolarmente incisivo. Questo perché, sebbene le misure adottate abbiano un carattere flessibile e siano, perciò, caratterizzate dalla mancanza di effetti vincolanti, il sistema regolatorio che ruota intorno ad esse si fonda su un meccanismo di "*comply or explain*", in base al quale l'autorità nazionale destinataria della misura adottata dall'Agenzia europea è tenuta a fornire la spiegazione del mancato adeguamento alle raccomandazioni provenienti dall'organismo unionale. Su questi aspetti si veda anche M. SIMONCINI, *Op. cit.*, p. 72 ss.; e B. CELATI, *Soft law nella regolazione dei mercati finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Riv. reg. merc.*, 2020, II, p. 323 ss., che mette anche in evidenza, con particolare riferimento all'*ESMA*, come l'effetto persuasivo sia accentuato dal fatto che l'autorità può decidere di rendere pubbliche le motivazioni addotte dal singolo operatore di mercato che abbia deciso di non conformarsi al contenuto dell'atto regolatorio.

³⁰⁹ Su questi profili si veda nuovamente V. TURCHINI, *I mercati di settore europei verso una regolazione realmente indipendente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, III, 2020, p. 792.

Questo è, quindi, un primo livello di condizionamento dell'attività regolatoria posta in essere da parte delle autorità nazionali ad opera di organismi che operano in una dimensione ultra-statale. Peraltro, se da un lato è vero che all'elaborazione degli atti di regolazione flessibile prende parte anche l'autorità sollecitata ad implementarli in ambito domestico, non può tacersi il fatto che la sua autonomia decisionale risulti fortemente condizionata dalla superiore esigenza di attuare un coordinamento delle "politiche" regolatorie a livello unionale.

Ad un livello superiore in questa scala immaginaria si colloca la *soft law* prodotta a livello globale.

Accanto alle Organizzazioni Internazionali costituite su base pattizia dagli Stati o da questi ultimi e altre Organizzazioni, operano a livello globale reti di regolatori istituite dagli stessi regolatori nazionali o, in alcuni casi, da soggetti interamente privati. Si tratta, in ogni caso, di creature della globalizzazione³¹⁰ che si muovono in un palcoscenico poco trasparente e informale.

In questo caso, la regolazione ha luogo in seno ad organismi che, tramite procedure spesso scarsamente garantite, adottano scelte destinate a produrre effetti a livello decentrato nei singoli ordinamenti.

Tra questi organismi, il Comitato di Basilea, il *Financial Security Board* (entrambi competenti nei settori bancario e dell'intermediazione finanziaria) e lo *IOSCO* (*International Organization of Security Commissions*, che esercita le sue funzioni nel mercato dei titoli mobiliari) catturano l'attenzione degli interpreti sia per le dinamiche che hanno condotto alla loro costituzione sia, soprattutto, per i meccanismi del loro funzionamento e l'efficacia degli atti adottati.

Non si tratta di Organizzazioni Internazionali, in quanto non sono state istituite sulla base di accordi intercorsi tra Stati o tra altre Organizzazioni. Si tratta, piuttosto, di *fora* che sono nati o sulla base della spontanea iniziativa delle singole autorità di regolazione degli Stati membri o nell'ambito di organizzazioni informali³¹¹ come il G8, il G10 e il G20³¹².

La mancanza di consenso da parte degli Stati (e dei loro organi inseriti all'interno del circuito della rappresentatività democratica) rispetto all'istituzione di piattaforme di questo genere offre subito importanti indizi circa le carenze in essi riscontrabili in termini di democraticità ed *accountability*.

³¹⁰ Interessante la definizione di globalizzazione data da D. GOLDMAN, *Historical aspects of globalization and law*, in C. DAUVERGNE, *Jurisprudence for an interconnected Globe*, Routledge, London, 2003, p. 43, che la definisce con poche ma efficaci parole, come «la crescente interconnessione tra le cose che avvengono nel mondo».

³¹¹ Sul punto, cfr. E. RICHEVILAIN, *op. cit.*, p. 315.

³¹² Cfr. A. PISANESCHI, *Il Comitato di Basilea e il Financial Stability Board: regolazione finanziaria sovranazionale e Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, I, p. 260 ss. il quale, citando M.S. BARR E G.P. MILLER, in *Global Administrative Law: the View from Basel*, in *European Journal of International Law*, 2006, vol 17, p. 18 ss., definisce il Comitato di Basilea come una sorta di «club ristretto».

Più nello specifico, dal punto di vista organizzativo, il Comitato di Basilea si compone dei governatori delle Banche Centrali nazionali. Il *Financial Stability Board*, che assolve una funzione ancillare rispetto al primo, invece, include al suo interno anche esponenti dei Governi nazionali (generalmente i Ministri delle Finanze) e i presidenti di altre autorità nazionali di vigilanza nel settore dei mercati finanziari (in Italia, la Consob)³¹³. Lo *IOSCO*, invece, consta di due organi principali: il Comitato dei Presidenti e lo *IOSCO Board*. Nel primo siedono i presidenti delle autorità di regolazione nazionali dei 131 Stati membri dell'organizzazione; nel secondo (che esercita le funzioni propriamente regolatorie sotto l'egida del primo) ne sono rappresentati soltanto 35.

La funzione di queste entità è quella di produrre standards e linee guida condivise che i vari partecipanti si obbligano ad attuare (spesso anche con il ricorso a strumenti di *hard law*) nel sistema giuridico interno³¹⁴. C'è, quindi, un duplice ruolo giocato dalle autorità di regolazione nazionale: non solo partecipano alla formulazione delle regole e degli standards sul piano globale, ma si impegnano ad intervenire anche nella fase della loro attuazione a livello nazionale³¹⁵.

La ragione alla base dell'istituzione di questi organismi risiede, ancora una volta, nell'esigenza di introdurre a livello sovranazionale una disciplina flessibile ed uniforme, capace di incoraggiare gli scambi e le transazioni su scala internazionale, di offrire stabilità e di evitare fallimenti di mercato dovuti all'inadeguata predisposizione di strumenti di regolazione da parte dei singoli Stati.

Ciò che interessa maggiormente ai fini del presente lavoro sono, però, le modalità con cui le autorità di regolazione nazionale implementano la *soft law* internazionale a livello interno, nonché i procedimenti con cui gli organismi attivi a livello europeo e quelli operanti nella dimensione globale,

³¹³ Per un approfondimento sulla costituzione e sul funzionamento del *Financial Stability Board* si veda J. LIBERI, *The Financial Stability Forum, a Step in the Right Direction... not Far Enough*, in *University of Pennsylvania of International Economic Law*, 2003, vol 24.

³¹⁴ Gli accordi di Basilea II, per esempio, una volta adottati in seno al Comitato, sono stati trasposti a livello comunitario attraverso l'adozione di una direttiva che obbligava al recepimento nell'ordinamento interno i vari Stati membri. L'Italia si è rivelata uno dei Paesi più virtuosi sul versante della rapidità dell'attuazione dell'obbligo europeo, alla quale ha provveduto con l'emanazione di un decreto-legge governativo, un regolamento attuativo da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze e una serie di Istruzioni di vigilanza da parte della Banca d'Italia. Sotto il profilo contenutistico, l'accordo ha imposto alle banche nazionali il rispetto di alcuni requisiti fondamentali in termini di trasparenza e di requisiti patrimoniali, introducendo a questo riguardo specifici obblighi di misurazione del rischio di credito, sulla base del quale devono essere calcolate le somme di capitale delle quali la banca deve dotarsi per porsi al riparo da possibili crisi.

³¹⁵ Cfr. B. BREHIER, *Les nouveaux législateurs: OICV, Comité de Bâle, FSB, G20*, in *Revue de droit bancaire et financier*, 2015, III, p. 31 ss., il quale fa notare il paradossale meccanismo di funzionamento di questi organismi e dell'attività regolatoria da loro realizzata. In particolare, l'Autore pone l'accento sulla singolarità del ruolo giocato dalle autorità nazionali di regolazione, in grado di prendere accordi a livello internazionale senza avere ricevuto alcun mandato e di vincolare il proprio Stato di appartenenza all'adozione di formali atti di recepimento delle decisioni assunte da questi organismi sovranazionali.

assolvono alle loro funzioni di regolazione³¹⁶. Proprio i procedimenti, infatti, data l'opinione condivisa secondo cui sarebbe impossibile replicare all'interno di queste realtà i meccanismi propri della democrazia rappresentativa, sono individuati come i migliori strumenti di *accountability* attivabili per garantire la democraticità di queste istituzioni³¹⁷.

Con riferimento al primo profilo, va detto che, tanto le disposizioni di regolazione flessibile prodotte tanto a livello europeo quanto a livello globale, sono spesso indirizzate alle autorità di regolazione operanti negli ordinamenti nazionali, alle quali viene raccomandata (o, in alcuni casi, imposta) l'implementazione a livello domestico³¹⁸.

Nel caso delle autorità europee, peraltro, accade che esse siano al contempo destinatarie degli indirizzi provenienti dalla dimensione globale ed autrici di propri atti di regolazione (che recepiscono proprio tali indirizzi) rivolti ai regolatori nazionali. Si delinea, pertanto, un sistema di influenza e condizionamento dell'attività regolatoria delle *Authorities* nazionali che parte dal contesto globale e, per tramite delle Agenzie istituite a livello europeo, produce i suoi effetti negli ordinamenti nazionali³¹⁹.

Per quanto concerne, poi, il secondo profilo problematico citato, occorre analizzare partitamente la dimensione europea e quella mondiale, sebbene siano tra loro interconnesse.

A livello europeo, le autorità dotate di questi poteri regolatori agiscono attraverso l'espletamento di procedure formali che implicano la

³¹⁶ Il profilo procedimentale è particolarmente rilevante in rapporto al carattere di democraticità che è possibile rinvenire nell'azione regolatoria condotta da queste autorità. Si tratta, naturalmente di un valore democratico che non può essere assicurato attraverso gli ingranaggi della rappresentanza che operano a livello nazionale, ma che necessita di moduli procedurali e partecipativi che si rivolgano agli *stakeholders*. Cfr., su questi profili, J.B. AUBY, *La globalisation* cit., p. 157 ss. Sul punto si vedano anche le considerazioni fortemente critiche di M. BETZU, *Stati e istituzioni economiche* cit., spec. p. 89 ss., che mette in risalto le disfunzioni di un sistema regolatorio globale che insegue le logiche del mercato capitalista e tende alla marginalizzazione del ruolo politico degli Stati. Una lettura parimenti critica della rule of law che si è imposta a livello globale e i cui dogmi sono ora penetrati anche nell'ordinamento nazionale è offerta da R. BIN, *Rule of law e ideologie*, in G. PINO – V. VILLA, *Rule of law: l'ideale della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 37 ss.

³¹⁷ Si veda a questo proposito G. CERRINA FERONI, *Organismi sovranazionali e legittimazione democratica. Spunti per una riflessione*, in C. BASSU – G.G. CARBONI (a cura di), *Rappresentanza e globalizzazione*. Atti del Convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo. Sassari, Università degli Studi, 19 ottobre 2015, Giappichelli, Torino, 2017, p. 50.

³¹⁸ Come nota F. CAFAGGI, *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato: un'introduzione*, in IDEM, *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 29, accade sempre più di frequente che la recezione degli standards e delle raccomandazioni provenienti dal contesto sovranazionale vengano recepite direttamente dalle autorità di regolazione nazionale, senza alcuna intermediazione né del Parlamento, né dell'esecutivo.

³¹⁹ Spesso, peraltro, l'ordinamento europeo non si limita a rivolgere alle autorità nazionali meri atti di raccomandazione o di invito, ma pone in capo ad esse dei veri e propri obblighi di conformazione al contenuto degli standards sviluppati a livello globale, attraverso l'adozione di direttive. Su questi profili si rimanda alla lettura di S. SCREPANTI, *op cit.*, spec. p. 932 ss. Sul duplice ruolo delle autorità indipendenti nazionali, quali attori del contesto internazionale ed attuatori nell'ordinamento interno degli strumenti elaborati a livello globale, si vedano F. CAFAGGI, *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato: un'introduzione*, in IDEM, *Op cit.*, p. 11 ss.; e S. CASSESE, *La formazione e lo sviluppo dello Stato amministrativo in Europa*, in S. CASSESE – P. SCHIERA – A. VON BOGDANDY (a cura di), *Lo Stato e il suo diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013, spec. p. 45.

partecipazione degli *stakeholders* e il conseguente obbligo per l'autorità procedente di motivare i propri atti³²⁰. Sono proprio queste procedure partecipate, pertanto, pur con le imperfezioni e i profili problematici che le accompagnano, a contribuire all'almeno parziale rispetto del valore della democraticità nei procedimenti che si svolgono in seno alle *Authorities* dell'Unione Europea³²¹. La partecipazione degli *stakeholders* e l'obbligo per l'autorità di motivare gli atti attuano il dialogo tra amministrati e amministrazione europea e costituiscono uno strumento di *accountability* generalmente ritenuto in grado di compensare almeno parzialmente il *deficit* di legittimazione delle seconde³²².

I procedimenti regolatori espletati in seno agli organismi che operano a livello globale rivelano un minore attaccamento ai principi della partecipazione degli interessati e della trasparenza delle decisioni³²³.

Un primo esempio emblematico di quanto appena affermato è dato dalle modalità di svolgimento delle procedure del Comitato di Basilea. In primo luogo, giova evidenziare che quest'istituzione ha funzionato per

³²⁰ Come evidenzia M. SIMONCINI, *Op. cit.*, p. 146 ss., sia i diritti partecipativi che l'obbligo di motivazione rientrano tra gli istituti che garantiscono l'attuazione del principio europeo di buona amministrazione di cui all'articolo 41 CDFUE. La mancanza di specificazione da parte dello stesso articolo delle garanzie che il principio reca con sé, rende, tuttavia, libero il legislatore di conformarlo diversamente a seconda del procedimento considerato. La portata di questi obblighi è stata, infatti, ridimensionata di recente con riferimento ad alcune delle autorità considerate. È il caso, ad esempio, dell'Esma, il cui regolamento Ue n. 1095 del 2010 è stato modificato nel 2019 dal regolamento n. 2175. Tra le varie modifiche, il nuovo atto normativo ne ha introdotto anche una che incide direttamente proprio sul profilo delle consultazioni che dovrebbero precedere l'adozione degli orientamenti e delle raccomandazioni che l'autorità rivolge sia direttamente agli operatori del mercato che alle autorità di regolazione nazionale. È stato previsto, in particolare, che tali consultazioni vengano svolte solo nei casi in cui l'*Authority* lo ritenga opportuno. C'è stato, quindi, il riconoscimento di un'ampia discrezionalità all'Amministrazione in ordine all'opportunità di indire o meno la consultazione pubblica. Su questi aspetti si veda M. SIMONCINI, *I poteri quasi-normativi delle Agenzie europee: le decisioni della European Security and Market Authority (Esma)*, in *Osservatorio sulle fonti*, III, 2020, p. 1555 ss. Sul tema della partecipazione dei privati all'attività di regolazione delle Istituzioni dell'Unione Europea si veda anche A. CENERELLI, *Rulemaking e partecipazione nel diritto internazionale ed europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2020, III, p. 658 ss.

³²¹ Per un punto di vista particolarmente critico sulla *soft law* prodotta a livello comunitario si rimanda alle considerazioni di A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria cit.*, p. 277 ss. Una visione più ottimistica dei sistemi di *accountability* delle Agenzie europee, quanto meno in prospettiva futura, si rinviene, invece, in A. MAGLIARI, *La trasparenza dei processi decisionali delle agenzie europee: il contributo del Mediatore europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, V, 2022, p. 700 ss.

³²² Sebbene, di fatto, la partecipazione si svolga unicamente nelle forme della mera informazione (con il riconoscimento alle parti interessate di un ruolo meramente passivo nell'ambito del procedimento regolatorio) e della consultazione (mediante la costituzione di specifici Comitati rappresentativi dei vari *stakeholders*). Ai rappresentanti dei soggetti interessati dalla regolazione non è, invece, attribuito alcun ruolo attivo in ordine alla definizione del contenuto della scelta regolatoria dell'Agenzia. Su questi punti si veda ancora M. SIMONCINI, *op. cit.*, p. 138 ss.

³²³ Questo vale, naturalmente, per gli organismi di carattere informale, che agiscono prevalentemente attraverso l'adozione di atti di regolazione flessibile. Per quanto concerne le organizzazioni internazionali formali, la partecipazione degli "Attori non statali" è spesso assicurata attraverso moduli differenziati, che vanno dalla mera informazione alla consultazione (quest'ultima, a sua volta, di tipo occasionale o istituzionalizzata). Per una panoramica più dettagliata sul punto, si rimanda a J.L. ITEN, *L'organisation intergouvernementale a l'epreuve de la «gouvernance mondiale»*, in L. DUBIN – M.C. RUNAVOT, *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états: transformation, déformation, ou reformation?*, Editions Pedone, Paris, 2014, p. 83 ss. Si rimanda anche a M. BETZU, *op. cit.*, p. 64 ss., che analizza in senso critico le modalità con le quali è attuata la rappresentatività degli Stati all'interno degli organismi internazionali del WTO, dell'FMI e della Banca Mondiale.

lungo tempo in un regime di estrema informalità, considerato che si è dotata di un proprio statuto soltanto nel 2013 e che questo, ad ogni modo, non è bastato ad assicurare l'implementazione di un sistema di funzionamento propriamente democratico. I suoi livelli di legittimazione, infatti, rimangono tendenzialmente bassi³²⁴.

Proprio tale atto offre una significativa testimonianza della ancora imperante opacità delle attività del Comitato. A questo riguardo, basti citare l'articolo 17 (inserito all'interno del capitolo VIII sulle consultazioni pubbliche) che prevede l'obbligatorio svolgimento delle consultazioni solo per l'elaborazione delle raccomandazioni. Restano, pertanto, escluse da tale obbligo le procedure per l'elaborazione delle linee guida e delle buone pratiche, che pure incidono significativamente sulla regolazione attuata a livello decentrato. Inoltre, lo Statuto non si preoccupa di porre in capo al Comitato l'obbligo di motivare rispetto alle osservazioni pervenute dai soggetti partecipanti, né di specificare a quali categorie di soggetti siano aperte tali procedure³²⁵.

Non meno problematico, sotto questi aspetti, il funzionamento dei procedimenti di elaborazione di standards che si svolgono in seno alla già citata *IOSCO*.

Anche in questo caso l'Organizzazione ha cercato di dotarsi in tempi recenti di appositi strumenti di *accountability* che si fondano sulla partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti di elaborazione degli atti di regolazione.

I risultati sono, tuttavia, ancora una volta non del tutto convincenti, soprattutto perché anche la *IOSCO* dispone di un potere discrezionale particolarmente ampio nel decidere sull'apertura del procedimento alla consultazione dei portatori di interesse³²⁶.

È stato, peraltro, opportunamente messo in evidenza che le procedure partecipative attuate a livello globale (differentemente da quelle espletate a livello interno) non garantiscono, se non in rari casi, ai portatori di interesse alcuna forma di tutela in sede giurisdizionale (o, comunque, dinanzi ad organi incaricati di assicurare forme di tutela avverso gli atti adottati da tali

³²⁴ Su questi stessi profili si veda anche J. M. SOREL, *Le rôle de la soft law dans la gouvernance mondiale: vers une emprise hégémonique?* in *Revue Européenne du droit*, 2021, II, p. 49 ; e M. TELLER, *La régulation des marchés financiers entre pouvoirs privés économiques et ordre public économique*, in *Revue internationale de droit économique*, I, 2019, p. 99 ss.

³²⁵ Non mancano, tuttavia, letture più positive sulle funzioni di queste. Alcuni Autori ritengono, inoltre, che la regolazione transnazionale abbia avuto un ruolo importante anche nell'implementazione del procedimento del *notice and comment* a livello domestico, quale strumento di *accountability*. Tra tutti, si vedano M. DE BELLIS, *L'incidenza della regolazione transnazionale sul diritto interno: i mercati finanziari*, in F. CAFAGGI (a cura di), *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato*, Il Mulino, Roma 2016, p.113 ss.; e G. BERTEZZOLO, *La regolazione globale della vigilanza bancaria: il Comitato di Basilea (BCBS)*, in S. BATTINI, *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Giuffrè, Giuffrè, Milano, 2007, p. 15 ss.

³²⁶ A questo riguardo, si veda quanto disposto dal documento adottato dallo stesso organismo e denominato «*IOSCO consultation policy and procedure*» alle pagine 3 e 4.

organismi). Si tratta, pertanto, di forme di *accountability* particolarmente deboli³²⁷.

Occorre, però, dare conto del fatto che lo scenario qui descritto sembra essere stato, in parte, investito da un forte mutamento a partire dallo scoppio della crisi pandemica del 2020³²⁸.

Come si avrà modo di meglio approfondire nel prosieguo, questo evento catastrofico ha, infatti, avuto ripercussioni significative tanto a livello statale quanto a livello europeo in materia di politica economica, tanto che da più parti si fa riferimento ad un vero e proprio cambio di paradigma a livello di politiche nazionali e unionali³²⁹. L'allusione sarebbe all'abbandono di un sistema concorrenziale puro, costruito sulla estromissione dei soggetti pubblici dal mercato, e, preso atto dei *deficit* e delle intrinseche debolezze del sistema attuato negli ultimi trent'anni, al recepimento di un sistema di tipo misto, caratterizzato da una funzione di orientamento e di indirizzo da parte dello Stato sugli sviluppi del mercato. Un indirizzo che verte sulla realizzazione di finalità sociali³³⁰. Si prospetta, quindi, il termine di quell'approccio che ha imperversato negli ultimi trent'anni, fondato sull'esaltazione della concorrenza come valore autonomo, come tale meritevole di tutela e protezione.

Lo scenario attuale è ancora troppo incerto per formulare previsioni che possano ambire ad un sufficiente grado di probabilità.

Ciò nonostante, è giocoforza constatare che, se questo tipo di evoluzione a livello di sistema economico dovesse realmente avere luogo, i risvolti sull'impiego della *soft regulation* e sul recepimento degli atti di regolazione flessibile elaborati dalle organizzazioni internazionali sarebbero certamente dirimpenti.

³²⁷ Sul punto, cfr. A. CASSATELLA, *La regolazione globale del mercato dei valori mobiliari: la International Organization of Securities Commissions (IOSCO)*, in S. BATTINI, *La regolazione globale* cit., pp. 170 – 171; nonché S. CASSESE, *Research Handbook on Global Administrative Law*, Edward Elgar Pub, Cheltenham, 2016, p. 9 ss., il quale mette in evidenza le criticità che caratterizzano gli organi dotati di competenze quasi giurisdizionali, ove esistenti, rispetto agli atti adottati dagli organismi operanti a livello globale.

³²⁸ Si veda, a questo proposito, S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Bari, 2021, p. 390 ss.

³²⁹ Cfr. F. TOMASICCHIO, *Le manifestazioni dello Stato interventore nel paradigma neoliberale. Il caso delle nazionalizzazioni dell'energia in Europa*, in *Politica del diritto*, 2023, II, p. 247.

³³⁰ Per alcune prime riflessioni dottrinali sul punto, si rimanda a G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, II, p. 122 ss.; e a A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Consulta Online*, 2020, p. 1 ss.

CAPITOLO IV

I POTERI NORMATIVI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI DINANZI AI PRINCIPI DI LEGALITÀ, DEMOCRATICITÀ E DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE IN ITALIA E IN FRANCIA.

SOMMARIO: 4.1 Critica agli argomenti posti a giustificazione dei poteri normativi delle Autorità Indipendenti. Profili di diritto sostanziale. - 4.2 (...segue) La partecipazione nel diritto amministrativo italiano: l'insufficiente valenza democratica del «*notice and comment*». - 4.3 I limiti al sindacato del giudice italiano sull'esercizio del potere regolatorio. - 4.4 Caratteri "antisistema" del *droit souple* e tecniche di tutela giurisdizionale: nuovi approdi ed incertezze.

4.1 Critica agli argomenti posti a giustificazione dei poteri normativi delle Autorità Indipendenti. Profili di diritto sostanziale.

La ricostruzione dei poteri normativi e quasi-normativi delle AAI effettuata nei capitoli precedenti ha consentito di tracciare un quadro generale del concreto atteggiarsi di queste potestà e della loro configurazione a livello dogmatico.

In questa sede si cercherà di svolgere una critica alle soluzioni date da una parte della dottrina e della giurisprudenza maggioritaria in ordine alla giustificazione in termini di legittimità costituzionale dei poteri di normazione delle autorità indipendenti, al fine di valutarne la tenuta e la condivisibilità.

Si prenderanno le mosse, dapprima, dal contesto italiano, rispetto al quale paiono essere maggiori i momenti di conflitto tra gli strumenti regolatori riconosciuti alle autorità e i principi generali dell'ordinamento costituzionale ed amministrativo.

Si è visto, infatti, che, anche in giurisprudenza, vi sono alcune ricorrenti argomentazioni utilizzate per giustificare la compatibilità di questi poteri con il nostro impianto costituzionale e, in particolare, con il principio di legalità, linfa di ogni potere amministrativo. È stato sottolineato anche come rispetto ad alcune di queste argomentazioni (spesso adoperate congiuntamente) si riscontri sovente una certa contraddittorietà, che deriva sulla eterogeneità dei presupposti sui quali esse poggiano.

Per quanto concerne la neutralità delle AAI quale presunto fattore di giustificazione delle deleghe di potere in bianco e della configurazione della

loro potestà normativa sulla base di un mero criterio di competenza, occorre mettere subito in evidenza che esso costituisce, in realtà, di un falso mito³³¹.

Quello esercitato dalle autorità indipendenti non è, infatti, un potere propriamente neutrale. Questo perché non è possibile scorgere all'interno dell'ordinamento un potere suscettivo di produrre effetti innovativi di esso (e strutturato in termini così ampi) che non presenti anche caratteri di politicità.

In primo luogo, sarebbe illusorio ritenere che un soggetto dotato di un potere di normazione particolarmente esteso si limiti a dare attuazione ad un certo assetto di rapporti in modo oggettivo e disinteressato, attraverso un'attività di carattere quasi-scientifico³³². Al contrario, un'attività normativa di questo tipo implica necessariamente una scelta tra interessi contrapposti³³³. Una scelta, quindi, *lato sensu*, politica. Si tratta, pur sempre,

³³¹ L'espressione è presa in prestito da M. CUNIBERTI, *Autorità Indipendenti* cit., p. 489, che, nel riferirsi alla presunta neutralità delle autorità, la definisce, appunto, come un vero e proprio «mito». Per una critica al ricorso al criterio di competenza come idonea giustificazione dei poteri normativi attribuiti alle AAI si rimanda, invece, a L. DI BONA, *Potere normativo delle Autorità indipendenti e contratto*, ESI, Napoli, 2008, p. 104.

³³² Una posizione particolarmente critica rispetto all'attribuzione di un carattere neutrale alle autorità amministrative indipendenti si ritrova in M. MANETTI, *Poteri neutrali* cit., p. 152 ss., che afferma che il tentativo di inquadrare questi organismi come soggetti apolitici, che si limiterebbero a garantire che le dinamiche spontanee del mercato si sviluppino e si dispieghino senza alcun tipo di ingerenza esterna, presenta marcati connotati di pericolosità. In particolare, l'Autrice manifesta il timore di una deriva tecnocratica incontrollabile, che rischierebbe di essere piegata a proprio vantaggio dai titolari degli interessi economici più forti e strutturati, a detrimento degli altri operatori del mercato e delle garanzie previste dalla Costituzione anche in materia economica, discendenti, in primo luogo, dall'articolo 3, comma 2, della Carta fondamentale. Più di recente, l'Autrice è ritornata sul tema, ancora una volta con toni critici rispetto alle teorie che vorrebbero ricondurre l'attività delle *Authorities* a quella propria degli organi giudicanti. Si veda ID., *Sull'autonomia e indipendenza delle Autorità*, in *Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2023, III, p. 36. Cfr. anche L. BARRA CARACCILO, *Il tormentato cammino delle Autorità Amministrative Indipendenti verso una definizione sistematica. Prospettive di uno statuto di garanzia mediante legge generale*, in N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico – istituzionale*, Giappichelli, Torino 2004, p. 258, che, riportando il pensiero di Carl Schmitt, sottolinea i pericoli che si nascondono dietro l'accoglimento della prospettiva secondo la quale le AAI sarebbero soggetti istituzionali neutrali. Interessante anche la posizione di M.T.P. CAPUTI JAMBERGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Cacucci Editore, Bari, 2017, p. 249 ss., la quale esclude che le autorità possano essere considerate soggetti giuridici neutrali in ragione della *mission* loro attribuita, che consiste nella regolazione, tutela e vigilanza di un certo settore economico, che coincide con un determinato interesse pubblico. A conforto di questa ricostruzione, l'Autrice sottolinea anche che non si può discorrere di neutralità se il soggetto di cui trattasi agisce su un piano autoritativo e sovraordinato rispetto a quello sul quale poggiano i soggetti ai quali la sua attività si rivolge. E questo è effettivamente quanto accade nei procedimenti delle AAI, nell'ambito dei quali i soggetti privati (pur titolari di diritti di partecipazione, come in ogni procedimento amministrativo), restano su un piano di inferiorità rispetto a quello occupato dall'autorità.

³³³ Cfr., sul punto, M.A. CABIDDU – D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, I-II, p. 42, che riconoscono le autorità indipendenti come titolari di un potere di cura di determinati interessi e qualificano i poteri esercitati come politici, anche in considerazione della lacunosità ed intenzionale vaghezza del dato legislativo del quale fanno attuazione. Sul carattere intrinsecamente politico delle scelte delegate a soggetti presunti neutrali cfr. anche C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, ed. Giuffrè, Milano, 1981, p. 158: «Giacché, in fondo cosa significa questo istituto se non un *testimonium* della convinzione che per il governo ed i suoi membri v'è molto che essi come politici non possono dire o promuovere senza pericolo, ma che dovrebbe essere detto e promosso, e che perciò precisamente deve prendere in mano un altro che sottostia soltanto a doveri obiettivi e la cui neutralità sembri garantita dal suo ufficio e dalla sua personalità». A livello normativo, quanto affermato si deduce con evidenza dal tenore dell'articolo 53, comma 1, del T.U.B., che attribuisce alla Banca d'Italia un'ampia delega normativa in relazione a distinti profili dell'attività bancaria. Si tratta dell'attribuzione di un potere

di un'opzione tra valori antagonisti, di un bilanciamento che accorda prevalenza ad un interesse a scapito di altri³³⁴.

Ogni autorità (anche indipendente) deve, quindi, essere considerata portatrice di un determinato interesse pubblico, che viene affidato alla sua cura e che essa assume il compito di tutelare³³⁵. Questo interesse viene bilanciato con quelli compresenti nelle situazioni sulle quali l'autorità interviene, al fine di realizzarne la migliore soddisfazione nel rispetto del principio di proporzionalità³³⁶.

La posizione sostenuta da una parte della dottrina, secondo la quale la neutralità si tradurrebbe in un'attività di oggettiva attuazione del dato normativo, ovvero nella indifferente realizzazione di quell'assetto di rapporti già compiutamente definito dal legislatore (funzionale unicamente a dettare le regole del gioco tra i privati), in molti casi non trova conforto nella realtà³³⁷. Si è visto, infatti, come le norme vigenti spesso demandino proprio alla fonte regolamentare dell'AAI la definizione di questi assetti.

di normazione che implica un bilanciamento tra interessi antagonisti: quello al libero esercizio dell'attività di intermediazione bancaria da parte degli istituti di credito e quello inerente alla tutela del mercato concorrenziale e degli interessi dei risparmiatori.

³³⁴ Del resto, questa prospettiva è stata di recente sposata dalla Corte Costituzionale che, in occasione della sentenza n. 13 del 31 gennaio 2019, nel ritenere inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dall'autorità garante della concorrenza e del mercato, ha avuto modo di affermare che: «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».

³³⁵ Questa lettura discende anche dall'interpretazione che la giurisprudenza ha dato dei poteri di azione in sede giurisdizionale che in alcuni casi la legge riconosce alle autorità. È il caso, per esempio, dell'articolo 21-bis della legge n. 287 del 1990, che accorda all'AGCM il potere di agire in giudizio contro gli atti generali, normativi o provvedimenti di qualsiasi Amministrazione che violino le norme in materia di concorrenza. Nella pronuncia del 3 aprile 2017, n. 1521, la III Sezione del Consiglio di Stato ha, infatti, negato che il potere menzionato possa rappresentare un'ipotesi di giurisdizione oggettiva e che, quindi, l'autorità possa ritenersi legittimata sulla base di un interesse obiettivo al ripristino della legalità. Al contrario, questa legittimazione discende dalla titolarità di un interesse proprio, quello alla tutela della concorrenza, del quale la stessa autorità è titolare in quanto assegnato dalla legge alla sua cura. Ne discende che il principio della giurisdizione soggettiva mantiene la sua validità e che, del pari, questo si scontra con la pretesa di assegnare all'autorità il carattere di soggetto neutrale.

³³⁶ Sul punto si vedano anche le interessanti considerazioni di L. DI BONA, *Potere normativo delle Autorità indipendenti* cit., pp. 22 ss. - 79 ss., che, pur aderendo alla tesi della neutralità delle autorità indipendenti, dà conto di come le decisioni da queste assunte abbiano un carattere propriamente normativo, nel senso che si tratta di interventi che determinano un certo equilibrio tra gli interessi coinvolti nella fattispecie sulla quale vanno ad incidere, condizionando fortemente l'esplicazione dell'autonomia negoziale delle parti. L'Autrice critica, infatti, con decisione la posizione della dottrina che semplifica, con inevitabili effetti mistificatori, la questione inerente alla natura dei poteri esercitati dalle autorità. Ritiene, in particolare, che qualificare come meramente tecniche le decisioni delle AAI solo per il fatto che queste ultime sono composte da soggetti dotati di grande competenza e specializzazione costituisce una banalizzazione che cozza con il dato reale. Decisioni inerenti al governo della moneta e alla valutazione del bilanciamento tra esigenze industriali e protezione della concorrenza hanno, infatti, un carattere intrinsecamente politico.

³³⁷ Questa è la posizione espressa dai fautori della tesi, così detta, «condizionalistica». Si rinvia, sul punto, alle posizioni di G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005; G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione nel mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolative*, Cedam, Padova, 1993; S. CASSESE, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 378 ss.

Una simile lettura, inoltre, è figlia della considerazione secondo la quale la stessa scelta di affidare la regolamentazione di certi settori ad organismi indipendenti esprime già una connotazione politica³³⁸. Si tratta, infatti, in molti casi di un intervento volto ad assecondare determinate dinamiche che hanno luogo all'interno del mercato e ad escludere che su di esse possano intervenire forze esterne portatrici di indirizzi politici capaci di distorcerle.

A ciò si aggiunge il fatto che il carattere dell'indipendenza, da cui è stato dedotto da quello della neutralità, e che è stato mutuato dal modello delle IRC americane, come visto, si basa su un fraintendimento. Nell'ordinamento statunitense, infatti, l'indipendenza delle AAI non esclude il carattere politico delle loro scelte, posto che, appunto, tale attributo era stato originariamente coniato in un'epoca in cui questi organismi esercitavano esclusivamente funzioni di *adjudication* e non di *rulemaking*³³⁹.

Del pari, non si ritengono condivisibili le considerazioni di quanti hanno attribuito alle AAI il ruolo di attuatori neutrali dei valori e dei diritti consacrati direttamente all'interno della Costituzione³⁴⁰. In mancanza di un espresso riconoscimento da parte del testo costituzionale di un potere siffatto, non vi è lo spazio per effettuare un'operazione ermeneutica di questo tenore senza contraddire l'impianto costituzionale e i suoi valori di democraticità³⁴¹.

Né vale ad escludere la natura intrinsecamente politica di queste scelte il fatto che l'autorità intervenga in una materia connotata da elevato livello di specializzazione e faccia, quindi, applicazione di criteri di tipo tecnico nell'adottare i propri atti di regolazione³⁴².

In primo luogo, la presenza di componenti tecniche nelle valutazioni compiute non è da sola sufficiente ad escluderne il carattere politico-

³³⁸ Sui rapporti tra politica e tecnica all'avvio dell'era delle liberalizzazioni e della concorrenza si era già espresso con toni tanto ironici quanto lucidi N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998, p. 33: «Poco o nulla occorre disvelare che questa mitologia è, essa stessa, di *intensa e piena politicità* (e così, per restituirle una dignità, che altrimenti dovrebbe esserle negata). Essa trasfigura in ideologia e mito una decisione politica di sistema, e ne converte le caratteristiche in elementi distruttori della sua stessa origine. La scelta del mercato aperto e della libera concorrenza è, al pari di qualsiasi altra, decisione di politica economica, e perciò non neutrale e non oggettivamente tecnica».

³³⁹ V. E. ZOLLER, *Les agences fédérales* cit., p. 757 ss.

³⁴⁰ È la posizione, in particolare, di N. MARZONA, *op. cit.*, p. 97 ss.

³⁴¹ Sull'attribuzione di un potere di tal sorta all'Amministrazione si veda anche M. MAGRI, *op. cit.*, p. 39 ss., che ne mette in risalto tutti i potenziali pericoli.

³⁴² Su questi profili si veda A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019, p. 4, che si sofferma sul fatto che, nonostante il carattere tecnico della materia, generalmente gli atti delle autorità prendono ad oggetto anche profili di natura prettamente politico-economica, concernenti il sostegno ai più deboli e le misure tariffarie. Altra dottrina ritiene che, sebbene le autorità abbiano un effettivo carattere di neutralità, questo non esclude che esse adottino scelte politicamente rilevanti. I due concetti, infatti, non sarebbero inconciliabili, dato che la neutralità indicherebbe unicamente l'indifferenza dell'autorità rispetto agli interessi in gioco. Interessi che, comunque, sarebbero rappresentati dai titolari nel corso del procedimento e tenuti in considerazione dall'autorità in sede decisionale. Sul punto si veda N. LONGOBARDI, *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 105.

discrezionale, che in molti casi permane nonostante l'esistenza delle prime. Anzi, vi sono casi in cui la scelta contrabbandata come meramente tecnica ceda, al contrario, scelte squisitamente politico – discrezionali³⁴³. Si assiste, così, tanto ad un'inesatta qualificazione della natura dell'attività compiuta, quanto all'indebita riconduzione nell'area della tecnica anche di scelte che tali non sono. Viene realizzata una commistione tra componenti tecniche e politiche che, per certi versi, sembra rappresentare un comodo *escamotage* per sottrarre determinate materie all'area della politicità.

Inoltre, se è vero che i criteri utilizzati dalle AAI sono spesso caratterizzati da elevato tecnicismo, ciò non di meno si tratta di parametri che non hanno un valore oggettivo. Al contrario, essi rimandano a concetti giuridici indeterminati, la cui concretizzazione ed esatta perimetrazione è demandata proprio all'autorità³⁴⁴. È, allora, fuorviante fare riferimento alla tecnicità del settore come garanzia di oggettiva applicazione del dato normativo³⁴⁵. Questo carattere, al contrario, reca comunque con sé marcati profili di incertezza, oltre ad implicare, come anticipato, anche valutazioni di natura squisitamente politica.

Del pari, l'argomentazione che fa leva sul valore legittimante della partecipazione dei soggetti interessati al procedimento di adozione dell'atto regolamentare o di regolazione flessibile, ad uno sguardo più attento, manifesta una moltitudine di punti deboli. La partecipazione dei soggetti interessati, pur importante in una chiave di legittimazione dell'attività e degli ampi poteri conferiti alle autorità, non ha, infatti, la forza di compensare il *deficit* di legalità che accompagna questi ultimi.

In primo luogo, il riconoscimento del dovere di espletare procedure partecipate in capo alle autorità indipendenti prima dell'emanazione di atti normativi o di regolazione entra in rotta di collisione con la stessa pretesa

³⁴³ Sul punto sono di particolare interesse le riflessioni svolte da F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 320 ss., il quale mette in evidenza il fatto che, soprattutto nei settori interessati dall'arretramento dello Stato in ambito economico e dalla conseguente liberalizzazione, si assiste sempre più spesso ad una evidente compenetrazione tra diritto e scienza economica. La conseguenza di ciò è che la legge sempre più spesso si mostra incapace di realizzare quel bilanciamento tra interessi contrapposti al quale dovrebbe pervenire e si limita, invece, a rinviare all'applicazione di regole tratte da discipline specialistiche. Regole che, tuttavia, sono tutt'altro che oggettive o scientifiche e celano l'adozione di scelte di carattere fortemente politico. Sugli stessi temi si rimanda anche a A. POLICE, *Il potere discrezionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in C. RABITTI BEDOGNI – P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 374 ss., che sottolinea come il carattere latamente politico dell'attività posta in essere dall'autorità antitrust si deduca proprio dal ricorso da parte della legge istitutiva a concetti giuridici indeterminati che l'autorità stessa è chiamata a concretizzare e definire. Proprio quest'attività di concretizzazione del dato normativo colora di politicità la funzione da essa esercitata.

³⁴⁴ Su questi aspetti, nonché sul problema del sindacato del giudice amministrativo sui poteri regolamentari delle autorità indipendenti che fanno applicazione di parametri tecnici, si rimanda anche a S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità indipendenti*, in *Diritto Amministrativo*, 2020, I, p. 97 ss.

³⁴⁵ Inoltre, è una concezione di norma tecnica, questa, molto distante dalla definizione data a suo tempo dalla Corte Costituzionale nella sentenza 14 marzo 1997, n. 61, nella quale riconduceva a questa nozione esclusivamente quelle norme proprie delle scienze esatte o delle arti che ne sono applicazione.

di riconoscere ad esse una natura neutrale ed un carattere meramente tecnico all'attività esercitata³⁴⁶.

La partecipazione dei privati, infatti, costituisce la prova della politicità delle funzioni normative delle autorità, come dimostrano anche le ragioni alla base dell'introduzione dell'*Administrative Procedure Act* del 1946 negli Stati Uniti³⁴⁷. La partecipazione è proprio volta a colmare una mancanza di rappresentatività nell'ambito dell'attività regolatoria. Se il carattere delle scelte da essi effettuate non fosse politico ma puramente neutrale ed oggettivo, non vi sarebbe la necessità di garantire ai soggetti interessati il diritto di intervenire nel procedimento al fine di compensare l'assenza di legalità a monte³⁴⁸.

Un altro dei punti critici della posizione in esame discende dalla mancanza di una disciplina generale a livello nazionale che detti prescrizioni chiare ed inderogabili in relazione all'attuazione di queste garanzie partecipative da parte delle AAI³⁴⁹. Anche nei casi in cui la normativa

³⁴⁶ Si veda sul punto, tra le tante, la sentenza del Consiglio di Stato sez. VI, 01/10/2014, (ud. 24/06/2014, dep. 01/10/2014), n. 4874. La motivazione della pronuncia in relazione alla censura mossa dal ricorrente in ordine alla violazione del principio di legalità sostanziale da parte dell'AEEGSI si fonda su una moltitudine di argomenti che includono, tra gli altri, anche il particolare tecnicismo della materia e le esigenze di rapido adattamento della stessa alle evoluzioni tecnologiche. Questo argomento viene, però, utilizzato per spiegare la legittimità di una norma attributiva del potere che si limitava ad individuare unicamente gli scopi che l'autorità avrebbe dovuto perseguire con la regolazione. Da ultimo, veniva fatto riferimento alla partecipazione procedimentale come chiave per il recupero della legalità in fase procedurale. Si tratta, evidentemente, di un approccio alquanto confusionario, che sovrappone i profili tecnici e quelli politici della materia regolata e per certi versi travisa il significato ed il valore del principio di legalità.

³⁴⁷ Questo aspetto è opportunamente evidenziato da R.B. STEWART, *The reformation of American administrative law* cit., p. 1667 ss., che presenta, appunto, la tesi della partecipazione procedimentale quale fondamento del potere normativo dell'esecutivo come un correttivo ed un'evoluzione di quella della supremazia tecnica.

³⁴⁸ È una considerazione che, di fatto, emerge dalle stesse motivazioni delle sentenze della giurisprudenza amministrativa che, da un lato, fanno richiamo al carattere tecnico della materia ma, dall'altro, alludono ad un'attività di bilanciamento tra interessi contrapposti che la legge demanda alle autorità. Con ciò, in altri termini, si dà conto del fatto che i profili tecnici, pur presenti, non si accompagnano ad un'erosione delle componenti propriamente politico - discrezionali. Sul punto si veda la pronuncia del Consiglio di Stato sez. VI, 02/05/2012, (ud. 28/02/2012, dep. 02/05/2012), n. 2521, con particolare riferimento al punto 6.1. Sul tema dei rapporti tra principio di legalità e normazione tecnica si veda, inoltre, la sentenza Corte Costituzionale n. 355 del 28/07/1993, nella cui motivazione, al punto n. 21, si legge che: «l'espresso obbligo dei predetti ministri di avvalersi di organi od enti dotati di competenze spiccatamente tecniche lascia chiaramente trasparire che la disposizione impugnata intende prevedere una forma di coordinamento tecnico, vale a dire una funzione che, come questa Corte ha costantemente affermato (...) si distingue da quella concernente l'indirizzo e coordinamento politico- amministrativo e che, pertanto, può essere esercitata senza bisogno di attenersi alle rigorose regole della legalità sostanziale». Benché la sentenza riguardi il conferimento di una delega da parte del Parlamento al governo per l'adozione di un decreto legislativo, essa è comunque di grande utilità per la comprensione della concezione della legalità sostanziale sposata dalla Corte Costituzionale. Dal tenore della motivazione, in particolare, sembra potersi dedurre proprio che il Giudice delle Leggi escluda che rispetto ai profili eminentemente tecnici della materia considerata sia necessaria una completa predeterminazione dei criteri per via legislativa. Al contrario, ben potrebbe l'atto di normazione primaria delegare per intero la definizione di tali aspetti, senza per questo incorrere in una violazione del principio di legalità sostanziale. Ma se questo è vero, come si spiega, allora, il riferimento della giurisprudenza intervenuta in materia di regolazione delle AAI alla nozione di legalità procedurale in relazione ad atti di regolazione ritenuti meramente tecnici? Sul medesimo tema si veda anche la motivazione della sentenza del 01/04/2003, n. 103, della stessa Corte Costituzionale.

³⁴⁹ Questo profilo è messo in evidenza anche da S. SANTOLI, *Principio di legalità e potestà regolamentare* cit., p. 1789. Su quest'aspetto si veda anche M. MANETTI, *Poteri neutrali* cit., che, pur ritenendo provvisoriamente

primaria di settore prevede l'obbligo di indizione delle procedure consultive, ciò non di meno, non si premura di chiarire nel dettaglio le modalità di svolgimento di queste ultime. La loro definizione è, invece, interamente demandata alla stessa autorità³⁵⁰.

Proprio da questo fatto discende che in alcuni casi l'autorità non provvede alla regolamentazione delle citate procedure, con la conseguenza che le modalità di consultazione dei soggetti privati rispondono a prassi prive di formalizzazione³⁵¹.

L'illusorietà del carattere neutrale delle AAI al quale si è fatto riferimento reca con sé anche un altro pericolo: quello della cattura del regolatore da parte dei soggetti regolati³⁵² nell'ambito dei procedimenti aperti alla partecipazione di questi ultimi. Trattandosi di una decisione dai caratteri politici, infatti, è concreta la possibilità che i soggetti meglio attrezzati (soprattutto a livello economico) possano indirizzare l'attività dell'autorità verso la migliore realizzazione degli interessi di cui sono portatori³⁵³.

applicabile ai procedimenti delle autorità indipendenti la disciplina di cui alla legge n. 241 del 1990 e dei principi da essa espressi, auspica l'emanazione di una normativa nazionale in materia, che possa dimostrarsi realmente soddisfacente delle pretese partecipative e rappresentative dei soggetti interessati dalle scelte regolatorie delle autorità.

³⁵⁰ Fermo restano che l'autorità stessa è libera anche di individuare anche in modo generico le ipotesi nelle quali sono ammesse deroghe all'obbligo di ricorrere alla consultazione pubblica, come previsto, per esempio, dall'articolo 3, comma 3, del regolamento interno adottato dalla Banca d'Italia nel 2018.

³⁵¹ A questo riguardo è parimenti interessante il caso dell'autorità Garante della protezione dei dati personali che, pur avendo adottato un regolamento disciplinante i propri procedimenti interni, dedica poca attenzione al tema della partecipazione e delle consultazioni. Il Regolamento n. 1/2019 concernente le procedure interne aventi rilevanza esterna, finalizzate allo svolgimento dei compiti e all'esercizio dei poteri demandati al Garante per la protezione dei dati personali, all'art. 7, comma 7, prevede, infatti, che: «il dipartimento, servizio o altra unità organizzativa competente cura, ove richiesto dalla normativa vigente o ritenuto comunque opportuno, gli adempimenti connessi alla consultazione pubblica degli schemi di provvedimento». Salvi i casi in cui esista un espresso obbligo di legge, pertanto, la decisione sull'indizione di una procedura di consultazione pubblica è rimessa alla discrezionalità dell'autorità, che agisce sulla base di una valutazione di opportunità.

³⁵² Si tratta di un problema che era già stato messo in evidenza a suo tempo da R.B. STEWART, *The reformation of American administrative law* cit., p. 1687 ss. e p. 1761 ss., il quale sottolinea con particolare accuratezza le problematiche che si annidano in un sistema di regolazione che si fonda sulla ricerca del consenso diretto delle parti sociali, ponendo l'accento sul concreto rischio di una strumentalizzazione dei poteri assegnati alle autorità da parte dei portatori di interesse economicamente più forti e meglio organizzati. Inoltre, l'Autore si focalizza sulla difficoltà di dare adeguata rappresentanza nell'ambito del procedimento a tutti gli interessi potenzialmente toccati dalla scelta regolatoria dell'autorità. In particolare, viene messa in evidenza la difficoltà di garantire una rappresentanza idonea agli interessi appartenenti a gruppi numerosi ed eterogenei (come quelli dei consumatori e degli utenti) che, proprio per la disomogeneità che li contraddistingue, sono particolarmente esposti a situazioni di conflitto interno e di divergenza di posizioni. C'è, quindi, un concreto rischio che il soggetto che assume il compito di rappresentare questi interessi nei procedimenti dinanzi alle AAI effettui una sintesi discrezionale delle innumerevoli posizioni espresse dalla categoria. Sugli stessi temi si veda anche M.M. GOLDEN, *Interest groups in the rule-making process: who participates? Whose voices get heard?* in *Journal of Public Administration research and theory*, 1998, p. 8. Per quanto concerne la dottrina italiana, si vedano le considerazioni di M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione* cit., p. 12, il quale si sofferma sull'esistenza di benefici e di pericoli che coesistono in relazione all'apertura delle autorità indipendenti alla partecipazione. Tra i primi rientra l'eliminazione dei *deficit* informativi che riguardano gli utenti di un determinato settore; tra gli altri si colloca, appunto, il rischio della cattura.

³⁵³ Su questi profili si veda anche G. DE MNICO, *Regole, comando* cit., pp. 78-79, che sostiene che tra i vari ingredienti salienti di una partecipazione realmente in grado di realizzare i valori della democrazia rientri

La prospettiva da ultimo evocata è tanto più concreta se si tiene in considerazione che gli istituti previsti dalla legge e dalla giurisprudenza per controbilanciare la caduta della legalità a livello sostanziale sono spesso disattesi nel concreto o implementati secondo modalità non sufficientemente garantistiche.

Il caso più significativo è quello della motivazione del provvedimento di regolazione e dei suoi rapporti con le risultanze dell'attività consultiva precedentemente espletata dall'autorità³⁵⁴.

Infatti, sebbene la giurisprudenza e (talvolta) la legge prevedano che l'Amministrazione Indipendente sia tenuta a motivare espressamente in ordine alle ragioni alla base del provvedimento adottato, con particolare riferimento alla posizione assunta rispetto ai contributi forniti dai soggetti privati, nel concreto questo dovere si atteggia in termini decisamente morbidi.

Quanto affermato è dimostrato dal fatto che la giurisprudenza più recente, lungi dal prevedere un puntuale obbligo di motivazione in ordine ad ogni osservazione ed intervento pervenuto all'autorità (il che, in alcuni casi, sarebbe obiettivamente impossibile³⁵⁵), si limita a richiedere una generica presa di posizione dell'Amministrazione rispetto agli orientamenti generali emersi in sede consultiva³⁵⁶. È evidente, allora, come, a fronte di un obbligo motivazionale così stringato, sia arduo poter sostenere che l'Amministrazione tragga la propria legittimazione dal basso, ovvero da un confronto dialettico con i destinatari dell'atto di regolazione.

L'assenza di un obbligo di prendere posizione sui commenti e sulle osservazioni formulate dagli *stakeholders* nel corso del procedimento, quindi, costituisce un terreno fertile proprio per l'affermazione di dinamiche oscure e distorte. Se manca un'indicazione chiara e puntuale del percorso

anche la previsione di compensazioni economiche per i soggetti meno attrezzati, in modo tale che questi possano competere ad armi pari con i regolati economicamente più forti nel corso delle procedure.

³⁵⁴ Sul tema della motivazione degli atti regolamentari e degli atti amministrativi generali e di come esso sia declinato diversamente in relazione ai poteri regolatori delle AAI, si veda G. COCOZZA, *Autorità amministrative indipendenti e ruolo della motivazione come fondamento dei poteri ad esse conferiti*, in *Amministrativ@mente*, 2020, IV, p. 31 ss.

³⁵⁵ Sul rischio di "ossificazione" dei procedimenti regolatori delle autorità indipendenti si vedano le considerazioni di S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità Indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, IX, p. 947 ss., che mette proprio in evidenza il potenziale conflitto che si crea tra gli istituti partecipativi volti a garantire i soggetti regolati e le esigenze di rapidità e snellezza delle procedure che le materie tecniche richiedono.

³⁵⁶ A questo riguardo si rinvia alla lettura di Consiglio di Stato sez. VI, 02 marzo 2010, n.1215, in *Foro amm. CDS* 2011, I, p. 281, dove si afferma testualmente che: «l'atto di regolazione è un atto che deve essere motivato nel senso che devono essere indicati i presupposti di fatto e di diritto della decisione e deve essere dotato di giustificazione sostanziale, ma ciò non impone all'AEEG la considerazione puntuale e specifica degli argomenti dedotti da ogni operatore del mercato, trattandosi pur sempre di atto generale, che è, in parte, svincolato, nello spirito dell'art. 13 della legge n. 241 del 1990 dal rispetto dei canoni precisi della legge sul procedimento». Un approccio più rigoroso al tema della motivazione si era, invece, registrato in occasione della pronuncia Consiglio di Stato sez. VI, 27 dicembre 2006, (ud. 24/10/2006, dep. 27/12/2006), n. 7972, in occasione della quale l'organo giurisdizionale aveva annullato una delibera dell'autorità per l'energia elettrica e il gas, anche in ragione dell'insufficienza motivazionale, in quanto non era stata presa espressa posizione rispetto alle osservazioni effettuate dal ricorrente durante la fase delle consultazioni.

intrapreso dall'Amministrazione nel corso del procedimento e del perché determinati contributi sono stati disattesi o non sono stati tenuti in considerazione, aumentano in modo esponenziale le possibilità che il soggetto pubblico possa piegarsi ad assecondare gli interessi meglio strutturati. A questo si aggiunge, poi, il fatto che in molti casi gli stessi regolamenti interni delle AAI che disciplinano le procedure di consultazione delle parti interessate individuano ipotesi di deroga dai contorni particolarmente ampi e sfumati, che, quindi, lasciano agli stessi organismi indipendenti un potere largamente discrezionale sull'individuazione dei casi di sottrazione del procedimento alle dinamiche partecipative³⁵⁷.

A ciò si aggiungono ulteriori dubbi, di natura funzionale. Sembra, infatti, che quello della partecipazione quale chiave per ricondurre il sistema a coerenza sia un espediente utilizzato oramai sulla base di un rigido automatismo e che non abbisogna più di troppe indagini sul suo fondamento. In realtà l'istituto della partecipazione, così come concepito nell'ordinamento italiano ed applicato anche al sistema delle AAI, solleva più di un dubbio in ordine alla sua idoneità a costituire un efficace surrogato della legalità sostanziale della norma regolamentare o di regolazione flessibile.

Proprio al ruolo della partecipazione nell'ordinamento amministrativo italiano è dedicato il paragrafo seguente.

4.2 (...segue) La partecipazione nel diritto amministrativo italiano: l'insufficiente valenza democratica del modello del «notice and comment».

Come si è avuto modo di illustrare sopra³⁵⁸, uno degli argomenti spesi più di frequente dalla dottrina e dalla giurisprudenza per fugare i dubbi di incompatibilità dell'azione normativa delle AAI con il principio di legalità è quello che fa riferimento alla funzione di legittimazione democratica che verrebbe quasi interamente assolta dalla partecipazione dei privati ai procedimenti regolatori. Si tratta di un'argomentazione che, però, comporta l'implicito riconoscimento di un carattere politico all'attività di normazione delle autorità, chiamate, appunto, ad effettuare una scelta che bilanci i vari interessi in gioco.

Tuttavia, la condivisibilità di tale affermazione, sebbene oramai propugnata con la più religiosa convinzione da parte della giurisprudenza amministrativa³⁵⁹, merita di essere sottoposta a verifica, al fine di valutarne la tenuta alla luce del ruolo che l'ordinamento riconosce alla partecipazione

³⁵⁷ Cfr., V. VITI, *Carattere partecipativo dell'attività regolativa delle Authorities e autonomia privata. elementi di "neocorporativismo" tra suggestioni e contestualizzazioni*, in *Contratto e impresa*, 2020, I, p. 82 ss., che fa riferimento al regolamento interno del 2018 della Banca d'Italia, che prevede ipotesi di deroga particolarmente elastiche.

³⁵⁸ Si rimanda alla lettura del capitolo II, paragrafo § 2.3.

³⁵⁹ Si vedano, tra le più recenti, Consiglio di Stato sez. VI, 04/05/2023, (ud. 02/03/2023, dep. 04/05/2023), n. 4529; e Consiglio di Stato sez. VI, 21/03/2023, (ud. 02/03/2023, dep. 21/03/2023), n. 2848.

al procedimento amministrativo e al valore di democraticità che essa incarna.

La partecipazione al procedimento nel nostro ordinamento è un istituto oggi consacrato all'interno della legge 7 agosto 1990, n. 241, sul procedimento amministrativo, la cui gestazione è stata particolarmente lunga ed accompagnata da un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale³⁶⁰. Si tratta di una garanzia che l'ordinamento riconosce, in primo luogo, agli amministrati, ma che è in grado di svolgere un importante ruolo di supporto anche rispetto alla qualità dell'attività dell'Amministrazione.

È una figura giuridica che, così come configurata dalla norma citata (che, ad oggi, rappresenta il riferimento normativo più importante in materia), opera nella fase attuativa di un potere disciplinato a monte dalla legge. Si colloca nella fase istruttoria del procedimento amministrativo e non comporta una partecipazione degli interessati al momento decisionale³⁶¹. Quest'ultimo (fatta eccezione per le ipotesi di accordo di cui all'articolo 11 della stessa legge) rimane strutturato in senso monocratico ed autoritativo. L'intervento dei privati (e solo di quelli ai quali la norma si riferisce), quindi, consiste nella rappresentazione del proprio interesse dinanzi all'Amministrazione, di modo che essa, nell'esercitare il proprio potere decisionale, tenga conto anche della posizione dell'interventore.

Il procedimento amministrativo presenta, allora, una natura anfibia³⁶² che deriva dalle relazioni che esso intrattiene con differenti principi costituzionali. Proprio queste relazioni gli attribuiscono un carattere fortemente sfaccettato e polimorfo.

I principi generalmente evocati come fondamento dell'istituto sono quelli desumibili direttamente o indirettamente dalla lettura dell'articolo 97

³⁶⁰ Si veda, sul punto, G. MELIS, *Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, II, p. 571 ss.; D.U. GALETTA, *Il procedimento amministrativo nella scienza del diritto amministrativo in Italia: linee generali di sviluppo e critica ad alcune recenti «involuzioni»*, in *Foro amm. TAR*, 2011, XI, p. 3779 ss. Si veda anche P. PIRAS, *Incontri sull'attività amministrativa e il procedimento*, Giappichelli, Torino, 2006.

³⁶¹ Sul tema della partecipazione dei soggetti privati al procedimento amministrativo si veda R. VILLATA – G. SALA, *Procedimento amministrativo* (voce) in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1996, p. 600 ss., che ne mette in luce il valore nell'ambito dell'istruttoria, tanto nel caso dell'esercizio di poteri discrezionali, quanto rispetto all'esercizio di poteri vincolati.

³⁶² L'espressione è utilizzata da A. CARDONE, *Procedimento amministrativo e partecipazione: giurisprudenza amministrativa e costituzionale e concezione dell'idea di giustizia*, in *Diritto pubblico*, 2009, I, p. 233 ss., il quale individua tra le funzioni più basiche del procedimento e della partecipazione dei privati che esso favorisce quelle della difesa degli interessi facenti capo ai soggetti sulla cui sfera giuridica il provvedimento può produrre effetti e quello collaborativo, funzionale a consentire all'Amministrazione una completa rappresentazione della situazione di fatto sulla quale il suo potere va ad incidere.

della Costituzione, quali il buon andamento³⁶³, l'imparzialità³⁶⁴ e la trasparenza. Del pari, è frequente il richiamo anche all'articolo 3, comma 2, data la stretta relazione intercorrente tra la partecipazione procedimentale e la realizzazione dell'uguaglianza sostanziale tra i cittadini³⁶⁵.

Tra le varie funzioni che il procedimento amministrativo assolve è, d'altronde, innegabile che rientri anche quella di democratizzazione dell'azione amministrativa³⁶⁶.

Il procedimento, infatti, favorendo la partecipazione degli amministrati all'attività di cura degli interessi generali, diventa un importante strumento di legittimazione democratica dell'azione dei soggetti pubblici. Difatti, benché l'Amministrazione pubblica tradizionale sia incardinata all'interno delle strutture Ministeriali ed il Ministro sia un organo politico che risponde del suo operato dinanzi al Parlamento, si è da tempo avvertita l'esigenza di assicurare ulteriori forme di controllo democratico sull'attività della burocrazia. Proprio la partecipazione al procedimento ha finito per diventare uno dei moduli prediletti per l'esercizio di questa forma di controllo.

Oltre che strumento di controllo in senso stretto, però, la partecipazione è un istituto democratico in quanto favorisce il raccordo tra Amministrazione e società. Si tratta di una forma di legittimazione che viene attuata mediante il dialogo ed il confronto tra la parte pubblica e quella privata³⁶⁷. Ha luogo, così, un riavvicinamento tra il potere pubblico ed il corpo sociale, tanto che il secondo prende parte all'esercizio del primo³⁶⁸.

La partecipazione, quindi, incarna uno strumento di implementazione dei valori della democrazia, che si aggiunge a quello della rappresentanza operante a livello politico e consente di dare attuazione al principio della

³⁶³ Il legame con il principio del buon andamento si coglie soprattutto in relazione alla funzione collaborativa della partecipazione, secondo la quale essa sarebbe, in primo luogo, strumento essenziale a consentire all'Amministrazione di avere un quadro completo della situazione di fatto sulla quale va ad intervenire e degli interessi in essa presenti. Su questi punti si rimanda a G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 151. Sugli stessi temi si vedano anche le considerazioni svolte da G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. ALLEGRETTI - A. ORSI BATTAGLINI - D. SORACE, *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Maggioli, Rimini, 1987, p. 810 ss.

³⁶⁴ Per un approfondimento sui nessi esistenti tra il principio del contraddittorio e quello dell'imparzialità dell'Amministrazione si rinvia a U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova, 1965.

³⁶⁵ V. A. CARDONE, *op. cit.*, p. 237 ss.

³⁶⁶ Sui rapporti tra attività amministrativa e principio democratico si rinvia a L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Cedam, Padova, 1974, pp. 31 - 154, che nell'individuare i possibili strumenti per una maggiore democratizzazione dell'Amministrazione Pubblica faceva proprio riferimento all'implementazione di istituti atti ad intensificare la collaborazione dei funzionari con il pubblico, sulla scorta di quanto sperimentato negli Stati Uniti. Il valore democratico della partecipazione al procedimento amministrativo è sottolineato anche da G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati* cit., p. 139, il quale evidenzia che ogniqualvolta in capo all'Amministrazione residui un potere di scelta discrezionale, questo deve essere esercitato, per quanto possibile, attraverso moduli condivisi e partecipati. In modo, quindi, democratico.

³⁶⁷ Cfr., su questi profili, G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Cedam, Padova, 1986, p. 345 ss.

³⁶⁸ Per una lettura particolarmente forte del ruolo del privato all'interno del procedimento si veda M. NIGRO, *op. cit.*, p. 229 ss.

sovranità popolare anche nel momento attuativo della legge da parte dei pubblici poteri.

Questa valenza democratica, però, non è dotata di una pregnanza tale da consentirle di sopperire alla mancata predeterminazione legislativa del potere³⁶⁹. La partecipazione procedimentale è un istituto che si aggiunge ma non si sostituisce a quelli del principio della legalità e della riserva di legge³⁷⁰. Una cosa è riconoscere un valore democratico al momento partecipativo, altra è attribuirgli la capacità di soddisfare, esso solo, tutte le esigenze di democraticità sottese all'esercizio del potere³⁷¹.

Si è visto in precedenza, infatti, che il valore democratico dell'azione amministrativa è assicurato dal rispetto del principio di legalità sostanziale, che dovrebbe garantire la conformità del potere pubblico alle previsioni della legge e, quindi, alla volontà popolare.

È nella legalità, quindi, che risiede la componente più corposa della democraticità del potere amministrativo. Una legalità che coincide, appunto, con la predeterminazione di questa potestà e dei suoi contenuti e con l'obbligo per l'Amministrazione di conformarsi ai dettami della legge³⁷².

La pregnanza del valore democratico della legalità e la sua preponderanza rispetto a quello che è in grado di esprimere l'istituto della partecipazione dei privati al procedimento è dimostrata con evidenza dal fatto che, di norma, quest'ultima non si sostituisce alla prima³⁷³. Il fatto che il procedimento sia aperto alla partecipazione dei privati (sia secondo le forme di cui alla legge n. 241 del 1990 sia attraverso modalità di intervento più estese previste per alcune specifiche fattispecie procedimentali³⁷⁴) non

³⁶⁹ Sul valore democratico della partecipazione si vedano, *ex multis*, Consiglio di Stato sez. IV, 08/01/2013, n. 32, in *Foro amm. CDS* 2013, I, p. 150; e Consiglio di Stato sez. V, 26/09/2013, n. 4764, in *Foro Amministrativo - C.d.S. (I)*, 2013, IX, p. 2472.

³⁷⁰ Cfr., anche N. BASSI, *Principio di legalità* cit., pp. 185-186, che, pur riconoscendo il valore della partecipazione, mette in guardia sui possibili esiti distorti cui potrebbe dare luogo l'interpretazione dell'istituto come surrogato della legalità sostanziale.

³⁷¹ In senso critico sulla possibilità di ritenere che la funzione svolta dal principio di legalità nell'ordinamento possa essere assolta con risultati analoghi da istituti diversi, come quello della partecipazione al procedimento, si veda A. TRAVI, *Presentazione del tema del Convegno "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia" – Atti del Convegno di Studi di scienza dell'Amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2007*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 31. Un approccio più possibilista si ritrova, invece, in M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 51 ss., che non solo riconosce alla partecipazione procedimentale una vocazione democratica, ma ritiene che effettivamente l'istituto possa svolgere una funzione compensativa a fronte del progressivo indebolimento del principio di legalità. Ciò nonostante, l'Autrice ritiene che nella legge sul procedimento amministrativo, così come configurata attualmente, il valore al quale la disciplina risponde maggiormente sia quello della garanzia delle posizioni dei privati. Questo, per esempio, si dedurrebbe dal fatto che la normativa limita la partecipazione al procedimento amministrativo solo ai soggetti che possano subire un pregiudizio dal provvedimento. Tale limitazione impatterebbe in senso riduttivo sulla valenza democratica del procedimento.

³⁷² Sul punto si rimanda al Capitolo I, paragrafo § 1.1.

³⁷³ Per il riferimento ad altri casi in cui il procedimento è stato invocato come istituto in grado di colmare i deficit della legalità sostanziale nell'ordinamento, si rimanda a G. PUCCINI, *op. cit.*, p. 168 ss.

³⁷⁴ Si veda G. PEPE, *La democrazia partecipativa ambientale tra ordinamenti sovranazionali ed ordinamento italiano*, in *Federalismi.it*, 2020, II, p. 179 ss.

comporta l'indeterminatezza del potere attribuito all'Amministrazione. Questo continua a rispondere al principio della legalità sostanziale³⁷⁵.

Di fatto, non potrebbe essere diversamente. La legalità assicura la definizione della regola (quanto meno, nei suoi contenuti essenziali) che l'Amministrazione dovrà applicare, o definisce il contenuto della norma che il soggetto pubblico dovrà formulare. Essa opera, quindi, nel momento genetico del potere. La partecipazione, al contrario, si colloca in una fase successiva all'elaborazione della regola. La sua funzione democratica è integrativa di quella assicurata dalla legalità³⁷⁶. Se non vi fosse la predeterminazione del potere a monte, la partecipazione assicurerebbe solo il coinvolgimento dei soggetti interessati rispetto ad una regola coniata unilateralmente dal soggetto pubblico per il caso concreto. Il significato democratico della partecipazione, isolatamente considerato, sarebbe quasi trascurabile.

Quest'attuazione disfunzionale della democraticità e della legalità si avverte, in modo ancor più accentuato, nel caso della partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti delle AAI. Tale anomalia è figlia, in primo luogo, del modello partecipativo prescelto e, secondariamente, della debolezza con cui sono realizzate le garanzie di cui alla legge n. 241 del 1990 nei procedimenti condotti dalle autorità indipendenti.

Sul primo versante, va messo in evidenza che il modello del *notice and comment* denota una valenza democratica limitata. È un modulo che riconosce il valore della partecipazione, ma lo confina alla sola fase delle consultazioni. Queste ultime hanno ad oggetto uno schema di provvedimento interamente predisposto dall'Amministrazione che, al più, potrà essere successivamente modificato in alcuni punti proprio sulla base dei contributi forniti dagli *stakeholders*. Il dialogo tra l'autorità e i privati non è, però, paritario e generalmente si svolge in forma interamente scritta. Sia nella fase di predisposizione iniziale dell'atto che in quella decisoria, pertanto, l'Amministrazione agisce unilateralmente³⁷⁷.

³⁷⁵ Cfr., M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti* cit., p. 429 ss., che sottolinea come l'applicazione degli istituti partecipativi di cui alla legge sul procedimento amministrativo non possa rappresentare un valido motivo per affermare la ridondanza della predeterminazione legale del potere.

³⁷⁶ Sul punto si veda anche G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti* cit., p. 83, che sottolinea come la soggezione delle AAI alle regole partecipative del procedimento non può essere ritenuta una soluzione in grado di giustificare la deroga della disciplina delle stesse autorità rispetto ai principi generali in materia di esercizio del potere normativo, posto che l'applicazione di questi moduli partecipativi riguarda oggi tutte le Amministrazioni. In nessun altro caso, però, l'attuazione di queste garanzie viene riconosciuta come sostitutiva di quelle che il principio di legalità e quello della riserva di legge recano con sé.

³⁷⁷ Sul punto si veda anche G. DE MINICO, *Regole, comando* cit., p. 62, che sottolinea anche come alla permanenza della scelta politica in capo all'autorità corrisponda anche l'assenza di un vero controllo dell'opportunità politica della decisione, diversamente da quanto accade per le norme adottate dal Parlamento e dalle forze di maggioranza e minoranza. Ritenere la rappresentanza di interessi un efficace surrogato della rappresentanza politica è, quindi, un errore. Alle medesime conclusioni giunge anche G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Diritto amministrativo*, 2021, IV, p. 764 ss., il quale, oltre a mettere in evidenza che il procedimento amministrativo dinanzi alle AAI, così strutturato, non può essere considerato una forma di co-decisione, solleva anche delle perplessità in ordine all'opportunità e alla realizzabilità di forme partecipative nella fase decisoria del procedimento.

Il potere, in questo caso, non è, quindi, etero-imposto. È l'Amministrazione stessa che, sulla base dello scarno dato normativo, forgia la regola alla quale dare applicazione. Il valore della democraticità non si traduce nella definizione delle modalità e dei contenuti del potere pubblico. La partecipazione, al contrario, si limita ad assicurare un raccordo tra autorità e pubblico, ma non consente al secondo di incidere attivamente sull'esercizio della potestà della quale la prima è titolare.

Mancano, allora, le garanzie fondamentali che il principio di legalità sostanziale reca con sé, prima fra tutte proprio quella della etero-imposizione del potere³⁷⁸. Garanzia, quest'ultima, che costituisce un corollario del principio della separazione dei poteri, volto ad evitare anche che il soggetto chiamato ad applicare la norma sia anche lo stesso che la ha predisposta³⁷⁹.

A quanto evidenziato si aggiunge, poi, il fatto che le garanzie partecipative nei procedimenti condotti dalle AAI, come visto, sono decisamente scarse anche rispetto a quelle previste dalla legge sul procedimento amministrativo.

L'assenza di una normativa che indichi con certezza quali sono i soggetti che devono partecipare alla procedura, quali le modalità di esercizio del diritto partecipativo e che sancisca l'obbligo di motivazione degli atti, finisce per rimettere interamente all'autorità la scelta sul se aprire o meno il procedimento ai contributi degli interessati e sulla rilevanza da attribuire agli apporti da essi forniti in fase consultiva³⁸⁰.

Le garanzie democratiche legate a questa forma di partecipazione si rivelano, allora, sostanzialmente evanescenti.

L'istituto della partecipazione, già di per sé dotato di una funzione di democratizzazione limitata e complementare rispetto a quella assicurata dalla predeterminazione del potere per via legislativa, si trasforma in mero

³⁷⁸ Di diverso avviso è, invece, M. MANETTI, *Poteri neutrali* cit., p. 212 ss., la quale ritiene che la partecipazione al procedimento ed il sindacato in sede giurisdizionale costituiscano due garanzie in grado di sopperire al mancato rispetto del principio di legalità sostanziale da parte della legge attributiva del potere. Tuttavia, ritiene anche che le garanzie procedurali, così come concepite fino ad ora, non siano adeguate a garantire una partecipazione effettiva all'adozione degli atti.

³⁷⁹ Si veda la pronuncia Corte Cost., n. 171 del 2007, in cui il Giudice delle Leggi rammenta che: «è opinione largamente condivisa che l'assetto delle fonti normative sia uno dei principali elementi che caratterizzano la forma di governo nel sistema costituzionale. Esso è correlato alla tutela dei valori e diritti fondamentali. Negli Stati che s'ispirano al principio della separazione dei poteri e della soggezione della giurisdizione e dell'amministrazione alla legge, l'adozione delle norme primarie spetta agli organi o all'organo il cui potere deriva direttamente dal popolo». Sui rapporti tra la separazione dei poteri e le potestà normative delle AAI si rimanda anche alle considerazioni di A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di Stato e forma di governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, II, p. 730 ss.

³⁸⁰ Emblematico, a questo proposito, il «Nuovo Regolamento di attuazione dell'art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 in materia di adozione degli atti di regolazione della Banca d'Italia», che all'art. 3, comma 3, stabilisce che: «Per motivate esigenze, la Banca d'Italia può adottare modalità di consultazione diverse dalla consultazione pubblica; rientrano in questo ambito la consultazione ristretta a soggetti individuati dalla Banca d'Italia in base agli interessi coinvolti, ad esempio quando gli atti di regolazione abbiano per destinatari soggetti accomunati da interessi omogenei».

simulacro della volontà popolare nella declinazione assunta nei procedimenti normativi delle AAI.

Sembrano, allora, essere ancora assenti delle solide basi per l'affermazione di un modello partecipativo che possa essere realmente in grado di prendere il posto della legalità.

Di contro, però, sia la giurisprudenza che parte della dottrina più recente³⁸¹ guardano con grande entusiasmo e fiducia a questa ritenuta svolta democratica in senso procedimentale che, come si è visto, viene letta anche quale chiave per la legittimazione degli organismi che agiscono informalmente a livello internazionale³⁸².

Lo scenario delineato sembra, però, presentare non poche forzature. Si ha la sensazione di trovarsi dinanzi ad un'operazione di ingegneria ordinamentale, mediante la quale si è tentato di traslare all'interno del sistema giuridico italiano istituti e soluzioni che sono state concepite altrove e che sono figlie di contesti sociali, giuridici ed economici diversi dal nostro. Nello specifico, è stato utilizzato un modello amministrativo di *common law* per perseguire finalità diametralmente opposte a quelle proprie dell'ordinamento statunitense e fondate su una eccessiva esaltazione di un carattere di indipendenza che manca di effettività proprio nell'ordinamento di origine.

L'ordinamento americano, infatti, come illustrato (seppur sinteticamente) in precedenza, è giunto a riconoscere questo valore legittimante alla partecipazione procedimentale per ragioni storico-giuridiche molto precise³⁸³. Ragioni che riguardano, peraltro, non solo le

³⁸¹ Si vedano per esempio le considerazioni di R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità Amministrative Indipendenti, fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos, le attualità nel diritto*, 2017, I, p. 19 ss., che, oltre a ritenere che la legalità procedurale possa svolgere un ruolo perfettamente sostitutivo di quello proprio della legalità sostanziale, enumera i tanti vantaggi legati alla partecipazione dei soggetti interessati al procedimento delle AAI.

³⁸² Sul punto si veda, *ex multis*, S. CASSESE, *Diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, II, p. 342 ss.

³⁸³ A questo proposito, oltre alle considerazioni già svolte nel Capitolo II, paragrafo § 2.1, sono particolarmente interessanti le parole di M. MANETTI, *Poteri neutrali*, cit., p. 91 ss., la quale, in primo luogo, mette in relazione la prepotente affermazione dei poteri di regolazione delle autorità indipendenti con la storica debolezza del Congresso, incapace di formulare politiche coerenti e di fronteggiare adeguatamente le incursioni dei lobbisti nei procedimenti decisionali. A sua volta, questa debolezza dell'organo legislativo sarebbe figlia di una tradizionale fragilità del sistema partitico nordamericano, oramai polarizzato intorno alle due compagini repubblicana e democratica, tra loro diametralmente distanti ma, al contempo, incapaci entrambe di esprimere un indirizzo politico e ideologico definito. Proprio questa fragilità partitica ha progressivamente condotto al restringimento della sfera di potere riservata a quest'organo e all'allargamento di quella affidata agli apparati amministrativi, almeno in apparenza maggiormente attrezzati per dialogare con la società e le sue numerose componenti. In secondo luogo, l'Autrice sostiene che il successo del modello della *regulation* e le ragioni della sua coerenza rispetto all'impianto ordinamentale americano si ritrovano già nella Costituzione degli Stati Uniti. Una Costituzione, cioè, che manifesta una certa riluttanza, se non un'allergia, all'individuazione di un interesse generale astrattamente individuato ed affidato alla realizzazione di un determinato organo capace di incarnare la volontà generale. Al contrario, non esiste un bene comune aprioristicamente superiore agli interessi individuali. È solo dalla combinazione e dal confronto nel concreto tra questi ultimi che scaturisce il bene comune. Effettivamente, la struttura della Costituzione degli Stati Uniti, caratterizzata da assoluta brevità e dalla sola individuazione di poteri e modalità di funzionamento degli organi costituzionali, sembra confermare questa ricostruzione. Di particolare interesse anche le osservazioni di M. COMBA, *Riflessioni sul diritto al giusto procedimento negli Stati*

autorità indipendenti, ma la Pubblica Amministrazione statunitense nel suo complesso.

Per di più, in questo caotico sforzo emulativo, si ha l'impressione che in Italia, a causa del differente *iter* seguito rispetto a quello dell'affermazione dei poteri normativi delle *IRC* negli Stati Uniti, ci si sia trovati quasi spiazzati dalla successiva emersione dei momenti di conflitto con l'impianto costituzionale. Sintomo, quest'ultimo, del fatto che non è stata tenuta in debita considerazione la realtà costituzionale ed amministrativa italiana, tanto che in alcune ricostruzioni sembra che si parta dalle conclusioni per poi recuperare le premesse³⁸⁴. Si è assistito all'affannosa rincorsa ad una chiave che potesse spiegare perché ad un certo punto ci si è trovati dinanzi a queste figure dai volti imperscrutabili, alla ricerca perenne di una collocazione in un sistema che sembra non volerne sapere di accoglierle al suo interno. Sembra, in altri termini, che sia stato dapprima individuato un modello da seguire e che poi si sia cercata la strada più adatta a favorire il suo incastro ordinamentale.

4.3 I limiti al sindacato del giudice italiano sull'esercizio del potere regolatorio.

Uno dei profili sui quali il ridimensionamento del valore della legalità sostanziale risuona maggiormente è quello della tutela giurisdizionale.

Benché, infatti, il fondamento del principio in parola sia da rinvenirsi primariamente nel valore democratico che è in grado di esprimere, non si dubita che la sua compromissione abbia pesanti ricadute sull'effettività del diritto di difesa di cui agli articoli 24 e 113 della Costituzione. Di fatto, la garanzia del controllo democratico non è autoreferenziale, non rappresenta un valore in sé. È, piuttosto, uno strumento atto a far sì che il potere pubblico sia esercitato secondo le modalità stabilite dall'organo che esprime la volontà generale, in modo che, in caso di violazione di queste, possa essere adito l'organo giurisdizionale al fine di far valere l'assenza di conformità tra quanto previsto dalla legge e quanto realizzato dall'autorità.

Se, però, manca la predeterminazione dei contenuti e delle modalità di esercizio del potere da parte della legge, viene meno il principale parametro di raffronto che il giudice deve utilizzare in sede giurisdizionale al fine di valutare se il potere è stato esercitato in modo legittimo. Si pone, allora, il problema di ricercare strumenti altrettanto idonei a permettere di vagliare la legittimità dell'atto.

Uniti d'America, in *Diritto e Società*, 1992, I, p. 272 ss., che mette in evidenza come l'ampliamento dei poteri dell'esecutivo e l'allentamento del controllo Parlamentare (tramite la delega) sul loro esercizio risalga all'epoca del *New Deal* e come abbia costituito la risposta ad un'esigenza particolarmente avvertita in un momento di grande criticità: quella di conferire proprio all'esecutivo gli strumenti per intervenire direttamente in ambito economico anche con misure di regolazione.

³⁸⁴ Il riferimento è, ad esempio, ai tentativi consistenti nella ricerca di una giustificazione in senso autonomistico e partecipativo per i poteri normativi delle autorità indipendenti. Una giustificazione che segue e non precede la comparsa nell'ordinamento di questi ultimi.

Il tema del sindacato sugli atti di regolazione è centrale, anche in considerazione del fatto che nelle ricostruzioni della dottrina³⁸⁵ e della giurisprudenza³⁸⁶ che si pronunciano nel senso della legittimità costituzionale dei poteri normativi delle autorità indipendenti spesso proprio l'estensione del controllo giurisdizionale viene menzionata quale fattore di compensazione della mancata predeterminazione legislativa del potere.

È bene rammentare, peraltro, che il problema del rispetto della legalità non può subire una dequotazione in relazione all'esercizio di poteri regolamentari³⁸⁷, per il fatto che essi non sarebbero dotati dell'attitudine a produrre effetti giuridici diretti sulle sfere giuridiche dei consociati. Da un lato, infatti, è sicuramente vero che il potere regolamentare, a differenza di quello provvedimentale, ha un'incidenza generalmente solo indiretta sulle situazioni giuridiche dei destinatari. Dall'altro, però, in primo luogo, anche l'atto regolamentare può produrre effetti giuridici diretti nei confronti dei privati³⁸⁸. In secondo luogo, il regolamento è destinato ad andare a costituire il fondamento ed il parametro normativo di ulteriori poteri amministrativi della stessa autorità indipendente. È evidente, allora, che il problema della sua legittimità e quello dell'ampiezza del sindacato giurisdizionale assumono un peso decisivo.

La materia del controllo giurisdizionale su questo tipo di poteri si rivela, però, quanto mai complessa, posto che quelli esercitati dalle autorità presentano natura differenziata gli uni rispetto agli altri ed in alcuni casi combinano elementi propri della scelta politico-discrezionale pura con quelli della discrezionalità tecnica. L'eterogeneità dei poteri esercitati e della finalità perseguita tramite essi si riverbera, pertanto, sul tipo di sindacato esercitabile dal giudice.

Infatti, accanto a poteri che si caratterizzano per il fatto che l'autorità è chiamata, tramite essi, a definire l'assetto dei vari interessi in gioco e, quindi, ad effettuare scelte *lato sensu* politiche, gli organismi indipendenti esercitano anche potestà che si basano sull'accertamento tecnico di fatti, mediante l'utilizzo di criteri che presentano un certo grado di opinabilità. In questo secondo caso, l'autorità non effettua una vera comparazione tra gli interessi. Non c'è esercizio di potere discrezionale. L'assetto di interessi, così come il contenuto del potere, è già definito dalla norma e il soggetto

³⁸⁵ Sul punto, *ex multis*, G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità* cit., pp. 726-727.

³⁸⁶ Si rinvia alla lettura del documento di studio redatto dall'Ufficio studi, massimario e formazione del Consiglio di Stato dal titolo *Autorità Indipendenti e sindacato giurisdizionale*, consultabile sul sito istituzionale dell'organo giurisdizionale.

³⁸⁷ Di diverso avviso, sul punto, L. PALADIN, *op. cit.*, p. 166 ss.

³⁸⁸ Questo accade sia se si prendono in considerazione gli interessi di categoria, che possono essere immediatamente incisi dall'atto normativo, sia nei casi in cui il regolamento incida in senso modificativo sulla realtà senza che sia necessaria l'emanazione di un atto ulteriore che dia ad esso applicazione. Su questi profili si rimanda a A. ROMANO, *Osservazioni sull'impugnabilità dei regolamenti della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1956, che delinea la distinzione tra regolamenti che costituiscono volizioni-azioni e quelli che configurano, invece, volizioni-preliminari.

pubblico si limita a dargli attuazione mediante l'accertamento e la qualificazione in senso tecnico di determinati fatti³⁸⁹.

Il caso dell'esercizio di poteri di regolazione che implicano una sintesi ed una composizione degli interessi in gioco è, naturalmente, quello che presenta il maggiore interesse ai fini di questo lavoro³⁹⁰.

La mancanza di un'effettiva disciplina del potere e dei suoi contenuti all'interno della norma attributiva produce come conseguenza la svalutazione della rilevanza del vizio di violazione di legge. Posto che, infatti, in questi casi la norma non contiene alcuna indicazione sui contenuti che l'atto espressione del potere dovrà avere, non sarà possibile per l'organo giudicante formulare quel giudizio di conformità che è alla base della rilevazione della violazione di legge.

Parallelamente, un carattere così scarso della legge di conferimento determina la valorizzazione del vizio di eccesso di potere³⁹¹. In mancanza di

³⁸⁹ Su questi punti si veda, diffusamente, F.G. ANGELINI, *Giudice amministrativo e regolazione del settore dell'energia*, in P.A. – *Persona e Amministrazione*, II, 2021, p. 623 ss. Cfr. anche F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 93 ss., che ritiene che abbia natura essenzialmente tecnico-economica la regolazione relativa alla predisposizione delle tariffe contrattuali nel settore dei servizi pubblici. Su questi temi si veda anche, più di recente, C. PRUSSIANI, *La conformazione contrattuale nei settori regolati dalle autorità amministrative indipendenti*, Giuffrè, Milano, 2022.

³⁹⁰ Sul punto si segnala la posizione contraria di F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida*, cit., p. 393 ss., il quale, nel tracciare una netta linea di demarcazione tra l'Anac e le autorità indipendenti di regolazione, afferma che queste ultime sarebbero caratterizzate, oltre che dal connotato della neutralità, anche dalla titolarità di poteri di regolazione consistenti nell'applicazione di concetti giuridici indeterminati. Poteri che, quindi, consisterebbero nell'esercizio di una discrezionalità di tipo tecnico. Tuttavia, la posizione dell'Autore sembra essere eccessivamente categorica. Se è certamente vero che in molti casi i poteri delle autorità di regolazione si risolvono nell'implementazione di parametri tecnici e nell'esercizio di mera discrezionalità tecnica, ciò non di meno le stesse autorità sono anche affidatarie di poteri normativi che implicano l'adozione di scelte propriamente politiche, che si sostanziano nella fissazione di un bilanciamento tra interessi in conflitto. Questo vale, per esempio, per la Consob che, sebbene faccia senza dubbio esercizio di poteri altamente tecnici, adotta provvedimenti normativi che, di fatto, definiscono l'assetto degli interessi all'interno del mercato, sulla base di scelte e di indirizzi propriamente politici. Quanto affermato è stato efficacemente messo in evidenza da E. CARDI, *La Consob come istituzione comunitaria*, in F. BASSI – F. MERUSI, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 110, che affermava che «non si potrebbe dire meglio per spazzare via insieme illusioni tecnicistiche, neutralistiche, vagamente magistratuali di interpretazione del ruolo di soggetti che fanno “politiche” in quanto governano mercati, ne determinano l'esistenza e la funzione e per i quali l'indipendenza non vuol dire neutralità rispetto ad interessi pubblici autonomamente elaborati, ma capacità di farsi *potere di governo* in proprio». La stessa posizione è stata espressa da M.S. GIANNINI, *Consob* cit., p. 53 ss., che dà conto di come i poteri della Consob abbiano una rilevanza esterna ed incidano direttamente sui rapporti tra privati, determinando l'assetto delle reciproche sfere di interesse e compiendo, così, una scelta latamente politica. Analoghe, ancora, questa volta con riferimento ai poteri del Garante della *privacy*, le considerazioni di F. GARRI, *Il garante per la protezione dei dati personali*, in G.P. CIRILLO - R. CHIEPPA (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Cedam, Padova, 2010, p. 579 ss., che mette in evidenza come il potere normativo attribuito al Garante per la protezione dei dati personali abbracci la disciplina dei rapporti soggettivi tra i soggetti titolari dei dati e quelli che effettuano il loro trattamento, concretandosi, quindi, in una forma di bilanciamento tra interessi contrapposti che si basa sul perseguimento dei principi indicati in modo estremamente generico dalle norme di legislazione primaria.

³⁹¹ Cfr. R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in www.giustamm.it, 2013. Sul punto si vedano anche le osservazioni di S. COGNETTI, *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminazione della norma*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020, che sostiene che il ricorso ad una normazione per principi e per clausole generali, se effettuato in maniera patologica e senza giudizio, rischi di dare luogo ad una situazione in cui, attraverso un'anticostituzionale inversione dei ruoli, il legislatore diviene «bocca del giudice». L'Autore osserva che questa deriva ha iniziato ad essere intrapresa anche

un parametro di raffronto preciso all'interno della legge di attribuzione, il sindacato sulla legittimità dell'atto di regolazione dovrà basarsi sul concreto perseguimento delle finalità generali individuate dalla norma³⁹² e sulla verifica del rispetto dei principi generali che regolano l'esercizio dei poteri amministrativi, in particolare quelli di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza³⁹³.

Il vizio di eccesso di potere, infatti, non esaurisce il suo ambito di rilevanza con riferimento al sindacato sui provvedimenti amministrativi, ma assume valore anche in relazione a quello sugli atti normativi di secondo grado³⁹⁴. Ciò nonostante, posto che, come affermato, il principale strumento di controllo della legittimità del potere regolamentare è rappresentato dalla legge che lo abilita e ne definisce i principi e i criteri di esercizio, l'assenza di indicazioni contenutistiche da parte di quest'ultima trasmoda in un sensibile indebolimento della profondità del sindacato del giudice³⁹⁵. Questo perché un conto è effettuare un sindacato di

nell'ordinamento italiano ormai da qualche tempo e che il suo utilizzo è visto con particolare favore dal legislatore con riferimento a situazioni in cui l'intreccio tra i valori in gioco e la delicatezza di questi ultimi induce a ricercare soluzioni di compromesso a livello normativo, che trasmodano nell'attribuzione all'Amministrazione, prima, ed al giudice, poi, di poteri particolarmente estesi. Questa dinamica, naturalmente, comporta una riduzione delle tutele per i soggetti destinatari delle scelte di regolazione.

³⁹² Il che, peraltro, non risulta sempre particolarmente agevole, posto che le leggi attributive del potere in molti casi individuano una pluralità di finalità generali che l'autorità dovrà perseguire, demandando proprio a quest'ultima il compito di trovare il giusto equilibrio tra le stesse nell'esercizio dei poteri regolatori. Pertanto, quello attribuito alle autorità, pur non caratterizzandosi come potere libero nel fine, beneficia comunque di spazi di intervento particolarmente estesi e flessibili che, attenendo alla sfera dell'opportunità e della politicità in senso lato, sono difficilmente sindacabili dall'organo giudicante. È il caso dell'articolo 1 della legge 14 novembre 1995, n. 481, istitutiva delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.

³⁹³ Sul punto si veda anche R. CHIEPPA, *La tutela giurisdizionale*, in R. CHIEPPA – G.P. CIRILLO, *op. cit.* p. 122.

³⁹⁴ Cfr. A. ROMANO, *Introduzione*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 58-59, che, nel fare riferimento alla funzionalizzazione dell'attività amministrativa al perseguimento dell'interesse pubblico, evidenzia che questo carattere riguarda anche l'attività regolamentare che, conseguentemente, in ipotesi, può essere sindacata attraverso il vizio di eccesso di potere. Si veda anche C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017, il quale sottolinea che, sebbene sia vero che l'attività normativa è libera nei fini, ciò non vale per l'attività regolamentare, che persegue i fini individuati dalla legge attributiva del potere. Questo accade anche nel caso dei poteri normativi delle autorità indipendenti che, nonostante poggino su una base legislativa oltremodo scarna, perseguono comunque le finalità stabilite da quest'ultima. Pertanto, sebbene questi poteri regolamentari conservino un grado di libertà particolarmente elevato, rimangono comunque vincolati al rispetto dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza nel tradurre in scelte normative concrete gli indirizzi contenuti all'interno della legge. A livello giurisprudenziale, si veda il ragionamento svolto dai giudici amministrativi all'interno del parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, del 26 giugno 2013, n. 3014, dove, nel ritenere che il regolamento amministrativo vada sottoposto ad un sindacato per eccesso di potere, tramite valutazione della sua rispondenza al criterio della ragionevolezza, effettuano un parallelo tra il sindacato del giudice amministrativo e quello di razionalità-ragionevolezza compiuto dalla Corte Costituzionale in relazione alle leggi.

³⁹⁵ Il problema dell'attenuazione del principio di legalità sostanziale e delle ripercussioni che essa ha sull'effettività della tutela giurisdizionale è affrontato anche da F. CINTIOLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in *Il foro amm. TAR*, 2003, IX, p. 2779 ss. L'Autore mette in evidenza l'esigenza che il giudice amministrativo faccia utilizzo di strumenti di controllo del potere regolamentare che siano in grado di sopperire alla caduta della legalità sostanziale a monte. Quello più adeguato sarebbe il controllo di ragionevolezza, che si fonderebbe sulla verifica di compatibilità del potere regolamentare stesso con i principi generali dell'ordinamento, deducibili dalla normativa primaria e costituzionale. Facendo un passo ulteriore e, probabilmente, eccessivo verso il rafforzamento dell'effettività della tutela giurisdizionale, ipotizza, altresì, l'esercizio di un sindacato penetrante, capace di

ragionevolezza su un atto regolamentare che si limita a sviluppare un bilanciamento di interessi già definito dalla norma attributiva del potere. Un altro è valutare la ragionevolezza e la proporzionalità di un atto normativo che fissa esso stesso l'equilibrio tra i valori in gioco. Il giudice può ritenere che il potere sia stato esercitato in modo irragionevole rispetto al perseguimento dei fini individuati dalla norma, ma tale sindacato non potrà essere particolarmente penetrante, posto che il compito di bilanciare tra loro i valori sottesi a questi fini è attribuito proprio all'Amministrazione da parte della legge.

Il vizio di eccesso di potere non rappresenta, però, l'unico strumento a disposizione del giudice amministrativo dinanzi agli atti di regolazione delle AAI.

Come si è avuto modo di illustrare nelle pagine precedenti, la caduta della legalità sostanziale ha comportato il ricorso alla procedimentalizzazione, letta sempre più di frequente in una chiave salvifica della legittimità degli atti adottati. Il suo ruolo nell'ambito del sindacato del giudice amministrativo è, quindi, di primo rilievo³⁹⁶.

A questo riguardo sono numerose le sentenze in cui il giudice amministrativo si è pronunciato su ricorsi che censuravano proprio il mancato rispetto delle procedure partecipate da parte dell'autorità decidente. Nella maggior parte dei casi, però, l'organo giudicante ha ritenuto non fondati i ricorsi, sostenendo che il soggetto regolatore avesse dato corretta attuazione alle garanzie partecipative³⁹⁷.

Il sindacato sulla partecipazione all'esercizio della funzione regolatoria, così come interpretato dal giudice amministrativo, si espone, però, a qualche rilievo problematico.

fornire all'Amministrazione titolare del potere normativo precisi indirizzi vincolanti per il successivo riesercizio della potestà. La prospettiva, per quanto suggestiva, non sembra poter ricondurre il sistema a coerenza con i principi che informano la Costituzione, in quanto finisce per trasferire in capo all'organo giudicante quelle prerogative politiche la cui ampiezza in capo allo stesso ente titolare del potere regolamentare si pone in contrasto con la legalità. Il problema dell'attribuzione al giudice di un potere eccessivamente ampio nell'individuazione del giusto bilanciamento tra gli interessi che l'autorità è chiamata a curare è affrontato anche da M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione* cit., p. 91; e da M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Il foro amm. TAR*, 2002, XI, p. 3865. All'effettuazione di un sindacato di ragionevolezza, inteso piuttosto come sindacato «di razionalità» sul contenuto della norma, da parte del giudice amministrativo sugli atti regolamentari fa riferimento anche G. COCOZZA, *Il ruolo dell'interesse nel sindacato del giudice amministrativo sui regolamenti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015, I, p. 151.

³⁹⁶ Si veda quanto sostenuto dal TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 24 gennaio 2014, n. 265, nella cui motivazione si legge che: «l'attribuzione di poteri normativi alle autorità indipendenti deve ormai ritenersi compatibile con il nostro sistema ordinamentale, ma è necessario che le autorità prevedano idonee garanzie partecipative e si dotino di sistemi di consultazione preventiva, volti a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti vigilati».

³⁹⁷ A questo proposito si veda, *ex multis*, la sentenza del TAR Milano (Lombardia), sez. III, 11/05/2010, n. 1455, avente ad oggetto alcuni provvedimenti regolatori dell'allora autorità per l'energia elettrica ed il gas. Un approccio più garantista è stato adottato, invece, dal giudice in occasione della sentenza Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, *Foro amm.*, 2015, p. 760, quando i giudici di Palazzo Spada hanno proceduto all'annullamento del provvedimento regolatorio proprio in ragione del mancato rispetto delle regole partecipative.

Si è già messa in evidenza, in primo luogo, la tendenza della giurisprudenza a considerare irrilevante il fatto che l'Amministrazione non prenda specifica posizione sulle osservazioni presentate dai soggetti interessati durante la fase delle consultazioni. La conseguenza è che è ben possibile che il regolatore giunga ad adottare un provvedimento di contenuto sensibilmente diverso rispetto a quello dello schema inizialmente sottoposto a consultazione, senza che venga fornita idonea motivazione circa la ragioni alla base della modifica³⁹⁸.

Inoltre, il fatto che non vi sia alcun obbligo di motivazione rafforzata comporta un effetto distorsivo sul ruolo giocato dalla stessa partecipazione. Questo perché un suo irrobustimento e, quindi, un più grande coinvolgimento dei soggetti interessati finisce per risolversi nella compressione dell'ampiezza dell'obbligo motivazionale facente capo all'Amministrazione. Al crescere del numero degli *stakeholders* che prendono parte alla procedura consultiva, diminuisce proporzionalmente la consistenza dell'obbligo di render conto in capo al soggetto indipendente³⁹⁹. Paradossalmente, se il numero dei partecipanti fosse inferiore e, quindi, le procedure fossero più ristrette, la giurisprudenza darebbe un valore diverso all'obbligo di motivare. L'allargamento della partecipazione finisce così per fungere da apripista della sinteticità della motivazione⁴⁰⁰.

Un ulteriore profilo problematico emerge in relazione alla partecipazione.

Se anche la giurisprudenza interpretasse in modo più stringente l'obbligo di render conto rispetto ai contributi provenienti dai privati, difficilmente, comunque, questo potrebbe essere sufficiente a ritenere legittimata democraticamente la decisione.

Non basta che i soggetti prendano parte alla procedura e che l'Amministrazione prenda posizione rispetto alle loro osservazioni. Perché possa ritenersi concretamente rispettato il principio democratico nell'esercizio delle funzioni regolatorie sarebbe necessario il diretto coinvolgimento degli interessati nella formulazione dell'atto da adottare. Sarebbe necessario, cioè, dar vita a forme di co-decisione⁴⁰¹. Se anche

³⁹⁸ Su questi punti e sulla portata che l'obbligo motivazionale possiede in questi casi si rinvia alla lettura della sentenza T.A.R. Lombardia sez. III - Milano, 04 luglio 2011, n. 1737, avente ad oggetto, anch'essa, un provvedimento regolatorio dell'AEEG. Sullo stesso tema anche ancora, Cons. Stato, sez. VI, 20 novembre 2015, n. 5284, in *Foro amm.*, 2015, XI, p. 2818, dove si afferma che: «l'amministrazione non deve prendere specificamente posizione su ciascuna di tali osservazioni, essendo sufficiente che dalla lettura complessiva della motivazione si comprendano le ragioni della scelta compiuta. L'autorità non ha l'obbligo di motivare "sia in positivo che in negativo" ciascuna delle numerosissime scelte tecnico-discrezionali sottese all'emanazione di un atto di regolazione, in quanto ciò sarebbe in contrasto con "le correnti acquisizioni di sistema in tema di conservazione degli atti e di strumentalità delle forme"».

³⁹⁹ Su questi aspetti cfr. G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti?* cit., p. 8, che, nel riferirsi al tenore della motivazione degli atti regolativi, fa riferimento ad una «finta motivazione *per relationem*».

⁴⁰⁰ Su questi aspetti si avrà modo di tornare nel Capitolo V.

⁴⁰¹ Per l'approfondimento di questi profili e per la valutazione della loro compatibilità con il sistema della regolazione costruito intorno all'azione delle autorità indipendenti, si rimanda alla lettura del capitolo successivo.

l'Amministrazione desse conto delle ragioni per le quali non ha ritenuto di accogliere le osservazioni presentate dagli interessati, queste, ove rispondenti ad un criterio di ragionevolezza, darebbero luogo ad una decisione legittima. Ciò non di meno non consentirebbero di reputare condiviso l'esercizio della funzione politico-discrezionale che sta alla base della regolazione. Questa continuerebbe ad essere appannaggio esclusivo dell'autorità, libera di dare vita alla scelta regolatoria nel rispetto delle finalità generali indicate dalla legge e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità dell'agire amministrativo. Solo la condivisione del momento di elaborazione della norma può consentire di ritenere davvero democratico il procedimento e può permettere al giudice di giudicarlo lesivo della legalità nei casi di mancata attivazione delle garanzie partecipative⁴⁰².

Lo dimostra il fatto che nel caso dell'adozione di provvedimenti amministrativi puntuali da parte della Pubblica Amministrazione (che pure sottostanno ad un obbligo motivazionale ben più rigoroso di quello previsto per gli atti regolatori delle AAI) non si dubita del fatto che l'atto abbia natura unilaterale ed autoritativa. L'apporto partecipativo del privato, al di fuori dei casi in cui l'Amministrazione decida di ricorrere alla stipulazione di una convenzione pubblicistica, non costituisce una forma di democrazia partecipativa e non consente di fare a meno della predeterminazione del potere da parte della legge.

Ecco perché l'accertamento in sede giurisdizionale dell'avvenuto espletamento delle procedure partecipate e, eventualmente, della presa in considerazione da parte della P.A. dei contributi degli interessati non sembrano essere sufficienti a ritenere che il potere sia stato esercitato nel rispetto del principio di legalità, pur declinato nella sua nuova dimensione procedurale.

Il quadro delineato con riferimento all'ampiezza del sindacato del giudice amministrativo va completato con due osservazioni ulteriori.

La prima riguarda il sindacato sulla discrezionalità tecnica.

Questo perché accade che in certi casi il potere regolatorio dell'autorità indipendente presenti un connotato esclusivamente tecnico-discrezionale o che, comunque, nonostante la sussistenza di un potere di bilanciamento tra situazioni ed interessi in conflitto, sia qualificato come tale dal giudice amministrativo che, quindi, lo sottopone al relativo sindacato⁴⁰³.

⁴⁰² Sulla inidoneità della partecipazione assicurata dal modello del *notice and comment* a sostituire efficacemente le dinamiche democratiche che si esplicano attraverso il sistema della rappresentanza parlamentare si vedano anche le considerazioni di G. DE MINICO, *Regole, comando* cit., p. 68 ss.

⁴⁰³ Le incertezze qualificatorie della giurisprudenza amministrativa in ordine ai poteri di regolazione esercitati dalle autorità indipendenti sono emerse con evidenza in occasione della sentenza Consiglio di Stato sez. VI – 30 giugno 2021, n. 4914, avente ad oggetto l'impugnazione da parte di una società di alcune delibere dell'allora AEEGSI concernenti l'approvazione del metodo tariffario transitorio (MTT), per la determinazione delle tariffe per il servizio idrico integrato. Il più alto organo di giustizia amministrativa, in particolare, da un lato, ha riconosciuto il carattere tecnico della materia e del potere regolatorio oggetto del suo sindacato. Dall'altro, però, in più parti della motivazione ha dato conto del fatto che le scelte regolatorie sottoposte a giudizio esprimono un bilanciamento tra interessi contrapposti che il legislatore non è in grado di effettuare a monte e che deve, pertanto, essere necessariamente delegato all'autorità

Al di là delle incertezze qualificatorie, ciò che merita di essere messo in evidenza è che il sindacato esercitato dal giudice sulla discrezionalità tecnica non risponde comunque a quel carattere di completezza e di profondità che dovrebbe costituire uno dei contrappesi all'indebolimento della legalità sostanziale⁴⁰⁴.

Più in particolare, la tematica del sindacato del giudice sulla discrezionalità tecnica dell'Amministrazione racconta la storia di una certa timidezza dell'organo giudicante rispetto alla formulazione di un sindacato pieno sulla legittimità del potere esercitato.

Non rientra tra gli scopi di questo lavoro quello di approfondire la questione delle tecniche di sindacato adoperate e della loro evoluzione nel corso del tempo. È sufficiente unicamente dare conto del fatto che in relazione agli atti di regolazione delle AAI non si è ancora giunti all'affermazione di un orientamento maggioritario che ritenga che debba essere esercitato un sindacato pieno e di maggiore attendibilità sulle valutazioni effettuate⁴⁰⁵. Da ciò discende che, anche a voler fingere

indipendente. Più nel dettaglio, i giudici di Palazzo Spada, nel qualificare la natura dei poteri esercitati dal soggetto regolatore si sono pronunciati in questi termini: «Sul punto, è utile ancora premettere che, in tema di sindacato del giudice amministrativo sull'attività di regolazione, è ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito del regolatore. L'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo "intrinseco", che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate (sul piano tecnico), che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto. Nel caso della regolazione economica, il controllo giurisdizionale "non sostitutivo" trova giustificazione in ragione di una specifica scelta di diritto sostanziale: quella per cui il legislatore, non essendo in grado di governare tutte le possibili reciproche interazioni tra i soggetti interessati e di graduare il valore reciproco dei vari interessi in conflitto, si limita a predisporre soltanto i congegni per il loro confronto dialettico, senza prefigurare un esito giuridicamente predeterminato. In tali casi, l'attività integrativa del precetto corrisponde ad una tecnica di governo attraverso la quale viene rimesso ai pubblici poteri di delineare in itinere l'interesse pubblico concreto che l'atto mira a soddisfare». All'attribuzione di un carattere tecnico al giudizio compiuto dall'autorità ai fini dell'adozione della scelta regolatoria si accompagna, quindi, l'affermazione del carattere politico dello stesso potere, che, di fatto, è chiamato ad operare una scelta tra valori che il legislatore non è in grado di compiere. L'effettuazione di un sindacato sulla sola discrezionalità tecnica e sulla "ragionevolezza tecnica" della scelta desta, allora, qualche perplessità. Questo anche alla luce del fatto che la stessa autorità, all'interno del ricorso, affermava di perseguire istituzionalmente, attraverso la regolazione, «una logica di tutela degli utenti», con ciò, quindi, escludendo espressamente il carattere meramente tecnico-discrezionale delle scelte di regolazione.

⁴⁰⁴ Per una panoramica generale sul sindacato sulla discrezionalità tecnica delle autorità indipendenti da parte del giudice amministrativo, alla luce anche della recente giurisprudenza, si veda S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche* cit., p. 97 ss., che cita la sentenza Consiglio di Stato sez. VI, 25/02/2003, n. 1054, in *Foro it.* 2003, III, p. 361, nella quale i giudici amministrativi si pronunciavano nel senso di un dovere di arretramento del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche compiute dalle AAI, in ragione del fatto che, trattandosi di decisioni assunte da soggetti neutrali ed indipendenti, vi sarebbe stata una riserva di amministrazione.

⁴⁰⁵ Il tema dell'intensità del controllo esercitato dal giudice sugli atti di regolazione è approfondito da F. ANGELINI, *Giudice amministrativo e regolazione* cit., p. 629 ss., afferma che il sindacato avente ad oggetto gli atti di regolazione dell'ARERA manifesta una certa deferenza dell'organo giudicante nei confronti del potere dell'autorità indipendente e si rivela molto meno penetrante rispetto a quello esercitato sugli atti dell'autorità antitrust (un sindacato, quest'ultimo, di carattere pieno, e di attendibilità, che rivela anche

l'inesistenza delle criticità di cui si è dato conto sopra, il controllo giurisdizionale su questo tipo di atti non potrebbe affatto considerarsi pieno ed effettivo.

Da ultimo, è doveroso effettuare qualche breve considerazione sul tema del sindacato sugli atti di regolazione flessibile.

Non è difficile immaginare, infatti, che le problematiche cui questo istituto dà luogo a causa della sua difficile riconduzione alle categorie giuridiche tradizionali si riverberi anche sulla questione della tutela giurisdizionale.

Questo perché alle criticità che sono state messe in evidenza in relazione agli atti propriamente normativi e vincolanti si sommano quelle concernenti sia la qualificazione del potere di regolazione flessibile e il suo fondamento, sia l'impugnabilità in giudizio degli atti, stante la loro efficacia formalmente non vincolante.

L'efficacia non vincolante degli atti, da un lato, suggerirebbe l'esclusione di una tutela giurisdizionale diretta, data la carenza di interesse a ricorrere rispetto all'atto medesimo. Dall'altro, la capacità concreta di esso di incidere sui rapporti sociali ed economici rischierebbe di dare luogo ad un vuoto di tutela ove l'accesso al giudice fosse negato. La questione, peraltro, è ulteriormente complicata dal fatto che alcuni tipi di atti di regolazione flessibile, come le linee – guida non vincolanti dell'Anac, si rivolgono non direttamente agli operatori, ma alle Pubbliche Amministrazioni⁴⁰⁶.

Se l'atteggiamento prevalente della giurisprudenza va ricondotto alla prima delle due soluzioni prospettate, non sono mancate nel corso del tempo pronunce che hanno mostrato aperture significative verso una forma di tutela prescindente dalla formale vincolatività dell'atto considerato⁴⁰⁷.

significative aperture verso un sindacato sostitutivo di maggiore attendibilità). In particolare, l'Autore dà conto dell'esistenza di differenti orientamenti, le cui posizioni variano dal mero controllo estrinseco a un sindacato intrinseco di tipo debole. In nessun caso, tuttavia, si arriva alla prospettazione di un sindacato di maggiore attendibilità. Per quanto concerne l'orientamento che propende per un controllo meramente estrinseco si veda Consiglio di Stato sez. VI, 04/01/2021, (ud. 10/12/2020, dep. 04/01/2021), n. 37. La posizione favorevole ad un sindacato estrinseco, ma non sostitutivo, è invece espresso in Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 165. Per quanto concerne l'orientamento propenso a varcare i limiti del sindacato non sostitutivo si veda, invece, Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, relativo ai poteri sanzionatori dell'AGCM.

⁴⁰⁶ Questo spiega perché in alcuni casi la giurisprudenza è stata particolarmente categorica nel ritenere assente l'interesse a ricorrere contro questo tipo di atti. Ne è un esempio la sentenza TAR Lazio, 03 luglio 2019, n. 8678. In dottrina il tema viene affrontato da M. PASSALACQUA, *Soft law per la regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Concorrenza e mercato*, 2017, IV, p. 191 ss., che dà, appunto, conto dell'esistenza di un orientamento giurisprudenziale molto restrittivo in relazione alla sussistenza dell'interesse a ricorrere avverso gli atti di *soft regulation* e, più in particolare, avverso le linee-guida non vincolanti di Anac.

⁴⁰⁷ Un esempio emblematico è dato dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, dell'11 luglio 2003, n. 4142. Sul punto si vedano anche le osservazioni di B. CELATI, *Soft law nella regolazione dei mercati finanziari e tutela giurisdizionale* cit., p. 335 ss., che mette in evidenza il fatto che l'atto di *soft law* adottato dalla Consob è stato ritenuto conoscibile dal giudice amministrativo sulla base di una valutazione sostanzialistica, in quanto qualificato come espressione di una «supremazia pubblicistica» ed afferente alla generale funzione di vigilanza esercitata dall'autorità.

Il dibattito sul punto in Italia non si è, però, ancora sviluppato del tutto, sebbene gli elementi per un suo prossimo ampliamento siano già nitidamente emersi. Al contrario, l'ordinamento francese, data la maggiore familiarità con questo tipo di atti, ha già da tempo affrontato con più consapevolezza il problema, anche alla luce della grande rilevanza che la *soft regulation* riveste nell'ambito delle funzioni affidate alle *autorités administratives indépendantes*. I risultati cui sono pervenute dottrina e giurisprudenza, seppur di carattere interinale, rivelano spunti di grande interesse.

4.4 Caratteri “antisistema” del *droit souple* e tecniche di tutela giurisdizionale tra nuovi approdi e incertezze.

Prima di imboccare il sentiero che conduce al sindacato del giudice sugli atti di regolazione flessibile delle *AAI* in Francia è, però, necessario compiere una breve riflessione sulle spaccature e sulle tensioni che questo istituto è stato in grado di generare all'interno del sistema giuridico d'oltralpe.

Infatti, si è potuto osservare che l'incedere di un diritto, come quello flessibile, che ha mosso i suoi primi passi nel diritto internazionale si rivela ancora claudicante ove chiamato ad esprimersi all'interno di realtà normative storicamente fondate sulla supremazia dell'*hard law*, quest'ultimo imperniato sul ruolo centrale (benché ormai indebolito) della legge parlamentare e sull'applicazione del principio della gerarchia delle fonti. Anche l'ordinamento francese da questo punto di vista non fa eccezione.

Si è avuto modo di sottolineare che un primo elemento distonico della *soft regulation* rispetto alla struttura di questi sistemi giuridici risiede, appunto, negli ambigui rapporti che gli atti di questo tipo intrattengono con la legge attributiva del potere. Si è visto anche che nell'ordinamento francese la legalità amministrativa assume una portata meno dirompente che in quello italiano. La legge, benché fonte destinata a regolare l'azione amministrativa, non è dotata, nei rapporti con quest'ultima, della stessa forza conformatrice⁴⁰⁸. Ciò non di meno, neanche in questo sistema l'esistenza di un potere innominato e totalmente privo di una base normativa costituisce un fatto fisiologico, soprattutto nei casi in cui l'esercizio di poteri non

⁴⁰⁸ In Francia il potere amministrativo, pur vincolato a realizzare i fini individuati dalla legge, rimane, infatti, libero di adottare gli atti e di prendere le iniziative che si rivelino necessarie per il perseguimento di tali finalità, ove la legge stessa non si premuri di predeterminare i contenuti che esso dovrà avere. Non si tratta, quindi, di un potere predeterminato dalla legge. Al contrario, più che di rispetto della legge, la legalità pone un vincolo al potere amministrativo nel senso della sua non contrarietà al dettato normativo e della necessità della previa abilitazione legale (legalità in senso formale). Per un approfondimento su questi profili si rimanda a B. PLESSIX, *Le principe de légalité* cit., pp. 212 ss. In relazione alla concreta consistenza del principio di legalità nell'ordinamento amministrativo francese, al di là degli ideologismi e delle mitizzazioni, si consiglia la lettura anche di D. LOCHAK, *Le principe de légalité. Mythes et mystifications* cit., p. 387 ss. Per un approfondimento sulla teorizzazione dello «Stato legale», caratterizzato dalla concezione della legalità come supremazia del Parlamento sull'esecutivo, si rimanda, invece, a C. DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté generale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Recueil Sirey, Parigi, 1931.

previsti dalla legge determini anche il travalicamento delle competenze assegnate all'autorità che ne dispone⁴⁰⁹.

Alle carenze in punto di legalità si aggiungono anche i problemi sul *deficit* di democraticità di autorità che fanno dell'indipendenza dagli organi dell'esecutivo una delle chiavi di giustificazione dei loro poteri.

Si potrebbe affermare che le esigenze di democraticità risultano attenuate a fronte del perseguimento di risultati di maggiore efficienza della regolazione nei settori dell'ordinamento che mostrano una più spiccata dinamicità e che richiedono una normazione agile, frutto di approfondite conoscenze tecniche⁴¹⁰.

Un obiettivo, quello efficientistico, che sembra oggi tiranneggiare all'interno delle materie in cui le autorità indipendenti esercitano le loro funzioni, tanto da sopraffare anche un altro principio – cardine degli ordinamenti giuridici continentali, quale quello della certezza del diritto⁴¹¹.

Non deve, peraltro, sorprendere il fatto che un sistema di regolazione che si fonda su atti a carattere invitativo e raccomandatorio e che non è disciplinato con legge, né in relazione alle modalità di elaborazione degli atti, né alle tipologie di questi ultimi, contrasti con il principio della *sécurité juridique*.

Il sistema costruito intorno alla regolazione flessibile, anzi, trova nell'ambiguità e nel polimorfismo delle sue manifestazioni⁴¹² un *humus* favorevole nel quale proliferare.

Il movimento di rottura con l'utilizzo delle norme tradizionali (come il regolamento), espressione di una concezione dura del diritto, è stato spesso spiegato dall'esigenza di un intervento più discreto dello Stato all'interno di settori precedentemente soggetti ad una penetrante regolamentazione. Si è tentato di fornire l'immagine di un soggetto pubblico che si muove in punta di piedi, che cerca di non dare nell'occhio e di non correggere oltre lo stretto necessario gli spontanei equilibri che si vengono a creare all'interno dei mercati.

⁴⁰⁹ Un indice significativo di quanto affermato si ritrova nel Rapporto redatto dai deputati *Dosière e Vanneste* per l'*Assemblée Nationale* nel 2010. Infatti, gli autori del Rapporto mettono in evidenza il fatto che le autorità indipendenti dotate di poteri di regolazione flessibile tendono spesso ad andare al di là del perimetro di competenza tracciato dalle leggi e dai regolamenti nell'esercizio dei loro poteri ed invitano il Parlamento ad una riflessione su tali profili, particolarmente insidiosi nella prospettiva della garanzia della certezza del diritto. Anche il *Conseil d'État* precisa all'interno del *Rapport Public* del 2013 sul *droit souple*, p. 13, che gli atti che ne sono espressione devono muoversi all'interno della sfera di competenza del soggetto pubblico che li adotta.

⁴¹⁰ Interessanti le considerazioni svolte sul valore dell'efficienza da S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Roma, 1982, p. 62, a proposito dei suoi rapporti con il valore della legalità amministrativa.

⁴¹¹ Cfr., sul punto, B. SPAMPINATO, *Sulla "crisi" di legalità e di certezza del diritto in campo amministrativo*, in *federalismi.it*, 31 maggio 2017, p. 2 ss.

⁴¹² Si allude all'ampia tipologia di denominazioni che vengono attribuite a tali atti di carattere morbido: linee guida, direttive, carte, raccomandazioni, avvisi, solo per citarne alcune.

Un'immagine siffatta, tuttavia, non riflette in modo pienamente fedele la realtà di un diritto flessibile che spesso riesce a raggiungere picchi di «durezza» ancora superiori a quelli dell'*hard law*⁴¹³.

Proprio la cornice di incertezza entro la quale la *soft law* opera rappresenta una delle chiavi del suo successo. In altri termini, l'efficacia degli atti di regolazione, oltre a dipendere dall'*expertise* tecnica e dall'autorevolezza dei loro autori, discende in buona parte anche dall'equivocità della loro reale efficacia giuridica⁴¹⁴. Infatti, il fatto che i destinatari siano privi dei mezzi per qualificare l'atto come vincolante o meramente persuasivo li induce ad un naturale atteggiamento di prudenza.

Questo è ancor più significativo se si presta attenzione al fatto che una delle ragioni generalmente poste a fondamento del ricorso alla tecnica della regolazione flessibile è stata proprio la necessità di arginare l'incertezza giuridica derivante dalla situazione di ipertrofia normativa degli ordinamenti contemporanei⁴¹⁵. Tramite essa si sarebbe dovuto, quindi, porre ordine e certezza all'interno di un sistema normativo altamente dispersivo e labirintico.

Peraltro, l'assenza di chiarezza è tanto più condizionante in considerazione del fatto che le *Autorités Indépendantes* dispongono di poteri sanzionatori. Il risultato è che spesso proprio il timore del possibile avvio di un procedimento sanzionatorio a proprio carico dissuade il destinatario dal violare un atto della cui reale natura giuridica non ha certezza⁴¹⁶.

Un quadro di questo tenore sembra avvalorare la visione del diritto flessibile come strumento funzionale al surrettizio superamento dei limiti che il Giudice Costituzionale francese aveva posto al potere regolamentare delle autorità indipendenti nel 1986. La sensazione è di essere di fronte ad una «truffa delle etichette»⁴¹⁷: un sistema regolatorio definito «morbido», ma capace di raggiungere gli stessi risultati perseguibili con il ricorso a strumenti vincolanti. L'unica differenza consisterebbe nel più modesto apparato di garanzie offerto dalla regolazione tramite atti di *soft law*.

Occorre, allora, a questo punto verificare che tipo di tutela l'ordinamento francese garantisca ai soggetti ai quali è indirizzata l'enorme mole di atti di regolazione flessibile elaborata dalle *Autorités Indépendantes*.

L'atteggiamento di supina adesione dei destinatari agli atti adottati dalle AAI è ancor più preoccupante se si presta attenzione ai tanti punti oscuri

⁴¹³ Sulla questione dell'indurimento della *soft law* si vedano le considerazioni svolte da M. MAZZAMUTO, *Op. ult. cit.*, p. 29 ss.

⁴¹⁴ Sul punto è di nuovo consigliata la lettura del *Rapport Public* del 2013 del *Conseil d'État* sul *droit souple*, p. 35 ss.

⁴¹⁵ In relazione all'esperienza francese, si veda il Rapporto del *Conseil d'État* del 1991, intitolato «*De la sécurité juridique*», rinvenibile sul sito istituzionale dell'organo giurisdizionale.

⁴¹⁶ Come sottolinea B. LAVERGNE, *Recherche sur la notion cit.*, p. 462, all'incertezza sulla natura giuridica dello strumento utilizzato e, quindi, sul suo carattere vincolante o meno, si aggiunge spesso quella inerente alla natura giuridica dello stesso soggetto che adotta l'atto. L'Autore sottolinea come spesso sembri che sia lo stesso legislatore ad avviluppare tali organismi di un alone di mistero e di imperscrutabilità, mantenendoli all'interno di un regime giuridico incerto.

⁴¹⁷ L'espressione è presa in prestito da M. MANETTI, *Fonti senza forma cit.*, p. 181.

che ancora esistono in ordine all'impugnazione in sede giurisdizionale degli atti di *soft regulation*.

La crescente rilevanza all'interno dell'ordinamento di questi atti non ha, però, lasciato la giurisprudenza indifferente. Le richieste di tutela provenienti dagli operatori del mercato e da parte della letteratura scientifica⁴¹⁸ hanno reso necessaria una riflessione del *Conseil d'État* sulle possibili vie da intraprendere per accordare adeguate garanzie ai cittadini.

Un'attività ermeneutica che, se apprezzabile nell'ottica del rafforzamento della tutela degli amministrati, ha contribuito, ciò nonostante, ad alimentare le ombre intorno all'impiego della *soft law* anche nell'ordinamento amministrativo francese.

L'impegno profuso dalla giurisprudenza è stato notevole se si considera che i criteri tradizionalmente utilizzati per valutare la sussistenza della legittimazione all'impugnazione di un atto amministrativo si incentravano sul suo carattere decisorio, ossia sulla sua attitudine a produrre una modificazione dell'ordinamento giuridico⁴¹⁹. Tali criteri, frutto di un'intensa attività interpretativa della dottrina e della giurisprudenza che si è dipanata nel corso dei decenni, hanno, da ultimo, ricevuto consacrazione anche a livello normativo, all'interno del *Code de justice administrative*. Quest'ultimo, all'articolo R. 421-1, stabilisce, infatti, che: «*La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision*».

È evidente, però, che, così configurati, tali criteri non lasciavano spazio ad un ricorso diretto contro un atto, quello di regolazione flessibile, che, in quanto incapace di intervenire in senso modificativo sulla realtà giuridica, non poteva certo essere considerato una decisione⁴²⁰.

Oggi, proprio alla luce dell'evoluzione dell'orientamento della giurisprudenza sul punto, la natura di decisione non è più determinante ai fini del giudizio di ricevibilità del ricorso per eccesso di potere⁴²¹.

⁴¹⁸ Alcune interessanti considerazioni sul ruolo della giurisprudenza e del legislatore in ordine all'adattamento della normativa vigente per l'accesso alla tutela giurisdizionale alle nuove esigenze poste dalla regolazione flessibile sono contenute in X. DOMINO, *Miscellanées contentieuses*, in *AJDA*, 2012, p. 2377.

⁴¹⁹ Per un approfondimento sull'estensione e sulle modalità del sindacato del giudice amministrativo francese sugli atti amministrativi (regolamentari ed individuali) si rimanda a B. PLESSIX, *Juger de la légalité et distinction entre actes réglementaire et non réglementaire*, in B. DEFOORT – B. LAVERGNE (a cura di), *Juger de la légalité administrative*, LexisNexis, Paris 2021, p. 31 ss.

⁴²⁰ Quanto affermato trova conferma nel fatto che la giurisprudenza precedente, pur ammettendo in alcuni casi l'impugnabilità di atti formalmente non vincolanti, arrivava a tale approdo solo dopo aver "smascherato" il carattere sostanzialmente vincolante ed imperativo di questi. Solo se l'atto era formulato in modo imperativo poteva riconoscersene l'impugnabilità in giudizio. Era il caso, per esempio, delle circolari e delle direttive amministrative. Quanto affermato emerge chiaramente dalla lettura della sentenza n. 358896 del 4 ottobre 2013 del *Conseil d'état*, in *AJDA*, 2013, n. XXXXI, p. 2349, in occasione della quale, appunto, il ricorso avente ad oggetto la richiesta di annullamento di una circolare del *directeur général des douanes et droits indirects* veniva considerato ricevibile in quanto l'atto era ritenuto a carattere sostanzialmente imperativo.

⁴²¹ Espressione con cui, nell'ordinamento francese si fa riferimento al giudizio impugnatorio dell'atto amministrativo ritenuto contrario alla legge, finalizzato all'ottenimento di una pronuncia di annullamento da parte dell'autorità giudiziaria. Per un approfondimento sul punto, si rimanda a V. HAIM, *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 2019, p. 371 ss.

Dopo una serie di sentenze che nel corso degli anni avevano aperto degli spiragli sull'ammissibilità di un sindacato del giudice sugli atti di *droit souple*⁴²², il Consiglio di Stato francese ha elaborato dei criteri che hanno costituito un importante spartiacque in materia in occasione delle pronunce *Fairvesta* e *Société Numericable*, entrambe del 2016⁴²³.

Con i due pronunciamenti citati, il *Conseil d'État* ha ridimensionato l'importanza del carattere decisionale dell'atto impugnato ai fini dell'ammissibilità del ricorso ed ha valorizzato, per converso, quello della sua lesività. Il Supremo organo giurisdizionale amministrativo ha, così, decretato che il ricorso proposto contro atti di *droit souple* è ricevibile se questi, benché privi di carattere imperativo, «sono comunque tali da produrre degli effetti significativi, soprattutto di natura economica, o hanno per oggetto di influire in maniera significativa sui comportamenti delle persone ai quali sono indirizzati»⁴²⁴.

Con queste decisioni è stato, così, rimodellato uno degli assi portanti di un sistema giurisdizionale sapientemente costruito in decenni di elaborazione dottrinale e pretoria.

Dopo il 2016, peraltro, la giurisprudenza ha operato un ulteriore allentamento delle condizioni che rendono ricevibile il ricorso contro un atto improduttivo di effetti giuridici. Questo è intervenuto sia sulla tipologia di atti contestabili, sia sull'individuazione del tipo di effetti cui deve dare

⁴²² Questo era accaduto sia attraverso pronunce che avevano effettuato una riqualificazione in termini vincolanti di atti ai quali era stata data una veste meramente persuasiva (sulla scia del criterio sostanzialistico inaugurato con la decisione *Duvignères*), sia attraverso il ricorso a soluzioni più laboriose. È il caso delle sentenze che sfruttavano il fatto che determinati atti di regolazione flessibile fossero sottoposti a forme di pubblicazione. In questi casi il ricorrente non si lamentava dell'illegittimità della decisione in sé (in quanto ancora ritenuta non sindacabile) ma della illegittimità della decisione di sottoporre quest'ultima a pubblicazione. Si realizzava, in questo modo, una tutela indiretta dei destinatari dell'atto di regolazione che, seppure non eliminata dall'ordinamento, vedeva fortemente ridotta la sua forza condizionante. Si veda, a questo riguardo, la decisione C.E., 16 janvier 2006, *Fédération du Crédit mutuel Centre Est Europe*, n. 274721, con il commento di M. GUYOMAR, in *AJDA* 2006, p. 828.

⁴²³ La prima è la decisione CE 21 mars 2016 n. 368082, *Sté Fairvesta Intern. GmbH et a.*, in *RFDA* 2016, p. 497; la seconda è la decisione CE 21 mars 2016 n. 390023, *Sté NC Numericable*, in *RFDA*, p. 506.

⁴²⁴ Cfr., il considerando n. 4 della decisione C.E. *Fairvesta* del 21 marzo 2016. Interessante, sul punto, il commento di A. SÉE, *Le droit souple des Autorités de régulation*, in *Droit Administratif*, V, 2016, p. 20, il quale ritiene che la sentenza non avrebbe un carattere rivoluzionario quanto al riconoscimento della giustiziabilità del diritto flessibile, posto che si sarebbe limitata a fare applicazione di un criterio (quello della lesività) che era già stato sdoganato in occasione della sentenza *Duvignères* (C.E. n. 233618/2002). Tuttavia, a ben guardare, gli elementi di novità sono almeno due. In primo luogo, nella sentenza *Fairvesta* si abbandona il criterio della formulazione dell'atto in termini imperativi per la valutazione della ricevibilità del ricorso promosso. L'atto di diritto flessibile viene considerato impugnabile, se lesivo, anche se non formulato in questi termini. In secondo luogo, la circolare rappresenta, in ogni caso, un atto che si fonda su una norma preesistente. La sua illegittimità viene vagliata in rapporto a questa norma e il suo annullamento interviene nel caso in cui essa detti nuove regole senza averne ricevuto la competenza, o laddove fornisca un'interpretazione contrastante con il tenore letterale della disposizione cui si riferisce. Nel caso del *droit souple*, invece, manca questo rapporto di stretta derivazione dell'atto dalla norma che lo abilita. O meglio, questo rapporto è inteso in termini particolarmente larghi, poiché ruota intorno alla missione generale che la legge attribuisce all'autorità di regolazione. Le pronunce citate hanno, quindi, una portata dirompente proprio perché riconoscono valore giuridico ad atti che, oltre a non trovare nella legge un preciso fondamento, non sono nemmeno in grado di produrre effetti giuridici vincolanti. Ciò non di meno, si riconosce la loro attitudine ad incidere sulla sfera giuridica dei consociati e se ne ammette, per questo motivo, la giustiziabilità.

luogo perché possa esserne affermata l'impugnabilità⁴²⁵. A questo proposito, è stata coniata l'espressione di «soggettivizzazione»⁴²⁶ del sindacato sull'eccesso di potere. Con tale termine alludendosi ad una trasformazione del processo amministrativo da giudizio interamente incentrato sull'atto a giudizio che prende in considerazione anche l'effetto da questo prodotto sulla sfera giuridica dei privati.

Il risultato di questo cambiamento è che anche atti aventi rilevanza meramente interna alla Pubblica Amministrazione (è il caso delle circolari e delle direttive) divengono passibili di impugnazione in tutti i casi in cui siano in grado di produrre effetti considerevoli (benché non giuridici) sulle posizioni degli amministrati⁴²⁷.

A dispetto dei recenti approdi, le soluzioni alle quali è pervenuta la giurisprudenza francese sulla sindacabilità degli atti di *soft regulation* non hanno ancora raggiunto un carattere di definitività che garantisca ai consociati tutele rassicuranti.

Ciò, in primo luogo, perché, come si è visto, i criteri definiti nel 2016 sono andati incontro ad una successiva evoluzione che sembrava muovere nella direzione dell'ulteriore alleggerimento dei presupposti per la legittimazione all'impugnazione di un atto. Di contro, negli stessi anni in seno alla giurisprudenza amministrativa sembra avere preso piede un diverso indirizzo interpretativo che si muove in direzione opposta. Sono intervenute negli stessi anni alcune decisioni del *Conseil d'État* che hanno dichiarato l'irricevibilità di ricorsi proposti contro atti di regolazione flessibile. Queste pronunce sono state particolarmente perturbanti proprio perché le loro motivazioni sembrano aver rimodulato in senso più restrittivo i criteri generali elaborati dalle sentenze *Fairvesta* e *Numericable*⁴²⁸.

⁴²⁵ Con riferimento al primo profilo, è stata progressivamente ammessa la ricevibilità di ricorsi volti a contestare la legittimità di atti di *droit souple* anche adottati da soggetti pubblici diversi dalle autorità di regolazione (si veda la decisione C.E., 21 ottobre 2019, n. 419996). Dal secondo punto di vista, è stata ammessa l'impugnabilità di atti di regolazione flessibile incapaci di produrre effetti apprezzabili dal punto di vista economico. A tale riguardo, è stata emblematica la decisione *Marine Le Pen*, C.E. 19 luglio 2019, n. 426389, con la quale è stata data rilevanza unicamente agli effetti prodotti a livello reputazionale da un atto adottato dalla *Haute Autorité pour la transparence de la vie publique*.

⁴²⁶ L'espressione si ritrova, ancora una volta in B. PLESSIX, *Juger de la légalité* cit., p. 48 ss.

⁴²⁷ Per un approfondimento, si veda IDEM, *Juger de la légalité* cit., p. 52 – 54, il quale fa riferimento alla decisione *GISTI*, C.E., 12 giugno 2020, n. 418142, in *AJDA* 2020, p. 1407. La pronuncia è interessante soprattutto perché, proprio per la questione dell'impugnabilità dei ricorsi promossi contro gli atti interni di carattere generale, viene meno il riferimento alla natura prevalentemente economica degli effetti che, invece, aveva caratterizzato i criteri formulati in occasione delle pronunce del 2016 in relazione agli atti considerati propriamente di *soft regulation*. Rimane, invece, elemento necessario la produzione di effetti considerevoli nei confronti di soggetti terzi. La conclusione raggiunta in occasione di questa pronuncia sono, poi, state più di recenti confermate in occasione di altre sentenze. Da ultimo, si veda la decisione C.E. 27-09-2023, n. 470331, in *AJDA*, 2023, XXXIII, p. 1741.

⁴²⁸ Si tratta, in particolare, di alcune decisioni aventi ad oggetto l'impugnazione di atti di *mise en demeure* adottati dal *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* nel 2018, rispetto alle quali sembra che il Consiglio di Stato abbia adottato un approccio diverso rispetto a quello sposato in occasione delle pronunce del 2016. In particolare, la lettura delle motivazioni sembra rivelare una valorizzazione del carattere decisorio degli atti da parte del *Conseil d'État* ai fini della ricevibilità del ricorso. Se questa posizione trovasse conferma anche nel prossimo futuro si dovrebbe iniziare a considerare la prospettiva dell'adozione di criteri differenti a seconda dell'atto ai fini della valutazione della ricevibilità del ricorso per *excès de pouvoir*. Tra queste, è

A ciò si aggiunge il fatto che gli stessi criteri elaborati dalle sentenze da ultimo citate non si sono mai distinti per chiarezza ed intelligibilità.

Tali decisioni, nell'aprire definitivamente all'impugnabilità degli atti di *droit souple*, non si sono premurate (anche in ragione dei ristretti spazi in cui quest'attività interpretativa era costretta ad esplicarsi) di selezionare criteri chiari ed oggettivi per valutare la legittimazione all'esperibilità del ricorso. Per vero, esse hanno plasmato un quadro oltremodo confuso, posto che i criteri ai quali hanno fatto riferimento (ovvero, la lesività e la capacità degli atti di condizionare i comportamenti altrui) rinviano a nozioni di carattere extra-giuridico che hanno come effetto quello di attribuire all'organo giudicante un margine valutativo estremamente ampio⁴²⁹. Infatti, considerati i criteri ricavabili da queste pronunce, spetta proprio al giudice individuare, con un approccio necessariamente casistico, quali siano le soglie di lesività o di capacità di condizionamento al di sotto delle quali l'atto deve essere considerato non impugnabile⁴³⁰. È evidente che un sistema così congegnato apre la strada all'incertezza per i soggetti ai quali gli atti sono indirizzati. Esso si espone, inoltre, a pericoli di disparità di trattamento, in quanto la decisione è figlia della particolare sensibilità del giudice chiamato ad adottare il pronunciamento.

Agli elementi evidenziati si aggiunge l'incertezza sull'adeguatezza dello strumento del ricorso per eccesso di potere (che costituisce uno strumento di tipo caducatorio) ad offrire agli amministrati una tutela effettiva contro atti improduttivi di effetti giuridici. Una forma di tutela più completa dovrebbe, infatti, probabilmente includere anche una qualche modalità di riparazione del danno causato dall'atto, soprattutto alla luce delle ripercussioni sia in termini economici che reputazionali che questi sono in

particolarmente significativa la decisione del *Conseil d'État* 5ème chambre, 26/07/2018, n. 414333, nonché l'analisi effettuata da L. CALANDRI, *La justiciabilité variable des actes de Soft Law des autorités de régulation : retour sur une jurisprudence en construction*, in *Droit Administratif*, I, 2020, p. 20 ss.

⁴²⁹ Peraltro, i criteri adoperati dal *Conseil d'État* si rivelano particolarmente malleabili e fumosi, per il fatto che non contengono un riferimento agli effetti (non giuridici) realmente prodotti dall'atto, ma a quelli che l'atto è volto a realizzare. I problemi relativi all'ampliamento dei poteri dell'organo giudicante nell'ambito del sindacato sugli atti di regolazione flessibile sono messi in evidenza a più riprese da B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law* cit., p. 345 ss., che, nell'operare una ricostruzione delle varie tappe evolutive del sindacato del giudice francese sugli atti di *droit souple*, sottolineava l'ampiezza del potere dell'organo giudicante nella riqualificazione degli atti di regolazione. Questo potere aveva raggiunto la sua massima estensione nella fase in cui il criterio utilizzato dalla giurisprudenza era ancora quello dell'imperatività dell'atto. Ciò comportava che spettava al giudice stabilire se un determinato atto fosse o meno imperativo e vincolante. Quanto affermato, da un lato, evidenziava l'esigenza dell'ordinamento di garantire la certezza del diritto, attraverso la limitazione delle ipotesi di impugnabilità ai soli atti di natura imperativa e, quindi, in grado di modificare la sfera giuridica dei destinatari. Dall'altro mostrava anche una certa difficoltà nella digestione ed assimilazione degli atti di diritto flessibile da parte del sistema giuridico francese. Sul tema dei rapporti tra il *droit souple* e il giudice e dell'ampio potere interpretativo che la comparsa di questi atti rischia di attribuire a quest'ultimo (con una inevitabile lesione del principio della separazione dei poteri) si veda anche E. BOTTINI, *Un droit sans force (normative) est-il un droit en crise? Pour une analyse critique du concept de force normative*, in *Les Cahiers de l'Unité du Droit*, I, 2011, p. 22 ss.

⁴³⁰ Cfr., su questi aspetti, C. TESTARD, *Le droit souple, une "petite" source canalisée*, in *AJDA*, 2019, XVI, pp. 934-940.

grado di lasciar residuare anche dopo il loro annullamento⁴³¹. Quella caducatoria, in altri termini, è una forma di tutela che non sembra attagliarsi perfettamente ad atti che si fondano sulla persuasione indotta dall'autorevolezza del soggetto da cui promanano.

Da ultimo, va messo in evidenza il fatto che la continua ricerca di un criterio definitivo, atto ad offrire tutela giurisdizionale contro gli atti di regolazione flessibile conduce ad esiti antinomici rispetto alle premesse che hanno condotto il sistema giuridico verso l'utilizzo di queste fonti giuridiche atipiche.

La regolazione flessibile, infatti, ha fatto ingresso anche nell'ordinamento francese sotto un vessillo di maggiore morbidezza, informalità e praticità dell'attività amministrativa. Lo scopo perseguito tramite essa era quello di garantire alle autorità che ne avessero fatto utilizzo gli strumenti per un intervento rapido, poco invasivo (proprio perché gli atti non producono effetti giuridici vincolanti) ma, al contempo, efficace. L'assoggettamento degli atti di *soft law* al controllo giurisdizionale contraddice quest'impostazione originaria. È come se ci si trovasse di fronte ad un paradosso: un atto che dovrebbe garantire al soggetto pubblico un intervento più tenue e snello sulla realtà ed evitare il ricorso ai più ingombranti strumenti dell'*hard law* viene sottoposto, anch'esso, al controllo giurisdizionale al pari di questi ultimi. L'effetto, quindi, è quello dell'«indurimento» del diritto flessibile. Un effetto che, peraltro, come evidenziato in precedenza, non assicura comunque la certezza del diritto, stante la difficoltà di applicare alla *soft regulation* istituti nati e concepiti per atti dotati di efficacia vincolante. E la difficoltà è figlia del fatto che gli istituti della regolazione sono sorti al di fuori dell'ordinamento francese e, per questo, non facilmente conciliabili con i meccanismi di quest'ultimo.

Un ulteriore risultato cui conduce questo irrigidimento è il rafforzamento tra i destinatari dell'idea di una regolazione che, sebbene formalmente flessibile, è, nei fatti, dotata di grande efficacia. In altri termini, l'assoggettamento degli atti al controllo giudiziario concorre ad attribuire loro un carattere di autorevolezza ed apparente cogenza. Un carattere al quale, come si è visto, non corrisponde un adeguato sistema di tutela dinanzi al giudice.

⁴³¹ Per questi profili si rinvia a F. CHALTIEL, *Nouvelle extension de la justiciabilité du droit souple*, in *Petites Affiches*, 2019, 217, p. 4 ss. Più di recente, si vedano le riflessioni di D. DI FRANCESCO, *FAQ, droit souple et recours pour excès de pouvoir, la confirmation de l'ouverture du prétoire*, in *Dalloz Actualité*, XXI, 2023, che commenta la pronuncia C.E. 3 février 2023, n. 451052, sull'impugnabilità degli atti interpretativi emessi da un'autorità indipendente all'interno degli spazi domande-risposte messi a disposizione del pubblico. Sugli stessi temi si veda anche L. ALLEZARD, *La responsabilité du fait des actes de droit souple: impasse ou angle mort du contentieux administratif?* In *RFDA*, 2022, p. 259, che approfondisce i possibili profili di responsabilità civile del soggetto pubblico autore dell'atto di regolazione flessibile annullato in sede giurisdizionale.

CAPITOLO V

TECNICA, POLITICA E PARTECIPAZIONE. RIPENSARE I POTERI DELLE AAI ALLA LUCE DELLA LEGALITÀ AMMINISTRATIVA.

SOMMARIO: 5.1 Le correzioni necessarie al modello partecipativo attuale. - 5.2 – La legalità procedurale tra codecisione, autoregolazione e democrazia partecipativa. - 5.3 La partecipazione organica. Spunti da alcune esperienze francesi. - 5.4 Un tema annoso: la costituzionalizzazione delle AAI e del loro potere normativo. Poche luci e tante ombre. - 5.5 La reimpostazione dei rapporti tra tecnica e politica: l'unica via per il recupero della legalità. Riflessioni alla luce dell'attuale contesto politico- economico post-pandemico - 5.6 L'avvenire della *soft regulation*. Le forzature dell'ordinamento francese alla prova delle più recenti dinamiche del mercato globale.

5.1. Le correzioni necessarie al modello partecipativo attuale.

L'analisi che è stata condotta nel capitolo precedente ha cercato di far luce, tra le altre cose, su alcune delle più gravi criticità che l'attuale disciplina sul procedimento di regolazione delle autorità indipendenti denota.

Proprio questi aspetti problematici rendono doverosa per l'interprete la ricerca di possibili itinerari atti almeno a livellare l'attrito che l'esercizio di simili potestà normative genera con l'ordinamento amministrativo e costituzionale. Più in particolare, con il principio di legalità e con la coltre di democraticità di cui esso è ammantato.

Sebbene, infatti, si ritenga che l'attuale sistema incentrato sul modello statunitense del *notice and comment* risulti, di per sé, inadeguato ad assolvere le funzioni che gli si vorrebbero riconoscere, ciò non di meno l'intervento sulle principali disfunzioni di esso rappresenterebbe, quanto meno, un parziale miglioramento dello *status quo*. La proprietà democratiche della partecipazione, pur insufficienti, impongono comunque l'attuazione di una disciplina che sia effettivamente in grado di dar voce agli interessati, ove l'ordinamento intenda procedere sulla strada (qui considerata inappagante) della ricerca della legalità per via procedurale.

In primo luogo, per vero, l'aspetto maggiormente problematico del sistema delle AAI è dato dal fatto che quella sul loro procedimento è una "non disciplina", vista la già ricordata assenza di una normativa generale che detti almeno un insieme di principi generali attorno ai quali sviluppare la regolamentazione di dettaglio per ciascuna di esse.

L'emanazione con legge ordinaria di una norma generale di questa natura sarebbe fondamentale per la disciplina di alcuni profili-cardine del

procedimento, posto che attualmente l'unica normativa sul procedimento applicabile a tutte le AAI risulta essere quella della legge n. 241 del 1990.

I principi della nuova norma dovrebbero necessariamente riguardare un nucleo minimo di istituti.

La prima ragione per la quale si caldeggia questa prospettiva è che, in questo modo, si eviterebbe di lasciare alla libera decisione dell'autorità la scelta sull'emanazione di un regolamento interno contenente la disciplina del procedimento. La prima falla che la norma dovrebbe andare a colmare sarebbe quella dell'assenza di obbligatorietà nell'espletamento delle procedure consultive. Un limite di una certa consistenza per un istituto al quale la giurisprudenza maggioritaria affida il compito di rendere costituzionalmente legittima l'attività normativa delle autorità indipendenti.

La previsione di questo obbligo permetterebbe, perciò, quanto meno, di impostare il dibattito sull'idoneità delle procedure consultive a ripristinare i valori della legalità nell'ordinamento su basi solide e concrete. Si abbandonerebbe l'uso del periodo ipotetico della possibilità e si sposerebbe finalmente quello della realtà. Fino a questo momento, infatti, l'impressione è che i discorsi sulla partecipazione procedimentale e sui suoi valori in questo tipo di procedure si snodino su un sentiero evanescente⁴³². Perché, ammesso e non provato che essi siano davvero dotati delle proprietà legittimanti che alcuni riconoscono loro, la mancanza dell'obbligo di espletarle⁴³³ ne mina alla radice la credibilità⁴³⁴.

In secondo luogo, una disciplina nazionale di carattere generale dovrebbe individuare criteri oggettivi e ragionevoli per la selezione dei soggetti interessati da ammettere al procedimento.

Uno dei rischi maggiori che minacciano il corretto funzionamento delle citate procedure è, infatti, quello del loro intasamento. Se il numero di soggetti ammessi a partecipare è eccessivo, si fa concreto il pericolo dell'ossificazione del procedimento.

Questo, da un lato, compromette l'efficienza dell'attività delle AAI (dato particolarmente significativo se si considera che essa costituisce uno dei valori principali alla base dell'istituzione delle stesse autorità nell'ordinamento). Dall'altro, mette a repentaglio la trasparenza della procedura e riduce l'incidenza dell'apporto di ciascun partecipante sull'esito del procedimento. Questo perché, maggiore è il numero dei contributi ricevuti dall'*Authority*, minore è l'intelligibilità dell'attività da essa compiuta e minori sono le possibilità che i primi vengano effettivamente tenuti in

⁴³² Su questi aspetti si vedano anche le riflessioni di M. CONDORELLI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti come strumento di democrazia partecipativa: mito o realtà?* in *Jus Online*, 2020, II, p. 81 ss.

⁴³³ Questo, come visto, non vale per tutte le autorità indipendenti. Si è avuto modo di evidenziare che, ad esempio, la legge n. 262 del 2005, all'articolo 23, comma 2, prevede l'obbligatoria indizione delle procedure consultive da parte della Consob, della Banca d'Italia, dell'Ivass e della Covip.

⁴³⁴ Va detto che, comunque, anche nei casi in cui manca una norma che preveda l'obbligo di indizione di queste procedure, quasi tutte le AAI si sono dotate di regolamenti che prevedono (quanto meno in linea di principio) l'apertura delle procedure alla massima partecipazione dei soggetti interessati.

considerazione da parte del decisore. Quanto affermato trova conferma nel fatto che attualmente la maggior parte dei regolamenti adottati dalle singole autorità e pertinenti allo svolgimento delle consultazioni prevede che queste si svolgano per iscritto, tramite l'invio dei contributi e delle osservazioni all'indirizzo PEC da essi indicato⁴³⁵. È, altresì, generalmente previsto che l'autorità prenda in considerazione unicamente i commenti e le osservazioni che siano pertinenti con il testo del documento sottoposto a consultazione. Il filtro introdotto da questi regolamenti sulla selezione dei contributi da prendere in conto opera, quindi, *ex post*, ovvero quando la fase delle consultazioni si è già conclusa.

La conseguenza è che l'Amministrazione in alcuni casi riceve una quantità elevatissima di contributi che, per la maggior parte, non saranno letti o considerati.

Si tratta, quindi, di un sistema che, da un lato, aggrava enormemente il lavoro che deve essere espletato dai funzionari dell'autorità che indice la procedura e, dall'altro, frustra le aspettative di coinvolgimento e partecipazione dei soggetti effettivamente interessati, i cui apporti rischiano di non avere alcun tipo di rilievo⁴³⁶.

Ecco perché un correttivo auspicabile sarebbe la creazione di un sistema atto a favorire la selezione *ex ante* dei soggetti legittimati a partecipare alla consultazione.

A questo riguardo, può costituire un utile modello di riferimento quello attualmente in vigore per l'individuazione dei soggetti titolari di interessi collettivi legittimati a partecipare al procedimento amministrativo⁴³⁷.

Il riferimento è al sistema costruito dalla giurisprudenza a livello puramente interpretativo, attraverso l'elaborazione di una serie di criteri che integrano lo scarno disposto normativo della legge n. 241 del 1990, attuando, così, una logica selettiva. Esso, infatti, ruota intorno all'individuazione di criteri in base ai quali scrutinare l'effettiva rappresentatività dell'ente e, quindi, la sua legittimazione a prendere parte alla procedura⁴³⁸.

⁴³⁵ Emblematica, sul punto, la delibera Anac n. 135 del 28 marzo 2023 con cui è stato emanato il regolamento in materia di consultazioni, che all'art. 5, pur non facendo espresso riferimento alla forma scritta, lascia intendere che la partecipazione del pubblico avviene mediante la presentazione di osservazioni scritte.

⁴³⁶ Su questi aspetti si veda anche G. DE MINICO, *Indipendenza delle Autorità* cit., p. 8 ss.

⁴³⁷ Su questo punto sono di particolare interesse le osservazioni effettuate da ID., *Regole, comando* cit., p. 74 ss., che ritiene che in relazione all'attività di *rulemaking* debba incoraggiarsi la partecipazione dei soggetti titolari di situazioni riconducibili alla categoria dell'interesse diffuso. Secondo l'Autrice i settori in cui ha luogo la regolazione delle autorità indipendenti costituirebbero, anzi, il terreno di elezione per la maturazione di questi particolari interessi e per l'inizio del loro percorso verso la giuridicità. Ritiene, altresì, che i criteri per il riconoscimento dell'esponenzialità dei soggetti collettivi non dovrebbero essere troppo stringenti. Al contrario, andrebbe riservato alla stessa *Authority* un certo margine di discrezionalità, al fine di evitare l'ingessamento dei parametri adoperati.

⁴³⁸ Sul punto si veda M.C. ROMANO, *Interessi diffusi e intervento nel procedimento amministrativo*, in *Foro amm. CDS*, 2012, VI, p. 1702 ss., che cita, tra le altre, la sentenza Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3507, in www.giustizia-amministrativa.it.

L'adozione di siffatti criteri garantirebbe il duplice beneficio della ricezione di contributi unicamente da soggetti qualificati e capaci di rappresentare realmente gli interessi delle categorie coinvolte dalla regolazione e dello snellimento delle procedure, con conseguente miglioramento della qualità delle attività compiute e delle scelte regolatorie effettuate. Tutto questo, però, a patto di verificare che le stesse associazioni rappresentative ammesse a prender parte al procedimento siano ispirate, nella loro composizione e nel loro funzionamento, a moduli di carattere democratico⁴³⁹.

La sola formalizzazione di questi parametri non sarebbe, però, sufficiente ad assicurare la qualità, l'efficienza e la democraticità delle procedure se l'ordinamento non intervenisse anche ad arginare gli effetti prodotti dal divario di forza economica sussistente tra i soggetti che prendono parte al dialogo con l'autorità.

Uno dei rischi più grandi legati alla partecipazione ai procedimenti regolatori, come si è già avuto modo di illustrare, è quello della cattura del regolatore da parte dei regolati più forti o, comunque, quello della maggiore capacità di questi ultimi di influire sul contenuto delle scelte dell'autorità rispetto alle associazioni meno strutturate⁴⁴⁰. Se i procedimenti si svolgono sulla base di dinamiche disciplinate in modo eccessivamente vago, il terreno per lo sviluppo di relazioni oscure tra chi pone le regole e chi ne è destinatario diventa particolarmente fertile.

Ecco perché sarebbe auspicabile l'adozione di opportune precauzioni per scongiurare o, almeno, ridurre questi rischi. Tra di esse, potrebbe rivelarsi utile l'impostazione di un contraddittorio prettamente orale e contestuale tra tutte le parti interessate ed ammesse alla partecipazione, accompagnato dalla registrazione per iscritto degli interventi avvenuti durante ciascuno degli incontri. In questo modo sarebbero di certo limitate le possibilità per le parti più attrezzate di beneficiare di canali privilegiati e non trasparenti di contatto e dialogo con il decisore⁴⁴¹. E ciò è maggiormente importante se si considera che nell'ordinamento italiano non esiste ancora una disciplina generale in materia di *lobbying*⁴⁴².

⁴³⁹ Aspetto sottolineato, seppur in relazione ad un tema diverso, anche da E. DE MARCO, *La "negoziiazione legislativa"*, Cedam, Padova, 1984, p. 120.

⁴⁴⁰ Il che avviene soprattutto attraverso forme di pressione e di influenza che si svolgono con modalità informali ed oscure, delle quali non è possibile al momento tenere traccia. Il tema è particolarmente caro alla letteratura statunitense, che si è fortemente interessata ad esso. Sul punto si rimanda, *ex multis*, alla lettura di D.B. SPENCE, *Administrative law and agency policymaking: rethinking the positive theory of political control*, in *Yale jour. on reg.*, 1997, XIV, p. 405 ss.

⁴⁴¹ Tenuto conto del fatto che i regolamenti interni delle stesse autorità, come evidenziato precedentemente, spesso prevedono la possibilità di condurre consultazioni ristrette o riservate.

⁴⁴² Per un approfondimento sul tema si rimanda a R. DI MARIA, *Rappresentanza politica e lobbying: teoria e normativa. Tipicità e interferenze del modello statunitense*, Franco Angeli, Milano, 2013; e a E. CARLONI, *Regolazione del lobbying e politiche anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, II, p. 371 ss. Per quanto concerne l'esperienza americana, si veda D. NELSON – S. WEBB YACKEE, *Lobbying Coalitions and Government Policy Change: An Analysis of Federal Agency Rulemaking*, in *The Journal of Politics*, 2012, II, p. 339 ss., che mettono in evidenza, in particolare, attraverso un'analisi statistica accurata, quanto l'attività di *lobbying* dei gruppi di interesse sia in grado di incidere sui contenuti dell'attività regolatoria delle Agenzie federali statunitensi, soprattutto

A completamento di quanto da ultimo affermato, occorrerebbe stabilire un obbligo di motivazione puntuale in capo all'autorità decidente, superando, così, l'attuale orientamento giurisprudenziale, assestato sulla sufficienza della relazione sintetica.

L'introduzione di questo vincolo produrrebbe un duplice effetto positivo.

Da un lato, opererebbe in funzione preventiva delle dinamiche poco trasparenti alle quali si è da ultimo fatto riferimento, poiché l'autorità sarebbe tenuta a giustificare la scelta compiuta sulla base delle risultanze emerse durante le formali consultazioni, non potendo addurre a fondamento della decisione alcun argomento che non sia stato oggetto di discussione tra gli interessati. Dall'altro, il rafforzamento dell'obbligo motivazionale si convertirebbe nel riconoscimento di un valore effettivo agli apporti partecipativi dei privati, configurandosi come un fondamentale corollario dei criteri atti ad individuare i soggetti legittimati a prender parte al procedimento. La maggiore selettività dei soggetti acquista, infatti, realmente senso solo se ad essa si accompagna anche la garanzia di una maggiore qualità della decisione quanto a trasparenza e ad attuazione del contraddittorio.

Una disciplina nazionale che ponga regole generali sui profili evidenziati rappresenta, pertanto, un passaggio obbligato per dare alle teorie della legittimazione democratica dal basso, quanto meno, quel carattere di concretezza e di realtà che fino ad oggi è mancato.

L'analisi svolta fino a questo momento, tuttavia, ha messo in evidenza che la partecipazione procedimentale attuata mediante lo schema del *notice and comment* non è in grado di assolvere efficacemente quella funzione di democratizzazione dell'azione amministrativa che è tipica del principio di legalità, posto che essa non riesce a dare luogo a quell'effetto di conformazione del potere caratteristico dell'atto legislativo.

Proprio per questi motivi, nel presente capitolo si cercherà di esplorare nuove strade da percorrere nel processo evolutivo della funzione della potestà normativa delle autorità indipendenti nell'ordinamento italiano.

5.2. *La legalità procedurale tra codecisione, autoregolazione e democrazia partecipativa.*

Il principale limite di ordine concettuale che è stato messo in evidenza in relazione al procedimento, inteso quale strumento di legittimazione dal basso dell'attività normativa delle AAI, risiede nel fatto che esso non è in grado di assicurare le stesse garanzie democratiche proprie della legalità sostanziale. In particolare, la partecipazione attuata mediante il modello del

nella fase di "*preproposal*", ovvero quella che precede la stessa proposta regolatoria ed è effettuata con il fine di giungere ad una sua migliore definizione.

notice and comment non influisce sulla paternità dell'atto adottato, che permane in capo alla sola autorità. Nel procedimento, i soggetti interessati rivestono un mero ruolo di interventori⁴⁴³, poiché sono chiamati ad esprimersi su un testo elaborato (salvo eccezioni⁴⁴⁴) da altri ed ancora potenzialmente soggetto a successive modifiche (non necessariamente motivate) dopo l'espletamento delle procedure consultive.

Questo porta ad interrogarsi sulla possibilità e sulla congruenza del ricorso ad istituti differenti, che possano, cioè, permettere il superamento di questi limiti e realizzare una forma di decisione pienamente democratica. Si tratta, in altri termini, di compiere un ulteriore passo in avanti nel processo di graduale apertura dell'Amministrazione alla partecipazione dei privati⁴⁴⁵. Solo in questo modo (volendo procedere sulla strada della procedimentalizzazione quale antidoto alla povertà contenutistica della legge) l'azione normativa dei soggetti pubblici qui considerati potrebbe ritenersi davvero compatibile con l'impianto costituzionale.

Ed il percorso che sembra poter consentire il raggiungimento di questi obiettivi è quello che porta alla codecisione. Ovvero, ad una decisione che sia il frutto della concertazione tra le parti sociali interessate e l'autorità⁴⁴⁶ e, quindi, figlia della loro attività. Si ritiene, infatti, che solo in questo modo quel nucleo di democraticità che costituisce il cuore del principio di legalità potrebbe essere conservato, sebbene con forme differenti da quelle tradizionali.

A questo proposito, interessanti spunti di riflessione provengono dal già citato modello statunitense del *Negotiated Rulemaking*, disciplinato con il *Negotiated Rulemaking Act* del 1990⁴⁴⁷.

Si tratta, come già anticipato⁴⁴⁸, di un procedimento regolatorio alternativo e cronologicamente successivo a quello disciplinato con l'*APA* del 1946. Differentemente da quanto previsto da quest'ultimo, ancora imperniato sul mantenimento di una veste autoritativa in capo al soggetto

⁴⁴³ Questi profili sono analizzati anche da V. VITI, *Carattere partecipato dell'attività regolativa delle Authorities* cit., p. 89, che si concentra sulle modalità di produzione degli atti normativi delle autorità indipendenti e sulla possibilità di ritenerli frutto di una negoziazione tra il soggetto pubblico e le parti intervenienti nella procedura.

⁴⁴⁴ Il riferimento è, in particolare, all'articolo 5, comma 2, del Regolamento Consob in materia di consultazioni, che ammette la possibilità di una consultazione degli *stakeholders* già prima della diffusione della proposta di atto normativo per l'avvio delle consultazioni.

⁴⁴⁵ Sulla trasformazione dell'Amministrazione in senso partecipativo nel corso degli ultimi trent'anni si veda G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 99 ss.

⁴⁴⁶ Cfr., sul punto, R. MANFRELOTTO, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 124, secondo il quale: «Essa richiede, altresì, che l'autorità stessa operi su un piano di tendenziale parità, che non imponga le proprie decisioni ma si proponga, piuttosto, come un momento di garanzia del confronto sociale, che deve essere, semmai, valutato secondo il "peso" che l'ordinamento ritenga, in ipotesi, di attribuire a taluni interessi indipendentemente dal loro radicamento nel mercato».

⁴⁴⁷ Per un approfondimento sul tema e, in particolare, anche sulle ragioni storico-giuridiche che hanno determinato la sua comparsa nell'ordinamento degli Stati Uniti, si veda C. COGLIANESE, *Assessing Consensus* cit., p. 1255 ss.

⁴⁴⁸ Si rinvia a *supra*, Capitolo II, paragrafo § 2.1.

regolatore, la, così detta, “Reg.-Neg.⁴⁴⁹” si fonda sull’assunzione di un ruolo nuovo da parte dell’*Authority*. Quest’ultima abbandona la propria posizione sovraordinata all’interno del procedimento ed assume il ruolo di mediatrice tra contrapposti poli di interesse, mettendosi, così, su un piano equiordinato rispetto a quello dei soggetti privati ammessi a partecipare alla procedura. Non si tratta più, quindi, di una vera e propria autorità, ma più propriamente di un soggetto che svolge funzioni arbitrali, volte ad agevolare il confronto dialettico tra i diversi interessi privati.

L’altra grande novità introdotta dal modello (complementare a quella poc’anzi esposta) risiede nella partecipazione dei soggetti portatori di interesse alla stessa predisposizione del contenuto dell’atto che sarà, poi, sottoposto a consultazione (tra i medesimi partecipanti). La disciplina prevede, infatti, la formazione in seno all’*Authority* di un comitato composto da un numero di membri che rappresenti adeguatamente tutte le parti interessate ed ammesse a partecipare, chiamato a predisporre la proposta di atto normativo in relazione alle materie ed ai profili definiti *ex ante* di concerto dall’autorità e dagli stessi portatori di interesse.

In questo scenario, quindi, gli *stakeholders* rappresentati all’interno del comitato assumono un ruolo attivo nella definizione dei contenuti della scelta normativa. Prendono parte al procedimento fin dal suo momento genetico⁴⁵⁰. Non si tratta qui di una semplice attività di intervento su un atto predisposto unilateralmente da altri. L’atto nasce e viene delineato dal confronto contestuale e paritario tra i soggetti ammessi al procedimento.

Ma il dato più straordinario e che manifesta, più di ogni altro, la distanza tra questo modello e quello dell’*APA* è che non si assiste semplicemente al riconoscimento di una maggiore incisività dei contributi dei privati sulla scelta effettuata dal soggetto pubblico. L’istituto in parola si spinge ben al di là di questo, poiché identifica i portatori di interesse con i veri e propri autori dell’atto. Sono questi soggetti che, attraverso la dialettica della procedura, giungono ad una decisione negoziata del suo contenuto.

La procedura così delineata consente anche il superamento di uno degli altri grandi limiti della disciplina dell’*APA*, quello legato all’ignoranza di ciascun partecipante, durante il procedimento, del contenuto delle osservazioni e dei commenti presentati dagli altri, la pubblicazione dei quali ha normalmente luogo solo al termine del periodo delle consultazioni⁴⁵¹. Con il nuovo procedimento, l’informazione diviene circolare ed il confronto diretto ed orale tra le parti costituisce la regola. Ogni interessato (o il suo rappresentante) è messo nelle condizioni di conoscere immediatamente le osservazioni effettuate dagli altri e, ove lo ritenga opportuno, di controargomentare.

⁴⁴⁹ L’espressione è utilizzata, tra gli altri, da R. STEINZOR – S. STRAUSS, *Building a Consensus: Agencies Stressing 'Reg Neg' Approach*, in *Legal Times*, 1987, III, p. 16 ss.

⁴⁵⁰ Per un approfondimento analitico sulle varie fasi in cui si articola il procedimento disciplinato dal *Regulatory Negotiation Act*, si veda G.P. MANZELLA, *Brevi cenni sulla Regulatory Negotiation* cit., p. 281 ss.

⁴⁵¹ Un aspetto critico sottolineato a più riprese da G. DE MINICO, *Regole, comando* cit., p. 78 ss.

Si tratta, pertanto, di un procedimento che spesso sfocia nella decisione concertata tra i soggetti partecipanti, rispetto alla quale l'autorità assolve unicamente una funzione di arbitraggio e controllo del corretto svolgimento delle trattative. In questo modo, sembra che si possa ritenere recuperato quel valore di democraticità della regola che, invece, sbiadisce enormemente nei procedimenti che applicano il modello del *notice and comment*⁴⁵².

La democraticità, naturalmente, viene realizzata secondo un modulo differente rispetto a quello che fa perno sul principio di legalità. Il modello rappresentativo viene sostituito da una forma di più diretto coinvolgimento dei destinatari della regolazione (seppur sempre attraverso la nomina di soggetti con funzioni rappresentative all'interno del comitato istituito in seno all'autorità). Ciò che rileva, in ogni caso, è la partecipazione dei soggetti alla genesi della norma, che, ove realizzata secondo modalità che assicurino effettivamente l'equa rappresentanza di tutti i potenziali interessati, garantisce la successiva democraticità dell'azione del soggetto pubblico. È una diversa modalità di intervento sulla realtà giuridica: all'unilaterale perseguimento dell'interesse pubblico da parte dell'autorità amministrativa si sostituisce la concertazione tra i privati, volta alla realizzazione equilibrata dei diversi interessi che fanno loro capo⁴⁵³.

Questo, allora, consente di ritenere accettabile il difetto di specificità e la vaghezza delle norme attributive del potere normativo alle AAI. La mancanza di indicazioni da parte della legge (atto che rappresenta per antonomasia il frutto del confronto tra le varie forze politiche a livello istituzionale) è compensata dalla definizione del contenuto delle regole a valle, attraverso il dialogo paritario tra tutti gli interessati. Un dialogo che, questa volta, ha ad oggetto l'effettiva creazione della regola.

Ecco che, così, la partecipazione sembra andare a rimescolare i rapporti di peso tra le funzioni che essa incarna, con un netto spostamento del proprio baricentro verso quella democratica, a scapito di quella collaborativa che, invece, la connota in modo prevalente nell'ambito delle procedure di *notice and comment*.

La soluzione messa a punto nell'ordinamento statunitense non pare, in astratto, eccentrica rispetto ai caratteri di un ordinamento, come quello italiano, che, dopo un dibattito cominciato decenni addietro in sede dottrinale e seguito da alcuni flebili tentativi di maggiore coinvolgimento della cittadinanza nell'esercizio delle funzioni amministrative⁴⁵⁴, oggi ha già

⁴⁵² Uno dei principali promotori della *Regulatory Negotiation* metteva in evidenza che il fallimento del sistema regolatorio vigente fino a quel momento era rappresentato proprio dal fatto di aver creato una forma di regolazione avente ad oggetto temi e questioni di ordine politico, senza aver provveduto a disciplinarlo in modo veramente democratico. Il riferimento è a P.J. HARTER, *Negotiating Regulations* cit., p. 16 ss.

⁴⁵³ Cfr. R. MANFRELLOTTI, *op. ult. cit.*, p. 124 ss.

⁴⁵⁴ Alla sperimentazione di nuove forme di controllo democratico sull'Amministrazione attraverso strumenti di tipo partecipativo, per esempio, faceva già riferimento L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico* cit., p. 155. Di grande interesse anche lo studio di E. DE MARCO, *La "negoziatazione legislativa"* cit., p. che effettua un'interessante indagine comparata tra i diversi strumenti di democrazia partecipativa applicati

iniziato a sperimentare con più convinzione l'utilizzo di istituti di democrazia partecipativa⁴⁵⁵. Questi ultimi, pur caratterizzandosi diversamente rispetto alla soluzione statunitense appena prospettata, non di meno fanno applicazione dei medesimi principi di democraticità e diretto coinvolgimento dei cittadini nell'assunzione delle pubbliche decisioni⁴⁵⁶.

Attualmente la legislazione italiana offre qualche interessante esempio di democrazia partecipativa a livello sia statale che regionale.

Per quanto riguarda la dimensione statale, una delle novità più significative è certamente rappresentata dall'istituto del dibattito pubblico, ora disciplinato all'interno dell'articolo 40 del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (che ha sostituito il previgente art. 22 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50⁴⁵⁷). Lo strumento ha dato finalmente attuazione alla Convenzione di Aarhus anche nell'ordinamento italiano, in quanto costituisce una forma di dibattito e di discussione tra i soggetti pubblici e privati interessati sulla realizzazione delle grandi opere in grado di avere un impatto sul paesaggio, sul territorio, sull'ambiente e, in generale, sul contesto socioeconomico⁴⁵⁸.

A livello regionale, sono significative in questo senso le esperienze della Regione Puglia e della Regione Toscana, che hanno proceduto alla sperimentazione di nuove vie verso l'attuazione della democrazia in senso procedurale attraverso, rispettivamente, le leggi 13 luglio 2017, n. 28, e la legge 2 agosto 2013, n. 46⁴⁵⁹, anch'esse intervenute prevalentemente sul versante della realizzazione delle grandi opere.

all'attività propriamente legislativa degli organi costituzionali ed attuati nei vari ordinamenti, sottolineando l'apprezzabile stadio evolutivo di quelli propri del sistema statunitense.

⁴⁵⁵ Per un inquadramento dogmatico generale del concetto di democrazia partecipativa si rimanda a U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, IV, p. 789 ss., il quale fa luce, peraltro, sul fatto che gli strumenti della democrazia partecipativa non rappresentano un surrogato della rappresentanza politica. Svolgono, invece, una funzione di maggiore democratizzazione dell'ordinamento, che lo arricchisce di strumenti e soluzioni nuove, senza mettere in discussione le vecchie. Con eguale chiarezza, viene, poi, evidenziato che la partecipazione democratica così realizzata a livello procedimentale non si traduce in una forma di codecisione. Non si tratta, cioè, di forme di negoziazione del contenuto dell'atto che esprime il potere pubblico. Deve trattarsi, però, di moduli che riconoscano al pubblico e alle varie sue componenti un'incidenza effettiva sui contenuti della decisione, un dialogo ed un confronto che abbiano risvolti tangibili sulla scelta adottata. Un accostamento tra le procedure partecipative attuate in relazione alla funzione regolatoria delle autorità indipendenti e gli istituti della democrazia partecipativa si ritrova anche in E. D'ORLANDO, *Politica e tecnica nella produzione normativa*, in *DPCE online*, numero speciale, 2021, p. 40.

⁴⁵⁶ Si veda U. ALLEGRETTI, *Qualche avanzamento sulla via della democrazia partecipativa: riflessioni su alcune leggi regionali e una sentenza della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2019, II, p. 393, che, leggendo congiuntamente gli articoli 1 e 3, comma 2, della Costituzione, afferma che il nostro ordinamento accoglie tanto il modello della democrazia rappresentativa quanto quello della democrazia partecipativa.

⁴⁵⁷ Per un commento dell'istituto e della sua rilevanza proprio nell'ottica della democrazia partecipativa all'interno dell'ordinamento si rimanda a U. ALLEGRETTI, *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere*, in *AIC*, III, 2018, p. 462 ss.

⁴⁵⁸ Cfr., nuovamente, ID., *Qualche avanzamento cit.*, p. 390.

⁴⁵⁹ Per un approfondimento dei contenuti delle due norme, anche in relazione alla pronuncia della Corte Costituzionale del 14 dicembre 2018, n. 235, si rimanda nuovamente a ID., *Qualche avanzamento sulla via della democrazia cit.*, p. 392 ss. In particolare, l'Autore mette in evidenza come entrambi gli interventi normativi configurino quello alla partecipazione ai processi decisionali pubblici come un vero e proprio diritto soggettivo del cittadino. È significativo notare, peraltro, che queste esperienze condividono con

Tutte queste realtà, peraltro, hanno chiaramente subito l'influenza positiva delle esperienze di democrazia partecipativa già maturate da oltre trent'anni nell'ordinamento francese⁴⁶⁰. Il riferimento è, in particolare, all'istituto del *Débat Public*, introdotto in Francia nel 1995 dalla legge “*Barnier*”⁴⁶¹, anch'esso utilizzato in materia di progettazione di grandi opere pubbliche e finalizzato a favorire il confronto con le collettività locali più direttamente coinvolte dall'intervento sul territorio.

Più di recente, l'ordinamento francese si è anche spinto oltre, dando attuazione ad un congegno finalizzato a stimolare l'intervento e la discussione di tutti i membri della cittadinanza, al di fuori del singolo procedimento amministrativo e con funzione propulsiva per il varo di un pacchetto di riforme. L'istituto, noto con il nome di *Grand Débat National*, è stato, in particolare, impiegato per far fronte ad una specifica situazione emergenziale⁴⁶², nel tentativo di giungere ad un arricchimento del patrimonio conoscitivo del decisore pubblico e ad un migliore coinvolgimento della cittadinanza anche nell'adozione di decisioni propriamente politiche. In particolare, le proposte di quest'ultima avrebbero dovuto fungere da sprone e da scintilla di accensione per una serie di riforme a livello ordinamentale che fossero fondate sugli effettivi bisogni dei consociati⁴⁶³.

quella della partecipazione in seno ai processi decisionali delle autorità indipendenti non solo l'ottimismo verso forme di coinvolgimento degli attori sociali e la realizzazione di obiettivi di cittadinanza attiva, ma anche il timore per le possibili distorsioni cui queste procedure possono andare incontro. Prima tra tutte la prevaricazione degli interessi meglio organizzati e strutturati su quelli facenti capo a singoli o a realtà associative minori.

⁴⁶⁰ Si veda sul punto T. BERTAND – G. MARGUIN, *La notion de participation à l'aune de la protection de l'environnement et de la procédure du débat public*, in *Revue juridique de l'environnement*, 2017, III, p. 457 ss. Per un'analisi attenta anche ai profili più problematici della partecipazione del pubblico e agli orientamenti dominanti in seno alla giurisprudenza, si rimanda a C. TESTARD, *Pour une sanctuarisation du traitement contentieux de la participation du public*, in *Droit Administratif*, 2020, VII, p. 21 ss.

⁴⁶¹ L'istituto menzionato, tuttavia, non rappresenta l'unico ad aver svolto questa funzione di rafforzamento della democraticità delle decisioni pubbliche, tenuto conto anche del fatto che nell'ordinamento francese il dibattito scientifico sul punto aveva già raggiunto un notevole grado di complessità e consapevolezza negli anni '60 e '70. Già nel corso degli anni '70, per esempio, erano stati istituiti sia presso le Amministrazioni statali che presso quelle locali i comitati dei consumatori, con precise funzioni consultive. Successivamente, nel 2010, è stato, invece, introdotto quello dell'*enquête publique*, nell'ambito delle procedure di esproprio. Si veda C. BOVA, *Gli istituti del débat public e dell'enquête publique nell'ordinamento giuridico francese*, in G. C. DE MARTIN - D. BOLOGNINO (a cura di), *Democrazia partecipativa e nuove frontiere della cittadinanza*, Cedam, Padova, 2010, p. 211 ss.; Per un migliore approfondimento delle varie forme di democrazia partecipativa conosciute dall'ordinamento francese negli ultimi decenni, si rimanda, invece, a M. LE CLANICHE, *L'amministrazione consultiva, élément constitutif ou substitutif de la démocratie administrative?* in *RFDA*, 2011, I, p. 39 ss.; e a J.P. GAUDIN, *La démocratie participative*, Armand Colin, Paris, 2007. Sulla democrazia partecipativa applicata al modello delle amministrazioni indipendenti si veda J.J. MENEURET, *Autorités administratives indépendantes (AAI) et démocratie participative : quel(s) modèle(s) ?*, in AA.VV., *Le juge et les nouvelles formes de démocratie participative*, ESI, Verona, 2018.

⁴⁶² Il riferimento è alle proteste dei, così detti, *gilets jaunes*, avvenute nel corso del 2019.

⁴⁶³ A questo riguardo, si veda P. PICCIACCHIA, *La ricerca dell'incerta sintesi tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa. Riflessioni a margine del Grand Débat National*, in *DPCE online*, 2020, III, p. 3193 ss., che compie anche un'acuta riflessione sulle potenzialità dello strumento e sui limiti che reca con sé in base alla sua attuale configurazione. Questi ultimi legati, in particolare, ai rischi di insufficiente capacità condizionante dei contributi offerti dalla cittadinanza rispetto alla decisione finale.

Una strada come quella rappresentata dalla “Reg-Neg” non appare, quindi, affatto distonica rispetto a queste esperienze di diretto coinvolgimento dei consociati nella gestione della cosa pubblica. Queste si fondano sulla constatazione dell’inadeguatezza della democrazia rappresentativa ad esprimere, essa sola, in modo sufficiente le istanze e i bisogni di una società sempre più complessa e variegata nella sua composizione e nei suoi interessi⁴⁶⁴. Si tratta, cioè, di istituti che prendono atto del fatto che la richiesta di maggiore protagonismo della società e dei suoi componenti (sia a livello propriamente politico che a livello amministrativo) non può più trovare tutte le sue risposte nei canali tradizionali della democrazia, ma necessita di nuove forme espressive, che garantiscano a questi ultimi più immediati strumenti per far sentire la propria voce⁴⁶⁵.

Sono, quindi, realtà in cui la partecipazione fuoriesce dal guscio della funzione meramente collaborativa ed integrativa delle conoscenze del decisore pubblico per restituire al cittadino, come singolo e come membro delle formazioni sociali all’interno delle quali egli esercita i suoi diritti, un ruolo di primo piano nella vita dell’ordinamento.

Se, allora, l’epoca che ha conosciuto la comparsa delle autorità indipendenti nell’ordinamento non rivelava ancora probabilmente la maturità necessaria per l’avvio di queste nuove formule democratiche, il periodo attuale sembra, invece, poter essere pronto alla loro sperimentazione⁴⁶⁶.

Queste più recenti esperienze, peraltro, sembrerebbero dare nuova linfa alle teorie dottrinali che già da tempo vedevano nelle autorità indipendenti soggetti in grado di costituire un nuovo ponte di raccordo tra la società e le istituzioni. Questi Autori⁴⁶⁷, infatti, erano persuasi del fatto

⁴⁶⁴ Sulla crisi che il sistema della democrazia rappresentativa sta vivendo attualmente si vedano le riflessioni di ID., *op. cit.*, p. 3195 ss.

⁴⁶⁵ Questo anche alla luce di un contesto politico che negli ultimi trent’anni è stato caratterizzato dallo sgretolamento delle vecchie ideologie e dalla crisi del sistema partitico di massa, dallo smembramento e dalla atomizzazione di una cittadinanza che non sembra più in grado di riconoscersi e di coagularsi attorno a determinati ideali e a chiare visioni del mondo e della società. Su questi temi si rimanda alle interessanti considerazioni di W. TOCCI, *Dal troppo al niente della mediazione politica*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, II, p. 31 ss.; e di A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?* in *Quaderni costituzionali*, 2008, IV, p. 870 ss.

⁴⁶⁶ Non mancano, comunque, in dottrina voci più scettiche circa la reale capacità delle teorie della democrazia deliberativa a tradursi in istituti in grado di funzionare e di adattarsi perfettamente alla realtà, soprattutto per il loro scarso pragmatismo e per le pretese universalizzanti. Sul punto di veda R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e principio di realtà*, in *Federalismi.it*, 2017, I, p. 6 ss., che, dopo aver fatto luce sugli aspetti propri delle teorie di democrazia deliberativa (che troverebbero negli istituti della democrazia partecipativa una delle loro concrete implementazioni nell’ambito del diritto amministrativo) che si scontrano con il dato reale dei moderni ordinamenti costituzionali, ne suggerisce una lettura come strumenti per la misurazione dell’attuale grado di rispondenza degli istituti della democrazia diretta e rappresentativa a un ideale normativo in materia di decisioni pubbliche, piuttosto che come moduli concretamente e direttamente applicabili alla realtà.

⁴⁶⁷ Tra di essi vanno ricordati, in particolare, i lavori di A. PREDIERI, *L’erompere delle Autorità* cit. p. 51 ss., M. MANETTI, *Poteri neutrali* cit., p. 212 ss.; e S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione* cit., p. 273 ss. Più di recente è ritornata sul tema M. MANETTI, *I regolamenti delle Autorità Indipendenti*, in M. SICLARI, *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Napoli, 2012, p. 279 ss. L’Autrice, pur

che proprio le *Authorities*, in ragione del collegamento che tramite quegli (ancora acerbi) strumenti di partecipazione erano in grado di realizzare con la società e le sue formazioni sociali, potessero costituire un nuovo modo di esercitare il potere politico in alcuni determinati ambiti, fondato sulla partecipazione diretta e sul ridimensionamento del ruolo della rappresentanza politica. Un nuovo modo, quindi, anche per dare attuazione all'articolo 3, comma 2, della Costituzione e ai diritti partecipativi che esso riconosce ai consociati (diritti che, appunto, oggi più che mai sentirebbero il bisogno di esprimersi secondo forme differenti da quella della rappresentanza).

Ma il modello della *Regulatory Negotiation* è davvero applicabile nell'ordinamento italiano all'attività normativa delle autorità indipendenti?

Per rispondere adeguatamente a questo interrogativo occorre soffermarsi su due profili.

Il primo attiene all'effettiva funzione degli istituti di democrazia partecipativa fino ad ora sperimentati nell'ordinamento italiano. Il secondo, invece, pertiene alle funzioni che l'ordinamento ha accordato alle autorità indipendenti e agli obiettivi che si è inteso perseguire tramite la loro azione.

Con riferimento al primo profilo, è il caso di sottolineare che il concetto stesso di democrazia partecipativa allude a nuovi percorsi per l'attuazione del principio di democraticità all'interno dell'ordinamento, che riposano sul diretto coinvolgimento dei membri della comunità nell'adozione delle decisioni pubbliche di carattere generale. Si tratta, quindi, del superamento della logica partecipativa affermatasi fino ad oggi⁴⁶⁸ (e formalizzata definitivamente all'interno della legge sul procedimento amministrativo del 1990), secondo la quale si sarebbe dovuta riconoscere voce all'interno dei procedimenti soltanto ai soggetti titolari di posizioni qualificate dal fatto di poter essere incise dal provvedimento finale. È un primo approdo verso forme di coinvolgimento della cittadinanza di carattere più forte, meno vincolate alle contingenze del singolo procedimento.

Ma, per quanto votata all'ampliamento del coinvolgimento dei consociati nei procedimenti di adozione dei provvedimenti di carattere generale che riguardano la comunità (locale o nazionale), la democrazia partecipativa e gli istituti che ne fanno applicazione mantengono una natura

allontanandosi, in questa fase, dalle teorie dottrinali che pretenderebbero di fondare il modello delle autorità indipendenti sui principi autonomistici di valorizzazione della partecipazione dal basso delle categorie sociali, conferma la propria posizione di fiducia nel ruolo delle garanzie partecipative quale istituto in grado di compensare (almeno parzialmente e secondo le modalità che traspaiono dall'articolo 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262) le carenze contenutistiche della norma attributiva del potere, in termini di bilanciamento tra i valori e gli interessi in gioco.

⁴⁶⁸ Cfr. U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista AIC*, 2011, I, p. 2, che fa riferimento al fatto che la democrazia partecipativa rappresenta «un salto di qualità rispetto alle semplici pratiche partecipative».

complementare e non sostitutiva dei meccanismi della rappresentanza politica⁴⁶⁹.

Ciò significa che questi strumenti conservano comunque una funzione di completamento delle garanzie democratiche assicurate dal confronto dialettico tra i rappresentanti della comunità all'interno delle assemblee rappresentative. Non si tratta di un impianto che mira alla sostituzione della decisione diretta dei governati a quella dei rappresentanti. Al contrario, molto di rado la partecipazione dei consociati ai procedimenti per l'adozione di atti di carattere generale si traduce in forme di diretto coinvolgimento nella fase decisoria⁴⁷⁰. Di norma, anzi, pur articolati in modo tale da esercitare un concreto condizionamento sul contenuto della decisione finale, questi interventi si concludono prima che la fase decisoria vera e propria abbia inizio.

Quanto affermato fa capire che, quindi, pur assistendosi ad un'evoluzione dell'ordinamento quanto a sperimentazione di nuovi istituti capaci di condurre ad una sua maggiore democratizzazione, anche in attuazione del dettato costituzionale, per il momento non si è ancora raggiunto un livello tale da tradursi nella diffusione di moduli di codecisione, né, tantomeno, nella vera e propria autoregolamentazione⁴⁷¹. Per di più, il ricorso agli strumenti della democrazia partecipativa ha interessato quasi esclusivamente i procedimenti amministrativi finalizzati all'adozione di atti generali. È minore il loro impiego nell'ambito di processi decisori di natura più squisitamente politica. È, cioè, eufemisticamente infrequente che tali istituti si traducano in forme di negoziazione normativa⁴⁷² tra il soggetto pubblico e le parti sociali.

Ciò implica, conseguentemente, che l'attuazione di questi strumenti non determina il superamento della necessità di un solido impianto normativo a monte che disciplini adeguatamente il potere dell'autorità competente.

Tuttavia, l'impiego degli istituti in parola nell'ambito di procedimenti di natura prettamente amministrativa, se da un lato è prova di una certa tendenza attualmente in atto nell'ordinamento italiano (e della maturità che

⁴⁶⁹ Questa conclusione emerge anche dalle riflessioni di L.A. NOCERA – A. FIORENTINO, *Declinazioni innovative della democrazia partecipativa e integrazione dei gruppi deboli: riflessioni comparate e conclusive*, in *DPCE online*, II, 2023, p. 1957 ss.

⁴⁷⁰ Sul punto si veda nuovamente IDEM, *op. ult. cit.*, p. 10 ss., che afferma che anche nelle esperienze di altri ordinamenti i casi di codecisione o di vincolatività degli orientamenti emersi in fase procedimentale e provenienti dalla società sono molto rari ed afferiscono, per lo più, a procedimenti riguardanti progetti di modeste dimensioni.

⁴⁷¹ Il riferimento è all'autoregolamentazione posta in essere autonomamente dalle categorie di soggetti privati e che non presuppone il successivo controllo pubblicistico.

⁴⁷² Di particolare interesse su questi temi E. DE MARCO, *op. cit.*, p. 99 ss., che riconosce la non incompatibilità di strumenti di negoziazione legislativa con il dettato costituzionale, attraverso l'attenta analisi di quest'ultimo e l'individuazione di tutte le norme contenute all'interno della Carta Fondamentale che, addirittura, presupporrebbero lo svolgimento di una siffatta negoziazione. Si tratta di istituti che si fondano sulla cooperazione tra i membri della società e le istituzioni costituzionali detentrici del potere legislativo.

l'evoluzione di questi strumenti ha raggiunto), dall'altro non precluderebbe in astratto la possibilità di fare ricorso a moduli partecipativi fondati sulla codecisione nell'ambito di procedimenti deputati all'adozione di atti normativi. Ben potrebbe proprio il sistema della normazione per autorità indipendenti costituire il "laboratorio" per una più convinta sperimentazione di questi nuovi criteri decisionali.

Questa constatazione non è, pertanto, decisiva ai fini della risposta all'interrogativo di partenza.

La questione che si deve affrontare è, piuttosto, se modalità siffatte di elaborazione della norma si attagliano bene al ruolo delle autorità indipendenti, tenuto conto della *mission* della quale sono investite. Ci si deve chiedere, in altri termini, se questo modo di produrre il diritto, che appare in linea con le attuali strategie di *governance* e di politica reticolare che si stanno diffondendo a livello globale⁴⁷³, sia coerente con la posizione istituzionale che l'ordinamento è sempre sembrato voler riconoscere alle AAI.

Per rispondere al quesito occorre fare un passo indietro, e ritornare brevemente alla questione dell'inquadramento del ruolo delle *Authorities* nell'ordinamento.

È stato messo in evidenza in precedenza⁴⁷⁴ che due dei caratteri identificativi delle autorità, secondo le principali ricostruzioni dottrinali, quanto alla funzione da esse assolta nell'ordinamento, sono la tutela di interessi sensibili di lignaggio costituzionale all'interno dei settori di competenza⁴⁷⁵ e l'elevato *expertise* tecnica dei soggetti che agiscono al loro

⁴⁷³ Il modello della *Reg.-Neg.* sembra, in effetti, costituire una delle espressioni più autentiche dei paradigmi di quella nuova concezione della politica e della normatività che prende il nome di "*Governance*". Una concezione, cioè, che si fonda sulla sostituzione del potere verticistico ed imperativo delle istituzioni tradizionali con forme di esercizio più aperte, partecipate e reticolari, attraverso le quali i singoli (intesi come membri di specifici gruppi di interesse) possono direttamente far sentire la propria voce all'interno dei processi deliberativi, che assurgono la codecisione ad ordinario modulo di effettuazione delle scelte. Per uno sguardo critico sulla normazione a rete, le moderne tecniche di *governance* e il ruolo che le stesse autorità indipendenti svolgerebbero all'interno di questo sistema, si rinvia alla lettura di G. MESSINA, *Diritto liquido?* cit., pp. 48 – 272. In senso parimenti critico si veda anche M.R. FERRARESE, *Governance. Sugli effetti politici e giuridici* cit., p. 161 ss., che mette in guardia sui pericoli che la frammentazione della società e la atomizzazione delle diverse sfere di interesse generano in relazione alla concreta democratizzazione dell'ordinamento; e ID., *Governance, in Parolechiave*, 2016, II, p. 3 ss.

⁴⁷⁴ Si veda *supra*, Capitolo II, paragrafo § 2.2.

⁴⁷⁵ Ad essa fa riferimento anche G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, I, p. 3 ss., nell'individuare le motivazioni che hanno portato alla comparsa di questo particolare soggetto nell'ordinamento amministrativo italiano. Si veda, altresì, M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2002, p. 82, che contesta la distinzione, fatta da una parte della dottrina, tra autorità di regolazione e autorità di garanzia, ritenendo difficile negare che anche le autorità investite di funzioni di regolazione ricoprano un ruolo di garanzia rispetto agli interessi sensibili presenti nel settore affidato alla loro cura. Un esempio particolarmente emblematico, a questo riguardo, sarebbe rappresentato dall'AGCOM. Concorde sul punto anche G. GRASSO, *Le Autorità Amministrative indipendenti della Repubblica* cit., p. 122, che richiama in nota anche l'analoga posizione di G. GIACOBBE, *Competenza delle Authorities e tutela dei diritti della persona*, in P. PERLINGERI, *Authorities e tutela della persona*, ESI, Napoli 1999, p. 40 ss. Questa era anche la funzione proclamata con nitidezza all'interno del progetto di riforma costituzionale della, così detta, "Bicamerale D'Alema" del 1997, che avrebbe portato al riconoscimento delle autorità e delle loro funzioni direttamente

interno. Queste costituiscono anche le due principali ragioni alla base del conferimento alle autorità indipendenti di poteri normativi di una certa ampiezza.

Il perseguimento di queste funzioni implica che il potere di adottare atti normativi, per trovare una sua giustificazione, debba essere esercitato dalla stessa autorità, non potendo essere delegato al dialogo tra le componenti sociali a vario titolo coinvolte dalle scelte regolative.

Come si è già avuto modo di mettere in evidenza⁴⁷⁶, infatti, l'introduzione di istituti che favoriscono la partecipazione del pubblico ai procedimenti delle AAI non costituisce un ingrediente identificativo del potere normativo queste ultime, ma un correttivo alle storture che il modello ha manifestato nel corso del tempo rispetto ai principi di legalità e di riserva di legge. Le autorità non nascono come figure atte a realizzare nuovi modi di coinvolgimento della cittadinanza nelle decisioni pubbliche. Si tratta, invece, di soggetti dotati di grande esperienza e competenza nel settore loro affidato, che proprio per questo sono incaricati di vigilarlo e di farlo evolvere (avendo riguardo alla salvaguardia degli interessi coinvolti ed individuati dalla legge attributiva del potere) anche attraverso l'esercizio di poteri normativi che possano adeguare lo sviluppo della disciplina ai ritmi frenetici dell'evoluzione tecnologica⁴⁷⁷.

Quanto affermato comporta che, se le funzioni di normazione non fossero esercitate direttamente da questi soggetti, verrebbe meno la stessa ragione giustificativa dell'attribuzione in capo ad essi di poteri così penetranti. L'obiettivo originario del legislatore non è stato, infatti, quello di favorire forme evolute di partecipazione all'interno dei settori considerati, nella convinzione che l'autonormazione potesse essere la soluzione migliore per la loro gestione. Al contrario, l'istituzione delle AAI è nata proprio come risposta al bisogno di mantenere un presidio pubblicistico in settori che, vuoi per la delicatezza degli interessi in gioco, vuoi per la mancanza di spontanee dinamiche concorrenziali dovuta alla ancora recente liberalizzazione, non sarebbero in grado di funzionare in modo efficace e adeguatamente garantista se abbandonati a sé stessi⁴⁷⁸.

all'interno della Costituzione, il cui articolo 109 prevedeva che: «Per l'esercizio di funzioni di garanzia o di vigilanza in materia di diritti e di libertà garantiti dalla Costituzione la legge può istituire apposite autorità».

⁴⁷⁶ Si rimanda al Capitolo IV, paragrafo § 4.2.

⁴⁷⁷ Cfr., sul punto, F. GIUFFRÉ, *Le Autorità Indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Federalismi.it*, 2016, XXV, p. 10, che sostiene che i settori in cui agiscono le AAI si caratterizzano per esigenze di intervento rapido e continuo, che non possono essere soddisfatte dal Legislatore. Queste vengono realizzate per mezzo di una regolazione che, adeguando il reticolato normativo ai cambiamenti sempre più rapidi della realtà, realizza un equilibrio dinamico tra i valori indisponibili in gioco. C'è, quindi, un'attenzione particolare per gli interessi sensibili di rilievo costituzionale, che le autorità sono incaricate di realizzare e tutelare nel concreto. La lettura dei poteri normativi delle *Authorities* alla luce della rapidità evolutiva e dell'estremo tecnicismo dei settori sottoposti alla loro regolazione si ritrova anche in F. ZAMMARTINO, *Il modello multiplice* cit., p. 51.

⁴⁷⁸ Sul punto si veda F. LUCIANI, *Le Autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, ESI, Napoli, 2011, p. 84, che individua come ulteriore concausa dell'istituzione delle AAI nell'ordinamento il passaggio dal sistema proporzionale a quello maggioritario.

Anche le più recenti ed innovative iniziative legislative nell'ambito della regolazione dei settori maggiormente coinvolti dai rapidi sviluppi tecnologici si caratterizzano per la permanenza in capo alle autorità indipendenti di poteri decisionali finali. È il caso, per esempio, della disciplina recentemente introdotta dal d.l. n. 34 del 30 aprile 2019, attuata con Decreto Ministeriale 30 aprile 2021, n. 100, relativa alla disciplina delle «sandboxes» in materia di *FinTech*⁴⁷⁹. L'istituto, pur nella problematicità mostrata sotto numerosi profili, valorizza l'apporto dei soggetti privati anche dal punto di vista del rinnovamento dell'apparato normativo vigente, senza però giungere a delegare loro l'esercizio della funzione regolatoria.

Questo trova ulteriore conferma nel fatto che, anche nei casi in cui sembra che lo Stato decida di effettuare un ulteriore passo indietro, riconoscendo più ampi margini di autodisciplina a determinate categorie di soggetti, si osserva sempre, a ben guardare, la permanenza di un penetrante potere di intervento integrativo sulle scelte regolative in capo alle autorità formalmente titolari di meri poteri di controllo⁴⁸⁰. autorità che, nella maggior parte dei casi, sono amministrazioni indipendenti. Si tratta, più nello specifico, di casi in cui la legge attribuisce a determinate categorie poteri di autoregolazione. Una volta che il potere è stato esercitato, l'autorità incaricata effettua un potere di controllo sui suoi esiti, potendo anche decidere di sostituire un proprio unilaterale atto di regolazione a quello adottato dalla categoria stessa, ove quest'ultimo venga ritenuto non rispondente alle finalità pubbliche (spesso indicate dalla legge in modo estremamente generico) sottese alla regolazione. Anche in queste ipotesi l'attribuzione di poteri così incisivi deriva dal coinvolgimento di interessi sensibili aventi rilevanza pubblicistica e meritevoli di adeguata protezione⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Sul tema si rinvia alle interessanti riflessioni di G. LO SAPIO, *Il regolatore alle prese con le tecnologie emergenti. La regulatory sandbox tra principi dell'attività amministrativa e rischio dell'illusione normativa*, in *Federalismi.it*, 2022, XXX, p. 88 ss.; di A. MERLINO, *Il regulatory sandbox e la teoria delle fonti*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 2022, I, p. 120 ss.; e di M. MILANESI, *Lo sviluppo delle sandbox regolatorie italiane tra dubbi e opportunità. Requiem per l'articolo 223 dello «Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici»*, in *Federalismi.it*, 2023, XV, p. 111 ss. Gli ultimi due, in particolare, si soffermano anche sugli aspetti problematici posti dall'altra norma adottata a livello nazionale in materia di *sandboxes* (il d.l. n. 76/2020) e, più in generale, di un sistema che ammette importanti deroghe alla normativa vigente (sebbene per periodi limitati) sulla base di un impianto normativo primario alquanto scarno ed attraverso l'attribuzione di ampi poteri alle autorità di regolazione.

⁴⁸⁰ Sul punto si veda, per esempio, M. CUNIBERTI, *Autorità Indipendenti e libertà* cit., p. 244 ss., che approfondisce il caso dei poteri del Garante per la protezione dei dati personali in relazione alla redazione del codice di deontologia giornalistica previsto dall'articolo 139 del codice del 2003. Oltre a mettere in evidenza gli aspetti controversi del codice, soprattutto quanto al suo ambito applicativo soggettivo, l'autore rimarcava a più riprese il fatto che non si trattava di un vero e proprio atto di autodisciplina, considerati i penetranti poteri integrativi che la normativa riconosceva in capo all'autorità garante. Caratteri analoghi presenta il ruolo ricoperto dalla Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali nell'ambito degli accordi tra le parti sociali per la definizione delle prestazioni essenziali in caso di sciopero e le modalità di erogazione, come evidenziato da M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti* cit., p. 190 ss., che ne mette in risalto soprattutto le funzioni di proposta durante la fase propulsiva del procedimento e quella paranormativa, che viene esercitata in caso di mancato raggiungimento dell'intesa tra le parti coinvolte.

⁴⁸¹ Cfr., N. RANGONE, *Declinazioni e implicazioni dell'autoregolazione: alla ricerca della giusta misura tra autonomia privata e pubblico potere*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2011, IV, p. 3, che a tale riguardo utilizza il termine di

Un dato, quest'ultimo, che osta al ricorso a strumenti di autoregolazione pura da parte delle categorie interessate: il diritto all'ultima parola permane in capo al soggetto pubblico.

Proprio il tema della *self regulation* è ritornato con forza all'interno del dibattito scientifico più recente in relazione al problema della regolazione delle grandi piattaforme digitali, incontrando, però, reazioni di segno opposto tra gli studiosi quanto alla sua idoneità all'efficace soluzione del problema⁴⁸².

Le considerazioni che precedono rappresentano un ostacolo difficilmente superabile in relazione alla questione dell'applicabilità del modello della *Regulatory Negotiation* alle autorità indipendenti italiane. Questo, come visto, si sostanzia nell'attuazione di forme concertative che in molti casi relegano il soggetto indipendente ad una posizione di mero mediatore in una contesa che si svolge direttamente tra gli *stakeholders*⁴⁸³.

Una conclusione, questa, che, peraltro, sembra dare all'interprete l'idea di trovarsi all'interno di un circuito labirintico. Da un lato, infatti, si avverte la necessità di incrementare le dosi di democraticità delle decisioni degli organismi indipendenti, stante il valore politico-discrezionale che le caratterizza. Dall'altro, il raggiungimento di un sufficiente grado di democraticità attraverso le vie della partecipazione democratica determina lo sprofondamento del ragionamento in un'insanabile aporia, posto che si finisce per entrare in contraddizione con le esigenze che sono alla base del ricorso al modello dell'autorità indipendente.

D'altronde, come si è già avuto modo di accennare⁴⁸⁴, l'istituto della "Reg.-Neg." ha destato non poche perplessità anche negli Stati Uniti, dove esso ha visto per la prima volta la luce. Da più parti, infatti, è stato messo in evidenza che il tema della regolazione delle *Agencies* ha subito una trasformazione che, per certi versi, ha snaturato il ruolo di questi organismi⁴⁸⁵. Nati come organi deputati ad implementare una regolazione

"autoregolazione imperfetta", proprio per sottolineare il fatto che il coinvolgimento di interessi sensibili di rilevanza pubblicistica impedisce a queste esperienze autoregolative di svolgersi in totale autonomia.

⁴⁸² Per una lettura particolarmente critica si rimanda a E. BRUTI LIBERATI, *Poteri privati e nuova regolazione pubblica*, in *Diritto pubblico*, 2023, I, p. 288 ss.; un approccio ben più ottimista verso la co-regolazione è invece seguito da A. CARDONE, *Brevi note di sintesi sulla distinzione tra misure individuali e decisioni politiche nella regolazione degli algoritmi e nella definizione dei poteri delle autorità garanti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, I, p. 934.

⁴⁸³ Questi aspetti critici sono stati messi in evidenza anche da G. DE MINICO, *Regole, comando*, cit., p. 105 ss. Qui si mette anche in risalto il fatto che la negoziazione della scelta politica in sede procedimentale non sarebbe in grado di assicurare la miglior cura possibile del bene comune, come invece avviene normalmente in sede parlamentare, dove l'organo costituzionale tiene conto del quadro generale degli interessi in gioco, compiendo la scelta migliore per la realizzazione del bene comune. Nel caso della negoziazione procedimentale l'autorità verrebbe spogliata di quel ruolo di sovrana dell'interesse comune e sarebbe indotta a barattare il bene pubblico con l'adesione dei regolati alle regole. Gli stessi aspetti critici sono messi in evidenza in relazione a questi meccanismi di governance a livello sovranazionale da M. BETZU, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁸⁴ Sul punto si rimanda al Capitolo II, paragrafo § 2.1.

⁴⁸⁵ Sul punto si veda S.A. SHAPIRO, *Law, expertise and rulemaking legitimacy* cit., p. 673 ss., il quale, richiamando la posizione del Professor William Funk, afferma che la funzione di regolazione dovrebbe basarsi sulla competenza dei membri dell'Agenzia e sui principi contenuti all'interno della legge attributiva del potere,

fondata sulla competenza tecnica dei titolari del potere, essi hanno finito per assumere il ruolo di meri arbitri di una contesa politica tra i portatori di interesse.

Posto, quindi, che la *Regulatory Negotiation* non si attaglia bene al modello delle autorità indipendenti italiane, si tratta, allora, di trovare altre strade per assicurare il rispetto del principio di legalità senza snaturare e privare di senso l'esistenza di questi organismi nell'ordinamento.

5.3. *La partecipazione organica. Spunti da alcune esperienze francesi.*

Come visto in precedenza, il ricorso alla *Regulatory Negotiation* recherebbe con sé il rischio concreto di una vera e propria delega del potere regolatorio dell'autorità indipendente alle categorie portatrici di interesse, con conseguente frustrazione della stessa funzione di regolazione e garanzia che ad essa è attribuita dall'ordinamento.

Lo studio condotto fino ad ora, unito all'osservazione degli organigrammi (passati e presenti) di alcune delle *Authorities* (e, più in generale, delle Pubbliche Amministrazioni⁴⁸⁶) sia italiane che francesi suggeriscono, però, ulteriori itinerari di ricerca.

Tra questi, quello rappresentato dall'inclusione di soggetti con funzioni di rappresentanza delle categorie interessate all'interno degli organi direttivi delle stesse autorità sembra costituire una soluzione mediana tra i due estremi del ricorso alla legittimazione democratica come strumento compensativo della legalità sostanziale e del mantenimento del modello rappresentativo (vincolato al rafforzamento del principio di legalità sostanziale).

Si tratta di quella che viene comunemente definita “partecipazione organica⁴⁸⁷”.

A ben guardare, infatti, non necessariamente la legalità trova nella partecipazione procedimentale il suo unico possibile fattore di recupero. Quest'ultima, pur rivestendo una funzione di grande importanza non solo in termini di democraticità, ma anche di arricchimento delle conoscenze dell'Amministrazione, può essere affiancata nell'assolvimento della sua funzione dal diretto coinvolgimento dei rappresentanti degli *stakeholders* all'interno delle strutture amministrative incaricate di effettuare le scelte regolatorie.

non potendo ridursi ad una decisione fondata sul raggiungimento di un compromesso con i soggetti interessati.

⁴⁸⁶ Anche nelle Pubbliche Amministrazioni statali sono stati già da tempo attuati moduli di partecipazione organica, come, per esempio, in materia scolastica e universitaria (si pensi al Consiglio Nazionale degli Studenti Universitari istituito in seno al MIUR) e in materia portuale (dove la legge n. 84 del 28 gennaio 1994 ha istituito i comitati e le commissioni consultive composte dai lavoratori delle autorità portuali). Per un maggiore approfondimento su questi profili, si rimanda a F. GIGLIONI – S. LARICCIA, *Partecipazione dei cittadini* (Voce), in *Enciclopedia del diritto*, IV Aggiornamento, Giuffrè, Milano, 2000, p. 952 ss.

⁴⁸⁷ Sul tema si vedano, per esempio, le riflessioni di A. VALASTRO, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti*, in www.atrid.online.it, 2010, p. 17, che ragiona intorno alla preferibilità dell'opzione partecipativa o di quella organica, a seconda dei contesti.

Questa soluzione consentirebbe di incrementare notevolmente il livello di democraticità dell'azione dell'*Authority*, andando a configurare un modello decisionale fondato sulla concertazione tra il soggetto pubblico e le parti interessate. Sarebbero, poi, in astratto, scongiurati i pericoli di deferimento completo della decisione agli esponenti delle categorie portatrici di interesse, in quanto queste ultime agirebbero come membri della stessa autorità e non come soggetti ad essa esterni. Sarebbe limitato, cioè, il rischio che l'autorità si mostri disposta a barattare il contenuto della scelta regolatoria con l'ottenimento in tempi rapidi di un consenso unanime su una certa opzione.

La decisione sarebbe il frutto dell'incontro della volontà di ciascun componente dell'organo decisionale, sia di quelli nominati per la loro elevata competenza, sia di quelli aventi un ruolo rappresentativo di una certa categoria.

Peraltro, se, da un lato, una simile trasformazione nella composizione degli organi collegiali delle AAI inciderebbe, intaccandolo, su quel carattere di indipendenza dei membri che costituisce uno degli elementi identificativi del modello, dall'altro, rappresenterebbe anche la presa d'atto definitiva del ruolo politico che, in modo più o meno evidente, i soggetti in parola di fatto esercitano.

Il modello considerato, come anticipato in precedenza⁴⁸⁸, ha trovato applicazione con riferimento ad alcune autorità indipendenti francesi⁴⁸⁹. A livello di teoria generale, infatti, proprio l'inclusione di membri aventi il ruolo di rappresentanti della società all'interno degli organi direttivi delle AAI avrebbe dovuto costituire una delle modalità per assicurare, insieme all'indipendenza, anche la democraticità del funzionamento di questi soggetti⁴⁹⁰.

Dopo una prima fase di sperimentazione, però, l'ordinamento francese ha preferito ritornare alla composizione originaria, basata sulla presenza all'interno dell'organo dei soli membri tecnicamente qualificati, anche per ragioni di riduzione del numero dei componenti e di conseguente celerità delle decisioni.

Ciò non significa che questa particolare ipotesi non possa assumere utilità ai fini della ricerca di modalità di azione pienamente legali da parte delle AAI.

Quanto affermato è dimostrato dal fatto che anche nell'ordinamento italiano, nella rincorsa all'obiettivo di una maggiore democratizzazione

⁴⁸⁸ Sul punto, si rinvia alla lettura del Capitolo III, paragrafo § 2.

⁴⁸⁹ Il riferimento è soprattutto al caso della *CRE (Commission de régulation de l'énergie)*. Alcuni membri dell'organo collegiale dell'autorità, tra il 2000 e il 2006 sono, infatti, stati nominati dal Conseil économique et social, che nell'ordinamento francese rappresenta un'assemblea con funzioni di raccordo e dialogo tra le istituzioni e i membri della società. I membri scelti da quest'assemblea andavano, pertanto, a svolgere un ruolo propriamente rappresentativo delle categorie sociali presenti all'interno di essa.

⁴⁹⁰ Sul punto si veda, *ex multis*, H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités administratives indépendantes chargées de réguler des marchés de services publics : éléments de droit comparé et européen*, in *Droit et Société*, 2016, II, p. 309. Si veda nuovamente J.J. MÈNURET, *op. cit.*, p. 13 ss.

dell'azione delle autorità indipendenti, si è in alcuni casi fatto ricorso all'inclusione di soggetti provenienti dalla società civile e, più specificamente, dalle categorie interessate dalla regolazione, all'interno degli organi delle stesse autorità.

Si tratta, però, di esperienze che differiscono da quella francese. In particolare, se nell'ordinamento francese l'inclusione avveniva attraverso il vero e proprio riconoscimento al singolo del ruolo di membro dell'organo collegiale, in Italia si è assistito, piuttosto, alla costituzione in seno all'AAI di nuovi organi, distinti rispetto a quello titolare delle funzioni decisorie. A questi organi è stata, appunto, attribuita la funzione di rappresentare all'interno dell'organizzazione gli interessi delle categorie coinvolte dall'attività dell'*Authority*. La conseguenza è che la voce di queste personalità non viene ascoltata in quanto titolare di potere decisionale. Al contrario, il ruolo loro attribuito è di natura meramente consultiva.

Tra gli esempi più significativi va menzionato il Consiglio nazionale degli utenti, costituito in seno all'autorità per le garanzie nelle comunicazioni dall'articolo 1, comma 28, della legge n. 249 del 31 luglio 1997.

Si tratta, in effetti, di un organo composto da soggetti esperti, la cui designazione è, però, effettuata dalle associazioni rappresentative delle varie categorie di utenti.

Quanto ai poteri esercitati, come anticipato, non vi è stato il riconoscimento di un ruolo attivo durante la fase decisoria. Quelli propri dell'organo in parola sono soprattutto poteri di proposta, che possono essere esercitati sia nei confronti dell'autorità che nei confronti del governo e del Parlamento, e poteri consultivi, che si esplicano nell'emissione di pareri sugli schemi di atti generali o regolamentari⁴⁹¹.

Si tratta di un organo che, quindi, benché favorisca in modo apprezzabile la costruzione di nuove occasioni di contatto e confronto tra l'autorità e i membri della società, non assume un ruolo significativo nell'effettuazione della scelta regolatoria.

Nel 2014⁴⁹² anche l'autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema Idrico (ora divenuta ARERA) ha proceduto alla costituzione di un organismo interno con funzioni di raccordo con il mondo degli utenti e dei soggetti operanti nei settori sottoposti alla sua regolazione, che ha preso il nome di "Osservatorio permanente della regolazione energetica, idrica e del teleriscaldamento".

L'articolo 2 dell'allegato A della delibera che ha portato alla sua istituzione ne individua le finalità, tra le quali emergono soprattutto l'incremento dell'*accountability* del soggetto regolatore e il miglioramento dei

⁴⁹¹ L'articolo citato stabilisce, testualmente, che: «Il Consiglio nazionale degli utenti esprime pareri e formula proposte all'autorità, al Parlamento e al governo e a tutti gli organismi pubblici e privati, che hanno competenza in materia audiovisiva o svolgono attività in questi settori su tutte le questioni concernenti la salvaguardia dei diritti e le legittime esigenze dei cittadini, quali soggetti attivi del processo comunicativo, promuovendo altresì iniziative di confronto e di dibattito su detti temi».

⁴⁹² Si tratta della delibera del 16 maggio 2014, n. 211/2014/A.

suoi rapporti con gli utenti e i fornitori dei servizi e del flusso di informazioni da e verso questi ultimi. Ancora in questa dimensione collaborativa si inserisce il potere di formulare proposte su temi rientranti tra quelli sui quali l'ARERA esercita il suo potere di regolazione⁴⁹³.

Si tratta, pertanto, di un'ulteriore apprezzabile iniziativa volta al coinvolgimento diretto degli utenti e degli operatori del mercato che, però, non comporta per questi ultimi alcuna partecipazione all'esercizio dei poteri decisori.

Più di recente anche la Consob si è dotata di un proprio organismo interno con funzione di rappresentare le istanze dei soggetti destinatari della regolazione.

Nel 2018⁴⁹⁴ è stato, infatti, costituito al suo interno il Comitato degli Operatori di Mercato e degli Investitori (COMI).

Così come il Consiglio nazionale degli utenti dell'Agcom, anche il COMI beneficia essenzialmente di funzioni di tipo consultivo, in quanto può fornire all'autorità pareri sugli atti di regolazione o a contenuto generale⁴⁹⁵. Anche in questo caso, quindi, mancano forme di coinvolgimento dell'organo rappresentativo nella fase propriamente decisionale dell'*Authority*. Non è nemmeno chiarito dalla Carta Istitutiva, peraltro, se la Commissione (organo decisionale della Consob) sia tenuta o meno a motivare la propria scelta in relazione alla posizione espresse dal COMI.

L'esperienza italiana denota, quindi, una crescente sensibilità ed attenzione verso il tema della partecipazione all'attività delle AAI anche attraverso queste forme di coinvolgimento "organico" delle categorie interessate. Forme che, però, per il momento si limitano ad attività di consultazione e confronto, in funzione prevalentemente collaborativa e di arricchimento delle informazioni a disposizione dell'autorità in vista di una migliore decisione.

Ciò posto, occorre svolgere qualche riflessione sulla possibilità di attribuire a questi organi anche funzioni di tipo decisorio o di prevedere, come era stato fatto in Francia per la CRE, l'inclusione di ulteriori membri a rappresentanza degli utenti e delle categorie interessate direttamente all'interno degli organi apicali dotati dei poteri di decisione.

⁴⁹³ Al potere di proposta è dedicato anche il successivo articolo 8 dell'Allegato A, che prevede che: «Il Forum plenario può formulare, all'autorità, proposte adeguatamente motivate di temi od oggetti sottoposti alla regolazione dell'autorità stessa, affinché siano valutate ai fini della eventuale formazione di documenti di consultazione».

⁴⁹⁴ Con la delibera n. 20477 del 12 giugno.

⁴⁹⁵ L'articolo 8 della Carta Istitutiva, nell'elencare i compiti del Comitato, recita testualmente: «Il Comitato si esprime sugli atti sottoposti alla sua attenzione dalla Consob. Esso può esaminare, di norma prima dell'avvio della consultazione pubblica, i progetti di adozione o revisione che abbiano un significativo impatto sul mercato concernenti i regolamenti, gli altri atti a contenuto generale aventi natura prescrittiva, le raccomandazioni e gli altri orientamenti, nonché ogni altro atto a contenuto generale che la Consob intenda sottoporre al Comitato».

Posto che sono già stati messi in evidenza i potenziali benefici che un'opzione di questo tipo assicurerebbe (in termini di democratizzazione dell'attività, di stabilità e di attuazione della decisione adottata), occorre soffermarsi sulle criticità cui potrebbe dare luogo.

Uno dei principali problemi del ricorso ad una forma di rappresentanza di questo tipo è legato alla dilatazione dei tempi per l'assunzione delle decisioni, tenuto conto anche del fatto che in alcuni casi i regolamenti interni delle autorità prevedono che le deliberazioni possano essere assunte validamente solo con la maggioranza qualificata dei voti dei componenti.

Tale modello implica, infatti, necessariamente, l'irrobustimento numerico dei membri degli organi collegiali incaricati di effettuare le scelte regolatorie, il che incide inevitabilmente sulla snellezza dei lavori e anche sul raggiungimento del *quorum* funzionale per l'assunzione delle delibere.

A questo proposito sorge un altro non trascurabile problema. Se già, di per sé, l'aumento del numero dei membri degli organi collegiali (anche solo di qualche unità) rischia di avere ripercussioni di non poco conto sull'efficienza e sulla celerità delle decisioni dell'autorità⁴⁹⁶, le criticità si accrescono se si pone mente al fatto che, per assicurare un'equa rappresentanza di tutti i soggetti coinvolti dalla regolazione, questo incremento numerico dovrebbe necessariamente essere di una certa consistenza. Il rischio sarebbe, peraltro, quello di finire per dare origine ad organi in cui la componente con funzione rappresentativa delle categorie sociali interessate sarebbe numericamente superiore a quella di matrice tecnico-professionale⁴⁹⁷. Un fatto, quest'ultimo, che causerebbe la riproposizione degli stessi problemi emersi in relazione alla trattazione dell'istituto della *Regulatory Negotiation*, ovvero quelli legati al conferimento del potere decisionale, per intero, agli esponenti delle categorie interessate, con conseguente trasformazione di una regolazione pubblicistica in una negoziazione tra soggetti privati.

La soluzione opposta, ovvero quella di un incremento numerico esiguo dei membri degli organi collegiali, reca con sé, invece, il problema dell'inadeguata ed ineguale rappresentanza di tutti gli interessi coinvolti (che

⁴⁹⁶ Un problema, questo, già avvertito attualmente dall'ordinamento, tanto che anche le disposizioni che prevedono espressamente l'obbligatorio espletamento di procedure partecipate (è il caso dell'art. 23 della legge n. 262 del 2005) demandano, comunque, all'autorità il compito di individuare specifiche ipotesi in cui questi obblighi possono essere derogati.

⁴⁹⁷ Questa prospettiva sembra richiamare, unicamente quanto alla struttura interna degli organi, le esperienze corporative di epoca fascista. Sulle questioni dell'accostamento tra la partecipazione ai procedimenti regolatori delle autorità indipendenti e i, così detti, fenomeni "neocorporativi" si rimanda alle considerazioni di V. VIII, *Op. cit.*, p. 64 ss., che mette in evidenza come tra i due elementi del raffronto i momenti di distonia siano nettamente superiori alle analogie, soprattutto quanto a finalità dell'attività regolatoria e funzionamento dei moduli partecipativi. L'Autrice sottolinea, in particolare, che nel caso della regolazione delle AAI non ci si trovi dinanzi a momenti di condivisione e di concertazione della regola pubblicistica, posto che la paternità di quest'ultima rimane dell'autorità. Per di più, sottolinea che una vera e propria codecisione non sarebbe neanche auspicabile, perché contrastante con gli obiettivi di *better regulation* che si perseguono mediante il ricorso al modello delle *Authorities*.

si aggiunge all'ancor più spinoso tema dell'individuazione di tutte le categorie potenzialmente interessate dagli effetti dell'attività di regolazione). Il che renderebbe questo modello partecipativo del tutto inadatto a rappresentare una valida alternativa al rispetto della legalità sostanziale.

Anche dalle considerazioni da ultimo svolte sembra, quindi, potersi dedurre che il ricorso alle soluzioni incentrate sulla partecipazione dei privati non sono in grado di fornire risposte completamente appaganti con riferimento al recupero della legittimità dei poteri esercitati dalle AAI. La partecipazione, pur preziosissima come strumento, al contempo, di democratizzazione e di arricchimento delle conoscenze dell'autorità, non basta a garantirne la rispondenza ai valori della legalità.

5.4. Un tema annoso: la costituzionalizzazione delle AAI e del loro potere normativo. Poche luci e tante ombre.

Merita qualche considerazione anche la prospettiva della legittimazione delle potestà delle AAI tramite una riforma costituzionale.

Si tratta della possibilità di riconoscere i poteri normativi delle autorità indipendenti per mezzo dell'inserimento di queste ultime tra gli organi costituzionali e la conseguente costituzionalizzazione anche del potere di normazione che è loro oggi attribuito dalla legge.

Quello relativo alla costituzionalizzazione delle autorità indipendenti è un tema annoso⁴⁹⁸, che è stato oggetto anche di plurimi concreti tentativi di attuazione⁴⁹⁹. In questa sede ci si occuperà brevemente soltanto delle questioni inerenti alla costituzionalizzazione del loro potere normativo.

L'inadeguatezza delle opzioni partecipative come strumento attuativo di una legalità "dal basso" impone, infatti, di volgere lo sguardo altrove. La revisione costituzionale (attuabile secondo la procedura prevista dall'articolo 138 della Costituzione), data anche l'assenza di qualsivoglia menzione delle autorità indipendenti all'interno della Carta Fondamentale, ad un primo sguardo sembra costituire una strada dalle grandi prospettive, sebbene non di facile percorribilità.

L'idea sarebbe, più precisamente, quella di legittimare le AAI come organismi indipendenti dal potere politico e dotati di una propria autonoma competenza normativa (in grado di esprimersi anche in assenza di principi

⁴⁹⁸ Si rinvia, *ex multis*, a S. FOÀ, *op. cit.*, p. 134 ss., che commenta i lavori e le opinioni emerse in seno alla Commissione bicamerale del 1997 sull'utilità del riconoscimento costituzionale delle AAI. Più di recente, A. PATRONI GRIFFI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2015, I – II, p. 25 ss.

⁴⁹⁹ Il riferimento è al progetto di riforma elaborato dalla Commissione Bicamerale istituita con legge costituzionale n. 1/1997 e al progetto di riforma del 2005, avente ad oggetto «Modifiche alla Parte II della Costituzione». Sul punto si veda G. GRASSO, *Autorità amministrative indipendenti* cit., p. 111, anche per i riferimenti in nota agli articoli contenuti nei due progetti e relativi alle AAI. Con particolare riferimento al progetto di riforma del 1997, si rimanda alle considerazioni particolarmente critiche espresse da M. MANETTI, *Autorità Indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Politica del diritto*, 1997, IV, p. 660 ss., dove ad essere criticato è, in particolare, il ricorso da parte degli autori del progetto ai concetti di "garanzia" e "vigilanza" quale lasciapassare per l'attribuzione alle autorità di poteri di eccezionale ampiezza, quale presunto strumento di attuazione e garanzia dei diritti costituzionalmente sanciti.

desumibili dalla norma attributiva del potere e, quindi, di fatto, in modo indipendente e con atti di valore sostanzialmente primario)⁵⁰⁰, direttamente all'interno della Carta Fondamentale. Si tratterebbe, quindi, di riconoscere ad esse il rango di organi costituzionali dotati di funzioni eccezionalmente ampie, tra le quali andrebbero a troneggiare quelle di natura normativa.

Questo sarebbe anche un modo per consacrare a livello costituzionale quel ruolo garantista dei diritti fondamentali che da più parti si riconosce a questi soggetti⁵⁰¹. Sarebbe proprio questa funzione di garanzia a giustificare l'esercizio di un potere normativo che devia rispetto ai canali classici della democrazia rappresentativa e che si fonda sulla competenza e sulla professionalità dei membri dell'organismo. Un potere che, come si è avuto modo di illustrare precedentemente, in alcune delle ricostruzioni più coraggiose, è già stato giustificato, a Costituzione invariata, sulla base del

⁵⁰⁰ Sul punto, si veda la contraria posizione espressa da S. NICCOLAI, *I poteri garanti* cit., p. 276, che, rifacendosi alle riflessioni di F. MODUGNO, *Riflessioni generali sulla razionalizzazione della legislazione e sulla delegificazione*, in AA. VV., *Scritti in onore di M. Mazziotti*, Cedam, Padova, 1995, p. 175 ss., ritiene che la legge possa liberamente istituire fonti normative ad essa concorrenti, anche laddove queste ultime non trovino un espresso riconoscimento nella Costituzione. Sulla questione inerente alla possibilità per la legge ordinaria di istituire fonti del diritto altre rispetto a quelle disciplinate dalla Costituzione e di rango ad essa equiparato si veda G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006, p. 235 ss. – 247. L'autore ritiene, in particolare, che la modifica del Titolo V della Costituzione avvenuta nel 2001 consenta di configurare nuove tipologie di regolamento statale, diverse rispetto a quella del regolamento governativo, che sarebbe disciplinata dalla scarna previsione di cui all'articolo 87, comma 5, della stessa Carta fondamentale. Questo perché la norma di cui al citato art. 117, comma 6, nel fare riferimento ai regolamenti dello Stato, non individuerebbe anche, in modo esclusivo ed escludente, il governo come unico titolare di questo potere, lasciando, così, alla legge la possibilità di individuare ulteriori e diverse autorità alle quali attribuire questa potestà. Secondo l'autore (che, nell'affermare questo, riprende una precedente posizione espressa a suo tempo da Mortati) inoltre, nulla vieterebbe alla legge di qualificare i regolamenti delle AAI come fonti di rango primario. In altri termini, l'articolo 117, comma 6, non configurerebbe i rapporti tra legge e regolamento in termini necessariamente gerarchici. Al contrario, ammetterebbe anche la possibilità di concepire questi rapporti in termini di concorrenza tra fonti equiparate. La posizione espressa dall'autore, estremamente suggestiva e affascinante, pare, però, venire in parte ridimensionata nella sua dirompenza da quanto dallo stesso affermato successivamente, in relazione ai rapporti tra la legge attributiva e la stessa fonte regolamentare. Egli sostiene, infatti, che: «la legge istitutiva (...) non si limita a fornire una “cambiale in bianco” alle autorità, ma ne definisce il fondamento di legittimità e fissa idonei parametri di svolgimento di quell'attività nella forma, nel contenuto e nell'ambito di intervento». Il regolamento, quindi, pur assurgendo nella ricostruzione dell'autore ad una dignità pari a quella della legge ordinaria, rimane comunque vincolato nei suoi contenuti ai limiti e ai principi che quest'ultima detta. Sembra, quindi, che si ritenga in ogni caso necessario il rispetto del principio di legalità. Quanto affermato sembra essere successivamente confermato nel momento in cui l'autore, nel riferirsi ai regolamenti delle AAI, così come fino a quel momento configurati, afferma che questi «hanno approfittato di un quadro di riferimento normativo molto “largo” e privo di una sufficiente capacità di indirizzo (...) questo appare un elemento patologico che può e deve solo essere corretto».

⁵⁰¹ Decisamente critico sul punto M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione* cit., p. 42 ss., che ritiene che la funzione di attuazione e garanzia dei diritti costituzionali non possa giustificare, essa sola l'attribuzione di funzioni così ampie alle autorità indipendenti. In primo luogo, perché questo ruolo di garanzia non sarebbe proprio delle sole AAI, ma anche di altri organi costituzionali; in secondo luogo, perché l'attività da esse esercitata, soprattutto quella normativa, sottende scelte di natura sostanzialmente politica che non hanno un carattere di oggettività. Più ottimista rispetto alla costituzionalizzazione dei poteri normativi indipendenti come possibile chiave per il superamento delle perplessità relative alla loro compatibilità costituzionale F.S. MARINI, *Le Autorità Amministrative Indipendenti nell'architettura costituzionale*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2022, I, p. 20.

ruolo di attuazione neutrale del dato costituzionale che l'ordinamento avrebbe conferito alle autorità⁵⁰².

Alle AAI sarebbe, quindi, riconosciuto il rango di potere costituzionale con funzione di garanzia ed attuazione dei diritti consacrati all'interno della Carta Fondamentale⁵⁰³. Le scelte adottate avrebbero ancora una connotazione di tipo latamente politico, ma la loro adozione sarebbe giustificata dalla competenza e dalla particolare sensibilità riconosciuta ai componenti di queste istituzioni, e, come tali, non necessiterebbero di quella legittimazione democratica che oggi è inseguita con così tanta apprensione. L'obiettivo sarebbe, quindi, quello di legittimare un potere normativo esercitato autonomamente da istituzioni indipendenti e slegate rispetto al circuito della rappresentanza politica. Un potere, cioè, che non necessiterebbe della previa autorizzazione legislativa, in quanto dotato di un rango gerarchico equiparato a quello di quest'ultima.

Si tratta, beninteso, di un'affermazione particolarmente forte, posto che l'ordinamento non conosce istituzioni abilitate ad esercitare un potere normativo che sia totalmente sganciato dal principio di legalità e, quindi, dalle garanzie di democraticità ad esso saldamente connesse. Benché, infatti, la Carta Costituzionale riconosca alcuni poteri come "garanti"⁵⁰⁴, non si spinge mai fino ad accordare loro una funzione di normazione, tanto meno primaria.

Proprio la dirompenza di questa prospettiva la rende difficilmente praticabile nel concreto, in quanto darebbe luogo ad una serie di momenti di inaccettabile contrasto con l'impianto costituzionale.

La modifica cui si riferisce l'articolo 138 della Carta Fondamentale consente, infatti, modifiche del testo costituzionale, ma solo nei limiti in cui queste non trasmodino in un sostanziale sovvertimento dell'impianto

⁵⁰² Il riferimento è N. MARZONA, *L'amministrazione pubblica del mercato mobiliare*, Cedam, Padova, 1988, p. 181, secondo la quale il rispetto del principio di legalità da parte dei regolamenti delle AAI andrebbe ricercato non nel loro rapporto di conformità con la legge attributiva, ma nei principi generali dell'ordinamento e, in particolare, in quelli posti a tutela di libertà costituzionali.

⁵⁰³ Sul punto è particolarmente interessante la posizione espressa da F. RIGANO, *Le Autorità indipendenti nel sistema costituzionale* cit., p. 364 ss., il quale sostiene, richiamando le riflessioni già svolte da R.A. DAHL, *I dilemmi della democrazia pluralista*, Il Saggiatore, Milano, 1988, che in un ordinamento di democrazia pluralista che adotta un sistema politico basato sul criterio della maggioranza, a quest'ultima spetta la definizione dell'indirizzo politico. A poteri indipendenti dall'orbita maggioritaria spetterebbe, invece, una funzione di attuazione del dettato politico-costituzionale. Ovvero, una funzione di garanzia dei diritti fondamentali consacrati all'interno della Carta Fondamentale, la cui attuazione non può essere riservata alle oscillazioni delle varie maggioranze politiche. Si tratta di una prospettiva particolarmente suggestiva ma, probabilmente, difficilmente predicabile a Costituzione invariata, posto il mancato riconoscimento di un simile ruolo garantista alle autorità indipendenti da parte della Carta Fondamentale. Attribuire ad esse una funzione di questo tenore per via meramente interpretativa sembra costituire un'affermazione eccessivamente forte, stante la sua difficile compatibilità con i principi che stanno alla base del funzionamento dell'ordinamento. Di fatto, lo stesso autore ritiene opportuna una costituzionalizzazione delle autorità, proprio al fine di poter allentare la frizione di un ruolo di questo tipo con i richiamati principi. Come si è visto in precedenza, altri Autori, tra cui, in particolare, F. MERUSI, *Democrazia e amministrazioni indipendenti* cit., p. 21 ss., hanno giustificato l'esercizio di poteri normativi sostanzialmente primari da parte delle AAI sulla base dell'argomento "comunitario", ovvero in ragione dei poteri derivanti da una lettura congiunta dei Trattati dell'Unione Europea e dell'articolo 11 della Costituzione.

⁵⁰⁴ Cfr. S. NICCOLAI, *op. ult. cit.*, p. 29 ss.

generale dell'ordinamento. Non possono, cioè, essere toccati quei principi e quegli istituti che hanno un valore identificativo dello stesso ordinamento costituzionale democratico.

Se si intervenisse attraverso una revisione costituzionale, tale da comportare il riconoscimento in capo alle autorità indipendenti di un potere normativo formalmente e sostanzialmente primario, in grado di essere esercitato al di fuori del controllo degli organi rappresentativi della collettività, questo impianto sarebbe inevitabilmente stravolto. Andrebbe, infatti, ad essere contraddetto il principio di sovranità popolare consacrato all'interno dell'articolo 1 della Costituzione, del quale rappresentano la più limpida espressione le previsioni successive, che riconoscono alle istituzioni parlamentari un ruolo attivo e determinante in ogni procedimento volto all'adozione di un atto normativo di rango primario⁵⁰⁵.

Questa situazione conflittuale non potrebbe essere sanata neanche dalla costituzionalizzazione delle procedure partecipative che si fondano sul coinvolgimento degli interessati nell'ambito del procedimento che conduce all'emanazione dell'atto normativo. Come si è visto, infatti, queste non sono in grado di assolvere la funzione che è propria del principio di legalità⁵⁰⁶.

Peraltro, non si può tacere il fatto che la possibilità stessa di concepire un simile ruolo di garanzia e di neutrale ed oggettiva attuazione dei diritti fondamentali riconosciuti dal testo costituzionale in capo alle AAI riveli un che di utopistico. Lungi dall'aver un'esatta ed immodificabile perimetrazione, tutte le libertà e i diritti che godono di dignità costituzionale variano nella loro dimensione e nella loro portata a seconda del contesto storico e sociale in cui vengono considerati. La loro essenza dipende anche e soprattutto dal bilanciamento che si sceglie di effettuare tra ciascuno di essi e gli altri valori costituzionalmente rilevanti con i quali inevitabilmente il primo entra in relazione. Si tratta di scelte politiche, che solo illusoriamente possono essere concepite come frutto di una funzione oggettiva di garanzia.

Si tratta, dunque, di un sentiero accidentato e, a ben guardare, poco attraente, che condurrebbe allo stravolgimento dei capisaldi del sistema costituzionale nel perseguimento di un'ostinata giustificazione a tutti i costi degli ampi poteri normativi delle *Authorities*. Una giustificazione che, ormai, è divenuta un'ossessione, ma che sarebbe sbagliato continuare a rincorrere senza che venga rimessa in discussione.

5.5. La reimpostazione dei rapporti tra tecnica e politica: l'unica via per il recupero della legalità. Riflessioni alla luce dell'attuale contesto politico-economico post-pandemico.

Come si è anticipato in chiusura del precedente paragrafo, una possibile soluzione del nodo gordiano di cui si è cercato di rendere l'idea

⁵⁰⁵ Su questi punti si vedano le considerazioni particolarmente critiche di G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti?* cit., p. 13.

⁵⁰⁶ Cfr., IDEM, *op. ult. cit.*, p. 14.

nelle pagine di questo lavoro potrebbe essere rappresentata proprio dal cambio di approccio rispetto ai poteri normativi delle autorità indipendenti.

Si allude, cioè, all'abbandono della concezione di questi poteri (così come configurati oggi per la maggior parte di esse) come attributo imprescindibile delle stesse autorità e come elemento qualificante dei moderni ordinamenti giuridici⁵⁰⁷.

Beninteso, non si intende mettere in discussione i poteri normativi *tout court* delle autorità indipendenti, soprattutto tenuto conto del fatto che esse adottano una quantità considerevole di atti regolamentari con funzione attuativa, esecutiva ed integrativa del dato legislativo che non determinano alcun conflitto con i principi costituzionali. Anzi, questi poteri, tenuto conto del tecnicismo delle materie nelle quali sono esercitati, sono imprescindibili: consentono la valorizzazione dell'apporto specialistico dei tecnici in settori connotati da mutamenti continui senza compromettere le fondamenta dello Stato di diritto. Sono, in altri termini, un esempio paradigmatico di un rapporto equilibrato e proficuo tra tecnica e politica.

Il riferimento è, quindi, piuttosto, agli atti regolamentari che presentano carattere sostanzialmente primario o sub-primario e che, appunto, sembrano essere ormai ritenuti un connotato consustanziale al modello dell'autorità indipendente, nonché una imprescindibile modalità di regolamentazione dei settori attualmente sottoposti al loro governo⁵⁰⁸.

Un convincimento, quest'ultimo, che è anche figlio di un triplice ordine di fattori che lo hanno influenzato, derivante anche dalla comparazione con altri sistemi giuridici.

Da un lato, i poteri normativi rappresentano uno dei profili funzionali più caratteristici della figura dalla quale ha preso ispirazione il modello delle autorità indipendenti italiane, ovvero quello delle *Independent Regulatory Commissions* degli Stati Uniti.

Dall'altro, la limitrofa esperienza francese mostra che la propensione di questi soggetti all'esercizio di poteri normativi (e, parallelamente, il bisogno di essi da parte dei moderni sistemi giuridici europei che hanno sposato la figura dello Stato regolatore) non è facilmente imbrigliabile. Il tentativo di contenerne il potere regolamentare ha, infatti, condotto all'esplosione della regolazione mediante atti di *droit souple*, che ha proposto nuovi e, per certi versi, più intricati problemi da risolvere⁵⁰⁹.

Ancora, l'attribuzione di penetranti poteri normativi alle autorità indipendenti sembra costituire un portato necessario della liberalizzazione dei mercati, delle privatizzazioni dei servizi pubblici e dell'arretramento di

⁵⁰⁷ Si tratta, cioè, di provare ad abbandonare quella che è stata definita da P. CARETTI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 5, come «l'irresistibile attrazione nell'ambito dei poteri delle autorità di funzioni di tipo normativo, quasi che queste ne costituissero in qualche modo un connotato necessario».

⁵⁰⁸ Cfr., P. CARETTI, *op. ult. cit.*, p. 4.

⁵⁰⁹ Sulle differenze tra diritto duro e diritto morbido nel sistema giuridico francese si veda X. MAGNON, *L'ontologie du droit: droit souple c. droit dur*, in *Revue française de droit constitutionnel*, IV, 2019, p. 949 ss.

cui da più di trent'anni lo Stato si è reso protagonista in ambito economico, imposti dalle nuove dinamiche economiche mondiali. In altri termini, il passaggio dallo Stato gestore allo Stato regolatore sembra aver portato con sé quale suo logico corollario la regolazione tramite *Authorities*⁵¹⁰.

La panoramica delle autorità indipendenti dimostra, però, che questo stesso concetto, questa particolare figura istituzionale, non solo non è necessariamente ed inestricabilmente legata alla titolarità di poteri normativi di tal sorta⁵¹¹, ma non implica neanche la necessaria titolarità di poteri normativi in senso lato.

Quanto da ultimo affermato, per esempio, è dimostrato dal caso dell'autorità antitrust, che non è formalmente investita di questa funzione regolatoria (sebbene, come si è visto, vi siano casi in cui la stessa autorità effettua un esercizio "anomalo" di poteri di altra natura ad essa espressamente attribuiti dalla legge⁵¹²), ma esercita, ciò non di meno, fondamentali prerogative nel sistema della concorrenza e della tutela dei consumatori. Ciò significa, quindi, che, almeno in astratto, la figura dell'autorità indipendente può esistere e mantenere la sua ragion d'essere all'interno dell'ordinamento anche senza vantare poteri propriamente normativi.

In secondo luogo, non necessariamente il potere di adottare atti normativi deve trasmodare nell'emanazione di regolamenti a carattere sostanzialmente primario.

In altri termini, in questa sede si vuole sostenere che i poteri regolatori indipendenti o quasi-indipendenti⁵¹³ delle autorità non costituiscono un attributo ontologico, necessariamente implicato dalla loro natura. Essi rappresentano, piuttosto, uno strumentario di cui sono stati dotati questi organismi al fine di raggiungere risultati efficienti e di rapido adattamento della disciplina all'interno dei settori regolati, dai quali il legislatore ha deciso di ritirarsi, cedendo loro il campo.

A questo punto sarebbe, allora, lecito domandarsi se quegli ambiti che negli ultimi trent'anni hanno ricevuto una regolazione di natura tecnica possano ritornare ad essere regolati secondo i moduli tradizionali, che ruotano intorno alla centralità della funzione legislativa esercitata dalle

⁵¹⁰ Dell'influenza delle evoluzioni del sistema economico a livello mondiale sulle funzioni degli Stati nei singoli ordinamenti nazionali dà efficacemente conto S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2012, p. 323 ss. Sugli stessi temi si veda anche E. CARDI, *Mercati e istituzioni* cit., p. 259 ss.; e N. IRTI, *L'ordine giuridico* cit., p. 21 ss. Sugli stessi temi anche P. ROSANVALLON, *Le libéralisme économique. Histoire de l'idée de marché*, Ed. du Seuil, Paris, 1989, p. 104 ss.

⁵¹¹ Cfr., anche M. MANETTI, *Sull'autonomia e indipendenza delle Autorità*, in *Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, III, 2023, p. 34, che afferma, sotto altro profilo, che nemmeno il valore dell'*expertise* e la finalità di aprire la regolazione alla partecipazione dei destinatari implicano necessariamente una regolazione totalmente indipendente da valutazioni e controlli esterni.

⁵¹² Sul punto si rinvia al capitolo III, paragrafo § 3.

⁵¹³ L'espressione è quella utilizzata da S. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice* cit., p. 143.

istituzioni democratiche⁵¹⁴. Ossia, se i profili caratterizzati da questa connotazione possano essere affidate alle logiche della politica e della contrapposizione tra maggioranze ed opposizioni⁵¹⁵.

La questione, ad uno sguardo attento, riguarda nient'altro che la natura dell'attività regolativa in parola. Occorre, cioè, considerare, ancora una volta, se quelle regolate dalle autorità indipendenti siano o meno materie che implicano l'assunzione di scelte politiche. A ben guardare, la risposta alla domanda non può non essere positiva, considerato che implicano valutazioni che fissano direttamente il bilanciamento tra i vari interessi in gioco. Valutazioni, queste, che si ritiene debbano spettare alla legge, quanto meno per la definizione della disciplina di principio, in ragione delle proprietà democratiche che ad essa appartengono e che sono state analizzate in precedenza⁵¹⁶.

Si tratta di sancire, cioè, la riappropriazione da parte delle istituzioni democratiche di quegli ambiti della normazione che hanno sempre continuato ad avere una valenza politica anche dopo la loro cessione alla regolazione delle AAI⁵¹⁷. Come si è cercato di sostenere sopra, infatti, pretendere di affermare che quella delle autorità indipendenti sia una funzione propriamente neutrale e disinteressata rispetto agli interessi in gioco costituisce una forzatura, un'illusione dietro la quale ci si scherma nella convinzione che i risultati della regolazione indipendente possano

⁵¹⁴ Mediante la restituzione alla politica di quel ruolo ordinatore che le è proprio in un sistema democratico, come sottolineato già da P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 1992, pp. 34-35.

⁵¹⁵ Cfr., LA SPINA – MAJONE, *op. cit.*, p. 164 ss., che, nel ricondurre le autorità di regolazione al modello, così detto, “madisoniano” di democrazia, ritengono che la ragion d'essere di questi organismi si leghi proprio alle teorie secondo cui in società ed ordinamenti complessi come quelli attuali sarebbe più che mai necessario costruire degli argini volti ad evitare la “tirannia” della maggioranza. La tesi, pur suggestiva, sembra, però, difficilmente compatibile con l'ordinamento costituzionale italiano, che affida la funzione legislativa di rango primario, in via esclusiva, al Parlamento, espressione della volontà popolare. Anche l'ordinamento italiano prevede, naturalmente, dei controllimiti al potere legislativo e ai possibili eccessi della maggioranza, primi tra tutti le maggioranze qualificate per la modifica del testo costituzionale (art. 138 Costituzione) e i divieti di modifica delle disposizioni che consacrano la forma repubblicana e i diritti fondamentali degli individui. Si ritiene, quindi, che il riferimento all'esercizio del potere da parte della maggioranza come una prerogativa che può assumere connotati tirannici sia, quanto meno, eccessiva e non tenga adeguatamente conto del fatto che il sistema democratico parlamentare si basa proprio sul dialogo tra le maggioranze e le opposizioni, del quale la legge ordinaria costituisce il frutto. Per una critica alle teorie che si rifanno al modello madisoniano si veda anche E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente* cit., pp. 81 – 82, il quale sostiene che la teoria in parola, pur pregevole e condivisibile nel suo impianto, non implica necessariamente l'attribuzione di un potere di tipo politico a soggetti non legittimati democraticamente.

⁵¹⁶ Si veda quanto affermato all'interno del Capitolo I, paragrafo § 1.1.

⁵¹⁷ Sul carattere solo apparentemente a-politico delle scelte riservate agli organismi tecnici si è espresso M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in www.gruppodipisa.it, 2015, p. 5, secondo il quale «vi è più di un motivo per dubitare che lo stesso modello delle autorità indipendenti (al di là dei risultati, in alcuni casi sicuramente ragguardevoli, che ha prodotto) sia riuscito a realizzare una effettiva separazione tra l'ambito della tecnica e quello della politica: a prescindere dal maggiore o minore grado di indipendenza che a tali organismi si è riusciti ad assicurare in concreto, in molti casi, le autorità indipendenti appaiono, più che uno strumento per collocare alcuni settori al riparo della decisione politica, come un raffinato meccanismo di “neutralizzazione” di scelte politiche, che non cessano certo di essere politiche solo perché sono messe al riparo dell'ingerenza delle maggioranze politiche di turno».

essere più efficienti e, al contempo, più garantistici di quelli attuabili con la legislazione⁵¹⁸.

Stando così le cose, quello che si propone è niente più che un'inversione di rotta in termini di *quomodo* della regolazione. La sostituzione al canale attualmente utilizzato per ammantarla di legalità, la partecipazione (della quale si è cercato di mettere in risalto i limiti e le incompatibilità con il ruolo delle AAI), con quello della rappresentanza politica, che riafferma il primato della legge anche nei settori in cui agiscono gli organismi indipendenti. Anche il modulo partecipativo del quale la regolazione delle AAI fa applicazione, infatti, sottende la natura politica dell'attività, posto che, altrimenti, si farebbe ricorso al contributo degli *stakeholders* solo in termini dichiaratamente collaborativi. Al contrario, questi apporti vengono invocati come garanzia di democraticità e di legalità dell'azione degli organismi indipendenti.

Il ritorno della politica nelle materie affidate alla regolazione delle autorità indipendenti non comporta, però, come anticipato, la negazione a queste ultime di qualsiasi funzione regolatoria. Il potere regolamentare delle *Authorities* continua a presentare evidenti vantaggi soprattutto in termini di flessibilità e snellezza, che hanno contribuito a far propendere lo Stato per quella “fuga dal regolamento” governativo di cui la dottrina discute da tempo⁵¹⁹. Proprio questa duttilità si conferma preziosa nell'assicurare l'assolvimento di quella funzione di rapido adattamento della disciplina alle domande e ai cambiamenti della società⁵²⁰.

La sfida è, piuttosto, quella di realizzare una più equilibrata demarcazione tra spazi della politica e della tecnica, in modo tale da assicurare che i principi fondamentali dell'ordinamento ed il principio di legalità dell'azione amministrativa, in particolare, risultino ripristinati nella loro originaria funzione. Quello cui si aspira è, cioè, l'attribuzione alla legge della disciplina dei profili che ineriscono alle scelte propriamente politiche, quelle afferenti al bilanciamento tra i valori e gli interessi in gioco a livello generale ed astratto (bilanciamento che, pur potendo presentare profili tecnici, non costituisce un'operazione asettica e matematica), e alla regolazione indipendente degli aspetti più propriamente tecnici, quelli che necessitano di un adattamento rapido e continuativo, che vada di pari passo con le evoluzioni della realtà⁵²¹.

⁵¹⁸ Cfr. M.T.P. CAPUTI JAMBERGHI, *La funzione amministrativa* cit., p. 239 ss.

⁵¹⁹ L'espressione è utilizzata, tra i tanti, da B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2015, II, p. 388 ss. Interessanti, in relazione all'attuale consistenza fluida delle fonti secondarie dell'ordinamento, le riflessioni di F. ZAMMARTINO, *Riflessioni sparse su alcune (spinose) questioni riguardanti il rapporto tra tecnica e politica*, in *Amministrativ@mente*, 2021, IV, p. 767 ss., che sottolinea come i regolamenti ministeriali e governativi di cui alla legge n. 400/1988 siano percepiti ormai come strumenti eccessivamente macchinosi e desueti, inadatti a regolare una realtà sempre più dinamica e cangiante.

⁵²⁰ Una funzione per la quale già a suo tempo riteneva che la fonte regolamentare fosse quella più indicata A.M. SANDULLI, *Le norme tecniche nell'edilizia* in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1974, II, p. 197.

⁵²¹ Un riassetto delle rispettive sfere di competenza che veniva auspicato già da G. De Minico, in occasione della seduta del 26 gennaio 2011, nell'ambito dell'indagine conoscitiva effettuata dalla Commissione I

L'essenza del principio di legalità si lega, infatti, all'adozione delle scelte propriamente valoriali. Il contenuto del potere amministrativo deve essere definito a monte dalla legge per quanto concerne i profili che determinano l'assetto dei vari interessi coinvolti nella materia sulla quale il potere va ad incidere. Per quanto concerne, invece, i profili più tecnici o quelli che, pur implicando considerazioni politiche, si limitano a "svolgere" quell'equilibrio già definito dalla fonte primaria, nulla osta ad una loro regolamentazione per mezzo delle fonti secondarie. La mancata definizione da parte della legge della disciplina sulle componenti tecniche non rappresenta, quindi, una deroga al principio di legalità⁵²².

Tutto questo, nella consapevolezza del fatto che questa separazione tra tecnico e politico non è quasi mai realizzabile con precisione scientifica, quasi come se si trattasse di una scissione molecolare. Anzi, si è consci del fatto che le ampie deleghe normative sulle quali si ragiona sono anche la conseguenza della difficoltà che si incontra nel tentativo di delimitare queste due sfere e delle implicazioni anche politiche che spesso le decisioni tecniche recano con sé⁵²³.

Ciò nonostante, la complicatezza della materia e l'intricata connessione esistente tra i profili richiamati non possono essere il viatico per il baratto del valore della legalità con quello dell'efficienza della regolazione.

Quanto detto trova anche conferma nel fatto che qualsiasi altro tentativo volto a recuperare i valori della legalità e della democraticità e a ricostruire i loro «sentieri interrotti⁵²⁴» nella regolazione delle autorità indipendenti si dimostra non del tutto appagante⁵²⁵.

(Affari costituzionali della Presidenza del Consiglio e Interni) della Camera dei Deputati proprio in materia di autorità indipendenti. Si veda, a questo riguardo, il resoconto stenografico della seduta, pp. 7 – 9. Carattere esclusivamente tecnico-specialistico alla regolazione delle autorità indipendenti è attribuito anche da E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente* cit., p. 42 ss., sebbene pervenga a conclusioni diverse sulle soluzioni da applicare ai casi in cui le autorità esercitino anche poteri discrezionali.

⁵²² Sul punto si rimanda alle riflessioni di A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 128 ss. Si veda anche la giurisprudenza citata, tra cui, in particolare, la sentenza Corte Cost. 28 luglio 1993, n. 355, nella cui motivazione si legge: «Infatti, l'espresso obbligo dei predetti ministri di avvalersi di organi od enti dotati di competenze spiccatamente tecniche lascia chiaramente trasparire che la disposizione impugnata intende prevedere una forma di coordinamento tecnico, vale a dire una funzione che, come questa Corte ha costantemente affermato (v., per tutte, sent. n. 49 del 1991), si distingue da quella concernente l'indirizzo e coordinamento politico-amministrativo e che, pertanto, può essere esercitata senza bisogno di attenersi alle rigorose regole della legalità sostanziale».

⁵²³ Come messo in evidenza anche da R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 127.

⁵²⁴ L'espressione è presa in prestito da F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quaderni Costituzionali*, 2006, p. 273 ss.

⁵²⁵ Sul punto, è di particolare interesse, per l'originalità e la raffinatezza della soluzione proposta, la tesi di E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente* cit., p. 61 ss. Riallacciandosi alle, così dette, teorie «condizionalistiche» degli anni '90 del secolo scorso, l'autore ritiene che lo statuto delle autorità indipendenti implichi necessariamente, come regola generale, che queste esercitino funzioni di carattere puramente tecnico-specialistico, che non implicano scelte relative al bilanciamento tra i vari interessi in gioco. Quest'ultimo, sarebbe, infatti, già compiutamente fissato dal legislatore. Questa impostazione di base sarebbe l'unica coerente con il principio della sovranità popolare. Lo stesso autore ammette, però, che vi sono casi eccezionali in cui il legislatore attribuisce espressamente alle AAI una delega normativa che comprende anche l'adozione di scelte politiche. In queste ipotesi si verifica una deroga allo schema

L'esigenza di continuo adattamento dell'atto di regolazione ai mutamenti della realtà non può, infatti, riguardare la scelta valoriale che sancisce l'equilibrio tra i valori in potenziale conflitto⁵²⁶.

generale che necessita di un correttivo, individuato nelle norme contenute all'interno di alcune direttive europee del 2009: in particolare, nell'articolo 35, comma 4, della direttiva 2009/72/CE, e nell'art. 38, comma 4, della direttiva 2009/73/CE. Entrambe le norme stabiliscono che, rispetto all'attività delle autorità di regolazione che operano nei settori dell'energia elettrica e del gas, sono ammissibili: «orientamenti di politica generale elaborati dal governo, ma non connessi con i compiti e le competenze di regolamentazione». Questo comporterebbe che in tutti i casi in cui la legge conferisce alle AAI dei poteri normativi che implicano anche valutazioni di ordine politico-discrezionale, pur in mancanza di criteri e principi direttivi all'interno della legge, l'attività dei regolatori sarebbe vincolata al rispetto degli indirizzi generali di politica economica adottati dal governo. La tesi, pur suggestiva e argomentata autorevolmente, si espone a qualche rilievo critico. In primo luogo, è da ritenere, in contrasto con quanto l'autore afferma, che le norme citate si riferiscano ai soli settori presi in considerazione e non abbiano una portata generale. Ciò, in base all'applicazione del principio ermeneutico espresso dall'antico brocardo latino: «*ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*», secondo il quale quando il legislatore intende dire una cosa lo fa, laddove invece non intende dettare una norma, tace. In questo caso, il fatto che la norma europea faccia espresso riferimento ai soli settori dell'energia elettrica e del gas fa propendere per questa soluzione. Una conclusione di questo tipo trova, inoltre, conferma nel fatto che, trattandosi di norma eccezionale, che in un certo senso deroga a quel regime di indipendenza delle AAI dalla politica, non se ne può ammettere un'estensione in via analogica sulla base della *eadem ratio*. La conseguenza è che, anche ove la soluzione prospettata fosse soddisfacente in punto di garanzie, rimarrebbe comunque confinata ai soli casi contemplati dalla norma. A quanto detto finora si aggiunge un ulteriore rilievo, che pertiene alla tutela giurisdizionale dei soggetti che ritengono che l'autorità non abbia seguito l'indirizzo politico governativo nell'esercitare il potere normativo conferitole. L'autore, a questo riguardo, ritiene che l'atto di regolazione sarebbe annullabile in giudizio per eccesso di potere. L'affermazione desta qualche dubbio. Viene da chiedersi, infatti, in che modo si possa sostenere l'esistenza di un vizio di eccesso di potere rispetto ad un atto che si pone in contrasto con un certo indirizzo politico. Sembra arduo poter predicare l'eccesso di potere con riferimento ad un atto che esprime un potere di regolazione sostanzialmente primario, posto che quest'ultimo trova nella legge solo l'indicazione dei fini che dovranno essere perseguiti, ma viene incaricato di provvedere esso stesso alla definizione dei loro reciproci rapporti. L'eccesso di potere è, infatti, vizio della funzione amministrativa che si esprime, o nella forma dello sviamento rispetto al fine individuato dalla legge, o nella violazione dei principi generali dell'azione amministrativa, rilevata attraverso l'ausilio delle figure sintomatiche. Nel caso di specie, tuttavia, non pare potersi ravvisare né uno sviamento dal fine che deve essere perseguito per legge (posto che l'autorità può ben perseguire il fine genericamente indicato dalla legge anche senza attenersi agli indirizzi politici governativi), né la sussistenza di una delle figure sintomatiche elaborate dalla giurisprudenza. Infatti, quelle della contraddittorietà e del mancato rispetto di autovincoli (che sembrano le più pertinenti rispetto al caso in esame), si riferiscono comunque ad atti presupposti adottati dalla stessa Amministrazione o vertenti sullo stesso oggetto dell'atto considerato. Condizioni, queste ultime, che sembrano entrambe mancare nel caso del rapporto tra gli atti di indirizzo e i poteri di regolazione delle AAI. Il vizio che potrebbe essere più verosimilmente invocato sarebbe, invece, quello della violazione di legge. Tuttavia, si nutrono dubbi anche sulla contestabilità di quest'ultima, posto che la legge si limita a rinviare genericamente agli indirizzi politici espressi dal governo e manca, quindi, la precisa indicazione di un parametro che consentirebbe di esprimere un giudizio di conformità. Ci si deve chiedere, in altri termini, se gli orientamenti di politica generale espressi dal governo possano costituire un valido parametro di raffronto per il potere regolamentare esercitato dalle autorità indipendenti. La risposta, a questo riguardo, sembra dover essere negativa. La legge effettua un rinvio materiale agli indirizzi politici espressi dal governo che, inevitabilmente, presentano natura generica e, per certi versi, volubile. Nel complesso, sembra che, quindi, anche questo indirizzo interpretativo, pur pregevolissimo, sia guidato nella sua evoluzione dal convincimento che sia necessario trovare nel sistema qualche appiglio che consenta di giustificare l'esistenza di un potere normativo che presenta marcati tratti di illegittimità. Per un migliore approfondimento sul vizio di eccesso di potere si rimanda a F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 295 ss.

⁵²⁶ Si vedano ancora le considerazioni di F. ZAMMARTINO, *op. ult. cit.*, p. 770 ss., il quale afferma che la norma tecnica non può, da sola, definire l'equilibrio tra i vari interessi in gioco ed esclude che le autorità indipendenti possano essere concepite alla stregua di "tecnostrukture". L'autore ravvisa, invece, l'esistenza di scelte di carattere valoriale. Poco importa, ai fini del ragionamento, se, nella prospettiva da lui seguita, queste scelte politiche comportino, quale necessaria conseguenza, il coinvolgimento delle parti interessate all'interno del procedimento.

Non si condividono, infatti, in questa sede le considerazioni di quanti ritengono che la regolazione tramite autorità indipendenti si limiterebbe ad adeguare la realtà giuridica alla natura delle cose⁵²⁷, che questa particolare modalità di intervento normativo consista in una sorta di riconduzione del sistema a coerenza, mediante l'adattamento della normazione ad un dato ontologico che non può essere diverso da come è definito dalle logiche del mercato concorrenziale⁵²⁸. Una prospettiva in base alla quale non ci sarebbe spazio, quindi, per scelte di carattere politico che siano diverse dalla predisposizione delle migliori condizioni per l'attuazione della «democrazia economica»⁵²⁹.

Infatti, se non può essere messo in dubbio il fatto che la maggior parte delle autorità indipendenti oggi riceva un riconoscimento o la propria fonte istitutiva nell'ordinamento comunitario e sia chiamata ad attuarne i principi, ciò non implica, come necessaria conseguenza, l'estromissione delle istituzioni politiche dal sistema regolatorio. L'attuazione della politica comunitaria non determina l'abrogazione implicita dell'articolo 41 della Costituzione⁵³⁰ e delle finalità sociali che esso esprime. Il ruolo della legge anche all'interno del mercato continua ad essere determinante. Ad essa compete la fissazione degli equilibri tra i molteplici interessi che vivono all'interno di questo sistema. Se non vi è dubbio che le scelte politiche nazionali debbano essere coerenti con la normativa proveniente dalla dimensione europea, sembra, quanto meno, azzardato sostenere che l'attuazione dei principi concorrenziali all'interno del mercato possa effettuarsi solo attraverso la completa (apparente) neutralizzazione della componente politica delle scelte.

La riappropriazione di questi spazi da parte della legge, però, non può avvenire semplicemente attraverso la meccanica correzione della formulazione delle norme attributive e la conseguente correzione delle

⁵²⁷ Sul punto, nuovamente, per la prospettiva internazionale, M. BETZU, *op. cit.*, p. 89 ss.

⁵²⁸ Un'interessante analisi ricostruttiva dei significati e dei rapporti reciproci tra politica e tecnica è svolta da D. CHIRICO, *"Tecnica" e "politica" nelle dinamiche inter-ordinamentali*, in *Consulta online*, 2009, che definisce la politica come la sfera pertinente all'individuazione degli scopi e delle finalità di un certo sistema e la tecnica come l'insieme dei mezzi funzionali all'attuazione delle prime. Mezzi che, in ogni caso, non hanno un carattere neutrale.

⁵²⁹ Questa è la posizione espressa da F. MERUSI, *Democrazia e Autorità indipendenti* cit., p. 52 ss.; per una critica a quest'ultima si vedano M. CUNIBERTI, *Autorità Indipendenti* cit., p. 445 ss.; e G. DE MINICO, *Regole, comando* cit., p. 56 ss. Occorre, peraltro, dare conto del fatto che, talvolta, l'Unione Europea impone agli Stati la costituzione delle AAI, ma non si spinge mai (perché non può farlo) ad attribuire loro poteri regolamentari sostanzialmente primari. Ciò depono nel senso che l'attuazione dei valori della concorrenza all'interno del mercato non implica quale suo logico corollario l'attribuzione di un potere di regolazione indipendente interamente a questi organismi.

⁵³⁰ Come affermato da R. MANFRELLOTTI, *Indirizzo politico, "diritto mite" e Autorità amministrative indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti*, I, 2020, p. 4: «La tutela della concorrenza, in altri termini, costituisce un'attività di programmazione posta in essere ai sensi dell'art. 41, co. III, Cost. nella prospettiva di orientare l'iniziativa economica dei privati verso le finalità sociali espresse dalla Carta Costituzionale (...) Ne consegue che siffatta attività non è diversa, nella sua essenza, dalla composizione di interessi giuridicamente rilevanti posta in essere da tutte le amministrazioni pubbliche, indipendenti o meno dal governo; ed è, pertanto, un'attività politica nei termini in cui tale può considerarsi l'attività di bilanciamento esercitata dalle amministrazioni pubbliche».

ampie deleghe che queste conferiscono alle autorità (già, di per sé, complicata).

Essa transita, in verità, per l'adozione di un diverso modo di pensare le AAI da parte dell'intero ordinamento e, in primo luogo, da parte della giurisprudenza. La sensazione che si ha oggi è, infatti, che soprattutto gli organi giurisdizionali interpretino il ruolo di questi organismi indipendenti in modo oltremodo largo⁵³¹, implicitamente riconoscendo ad essi una funzione che va ben al di là di quella propria di un soggetto, sì indipendente, ma titolare comunque di funzioni prevalentemente amministrative⁵³². Sono letture che giustificano la violazione dei più basilari principi dell'ordinamento costituzionale in ragione della particolare *mission* di cui queste sono investite. Poco importa, poi, se questa *mission* non è chiaramente definita nella sua esatta estensione e non dice fino a dove ci si potrebbe spingere in questa deroga continua alle regole generali. Una deroga che spesso, come visto, chiama in causa anche la teoria dei poteri impliciti⁵³³.

Anche nelle letture della giurisprudenza, la vaghezza della delega legislativa viene spesso giustificata in ragione del tecnicismo della materia, che imporrebbe un aggiornamento continuo e celere del dato normativo,

⁵³¹ Si veda a titolo esemplificativo la sentenza del Consiglio di Stato sez. VI, 14/06/2006, (ud. 17/01/2006, dep. 14/06/2006), n. 3502, intervenuta su una controversia riguardante l'ampiezza dei poteri dell'autorità per l'Energia Elettrica e il Gas, la cui ampiezza è stata giustificata sulla base di considerazioni di tipo teleologico.

⁵³² Uno dei casi più emblematici è quello della sentenza T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 30/03/2017, n.4100, con la quale l'organo giurisdizionale amministrativo ha giustificato l'esercizio da parte dell'AGCOM di un potere regolamentare in materia di diritto d'autore online non espressamente attribuito da alcuna norma di legge. Nonostante le perplessità manifestate rispetto ad una ricostruzione di questo tipo da parte della stessa Corte Costituzionale in occasione del pronunciamento su una questione di legittimità costituzionale sollevata nel corso dello stesso giudizio, il tribunale amministrativo ha, ciò non di meno, effettuato un'artificiosa attività di ricostruzione del dato normativo vigente al fine di individuare una base legislativa per i poteri di regolazione esercitati dall'autorità. Si è trattato, quindi, di una lettura sistematica del dato normativo volta a ricercare degli appigli normativi che potessero giustificare l'esercizio del potere. Una lettura che, in ogni caso, non denota comunque una copertura legislativa della materia concretamente interessata dalla normazione dell'AAI, intervenuta su aspetti molto specifici del diritto d'autore *online*, che non sono in alcun modo considerati dalla legge attributiva della potestà regolamentare all'autorità. Sul contenuto della sentenza e il percorso ricostruttivo effettuato dal TAR del Lazio si vedano anche le considerazioni svolte da M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2018, II, p. 170 ss.

⁵³³ È il caso, per esempio, della pronuncia del Consiglio di Stato sez. VI, 24/05/2016, n. 2182, che pure ha riconosciuto che nel caso di specie neppure la lettura sistematica delle disposizioni relative ai poteri regolatori ed alla funzione attribuita dalla legge all'autorità potesse legittimare il potere regolamentare esercitato. Si veda anche la sentenza Consiglio di Stato, Sezione VI, 1° ottobre 2014, n. 4874, in cui i giudici amministrativi hanno ritenuto, in relazione ai rapporti tra potere regolamentare delle AAI e principio di legalità, che: «Nel caso degli atti regolamentari, tuttavia, la legge normalmente non indica nei dettagli il relativo contenuto. La particolare declinazione del principio di legalità sostanziale in tal modo realizzata si giustifica in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema. Una predeterminazione legislativa di carattere rigido risulterebbe di ostacolo al perseguimento di tali scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, della sola predeterminazione legale (purché caratterizzata da adeguati livelli di certezza) degli obiettivi propri dell'attività di regolazione e dei limiti dell'esercizio in concreto di tale attività (al riguardo la dottrina e la stessa giurisprudenza di questo Consiglio hanno talora richiamato la teorica dei cc.dd. 'poteri impliciti')».

proprio al fine di tenere il passo delle trasformazioni di una società sempre più evoluta e proiettata al futuro⁵³⁴.

Ma si ritiene che proprio in questo tipo di impostazione risieda il fraintendimento. L'attività regolatoria delle AAI, come visto, non ha natura puramente tecnica⁵³⁵. Essa consta anche di componenti fortemente politiche che, però, lo Stato decide di riservare interamente alle stesse autorità, sulla base di un mandato onnicomprensivo. Si tratta di una scelta di opportunità, che mira a valorizzare l'efficienza e la snellezza dell'intervento, ma finisce per creare un'indebita sovrapposizione tra scelte valoriali e valutazioni tecnico-specialistiche⁵³⁶. Una scelta che, di fatto, nell'eliminare il filtro della legge nella definizione dell'equilibrio tra i diversi valori in gioco, finisce per rendere la stessa norma tecnica la fonte di questo equilibrio. La tecnica, in questo modo, da oggetto della regolazione diviene, essa stessa, regola⁵³⁷.

È ancora una volta la distinzione tra politica e tecnica, quindi, a dover guidare l'interprete nel tracciamento di un percorso di ripensamento dei poteri delle autorità⁵³⁸.

Il presente ragionamento, peraltro, acquista un valore aggiunto se calato all'interno dell'odierno contesto politico-economico, sul quale ha avuto una forte incidenza la crisi sanitaria iniziata nel 2020.

Difatti, una ridefinizione in questi termini del potere normativo delle autorità sembrerebbe poter trovare un'agevolazione nell'inversione di tendenza che proprio la crisi pandemica pare avere in parte accentuato

⁵³⁴ Si veda, a questo proposito, la motivazione della sentenza del Consiglio di Stato sez. VI, 02/05/2012, n.2521, al punto 6.1.

⁵³⁵ Peraltro, è particolarmente interessante, sul punto, la posizione espressa da A.M. SANDULLI, *Le norme tecniche nell'edilizia* cit., p. 189 ss., secondo il quale ogni norma giuridica costituisce l'applicazione a livello giuridico di un certo sapere specialistico. La dizione "norme tecniche" sarebbe, pertanto, errata.

⁵³⁶ Cfr. LA SPINA – MAJONE, *Lo stato regolatore* cit., p. 61 ss., che, invece, sono nitidamente consapevoli del carattere politico delle decisioni delle AAI e ne rifiutano una connotazione meramente tecnica. Ritengono, tuttavia, che l'affidamento di queste decisioni anche politiche ai regolatori indipendenti sia una scelta necessaria in un contesto politico, economico e tecnologico caratterizzato da trasformazioni continue.

⁵³⁷ In relazione a questi punti è utile richiamare, ancora una volta, l'attenzione sulla giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di rapporti tra conoscenze tecnico-scientifiche e diritto. In particolare, meritano di essere menzionate le parole usate dalla Consulta in occasione della pronuncia n. 61 del 1997, nella cui motivazione si afferma che sono tecniche «quelle prescrizioni che vengono elaborate generalmente sulla base di principi desunti dalle c.d. "scienze esatte" o dalle arti che ne sono applicazione». La pronuncia, pur criticata da parte della dottrina per la sua nettezza in relazione al riferimento alle sole scienze esatte, esprime comunque un orientamento che è stato confermato anche nelle decisioni degli anni seguenti. Quello secondo cui è tecnico ciò che è «oggettivo e neutrale, nel senso di non implicare interessi». Si tratta, quindi, di un'attività nettamente distinta e non confondibile con quella politica. Cfr., su questi punti, A. IANNUZZI, *op. cit.*, p. 157 ss.

⁵³⁸ Sul punto si vedano anche le interessanti riflessioni di N. IRTI, *Atto primo*, in N. IRTI – E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Bari, 2001, p. 14 ss., che, pur dando conto di un evidente progressivo indebolimento della politica e della sua forza programmatrice all'interno degli ordinamenti contemporanei, ciò non di meno ne esalta la sua capacità di dare luogo ad un «diritto della volontà» (...) «debole sì, ma teso a orientare il capitalismo e la tecnica». Cfr. anche E. BRUTI LIBERATI, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizii di un modello istituzionale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, I, 2020, p. 52 ss., che ribadisce il fatto che la configurazione del modello delle AAI implica necessariamente l'attribuzione ad esse del potere di adottare decisioni di natura solamente tecnica.

nell'ordinamento (e non solo quello italiano) a livello legislativo e di politica economica.

In maniera ben più decisa rispetto a quanto avvenuto dopo la crisi finanziaria del 2008⁵³⁹, infatti, negli ultimi tre anni si è assistito ad un parziale allentamento da parte dell'Unione Europea nei confronti degli Stati membri dei vincoli derivanti dalla normativa pro-concorrenziale, al fine di porre rimedio alle disfunzioni causate dall'emergenza sanitaria⁵⁴⁰. A questi interventi in deroga alla normativa vigente si è, però, aggiunto anche un insieme di iniziative volte al potenziamento dell'intervento pubblico nel mercato, atto a coniugare i benefici della concorrenza con la dimensione sociale che pure trova espresso riconoscimento nei Trattati⁵⁴¹.

Si tratta di una reazione dovuta in larga parte ad una crisi in atto, questo è certo, ma non interamente. Piuttosto, la crisi sembra avere accelerato l'emersione di elementi critici e perplessità che iniziavano ad affiorare negli anni immediatamente precedenti allo *shock* pandemico. Già da qualche tempo, infatti, gli studiosi avevano incominciato a porsi degli interrogativi sull'effettiva tenuta di un sistema che non è in grado di fornire risposte adeguate nel far fronte alle attuali sfide del mercato globale e a quelle poste dalla corsa alla digitalizzazione e dal cambiamento climatico⁵⁴². In altri termini, il sistema fondato sulla massima esaltazione del mercato concorrenziale, sulla ritrazione dello Stato al di fuori della politica

⁵³⁹ Con riferimento alla quale, nell'alludere al ruolo determinante che hanno avuto gli Stati nel soccorrere le istituzioni finanziarie sull'orlo del collasso, M. CLARICH, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?* in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2018, I, p. 7, ha utilizzato l'espressione di "Stato salvatore".

⁵⁴⁰ Sul punto si veda F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, p. 14 – 35 ss., che dà conto dell'avvio di una nuova stagione contrassegnata dall'intervento delle pubbliche istituzioni in ambito economico, sia per fronteggiare le conseguenze della crisi determinata dal Covid-19, sia per orientare le pratiche produttive verso obiettivi *green* ed ecosostenibili. Lo stesso autore sottolinea come Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza costituisca un atto di programmazione politico - economica nazionale di portata straordinaria.

⁵⁴¹ Cfr. S. CECCHINI, *L'Europa aspira a diventare uno Stato sociale?* in *Rivista AIC*, IV, 2021, p. 103 ss.

⁵⁴² Sono di grande interesse sul punto le considerazioni di J. PAFFARINI, *Indirizzo politico e regulation dopo l'emergenza Covid-19. Alcune riflessioni sulle recenti tendenze dell'antitrust*, in *DPCE online*, 2021, numero speciale, p. 1846 ss., che analizza, da un lato, le critiche che si sono levate nell'ordinamento statunitense in ragione di un atteggiamento eccessivamente accondiscendente dell'Antitrust rispetto a pratiche concorrenziali scorrette da parte dei colossi delle comunicazioni digitali e dell'e-commerce, come Facebook, Amazon e Google. Dall'altro, si sofferma sul contesto europeo e dà voce ai dubbi che si levano sempre più insistentemente in seno ai Paesi membri dell'Unione Europea sull'adeguatezza del modello economico scolpito nei Trattati, fondato sulle liberalizzazioni e sulla massima esaltazione delle qualità del mercato concorrenziale, a reggere l'urto delle sfide contemporanee, in cui nuove potenze economiche si affacciano minacciosamente sul mercato globale, attraverso politiche di investimento aggressive e pesantemente foraggiate dall'apparato Statale con le sue risorse. Profilo, quest'ultimo, messo in evidenza anche da F. BASSANINI, L. TORCHIA, G. NAPOLITANO, *Introduzione* al volume ASTRID-IRPA, in IDEM (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 4 ss., che esaltano le potenzialità e i benefici ricavabili a livello di progresso economico e di benessere collettivo di un sistema di intervento pubblico nell'economia che punti a rispondere alle sfide del futuro. Questo può avvenire fornendo alle imprese emergenti all'interno dei settori chiave per le politiche digitali e di riconversione ecologica gli strumenti per affermarsi nel mercato e per affrontare i costi imposti dal raggiungimento di risultati di medio e lungo periodo. Deve trattarsi, quindi, di interventi rivolti ai settori strategici per l'economia, la sicurezza e la competitività dei Paesi.

economica e sulla centralità dei poteri di regolazione delle autorità indipendenti quali soggetti neutrali ed apolitici, ha iniziato ad essere messo in discussione da più parti⁵⁴³.

I risvolti di questa apparente parziale inversione di tendenza a livello sia di politiche europee che italiane potranno essere valutati nella loro effettività e consistenza solo negli anni a venire, posto che lo scenario odierno risulta essere ancora fortemente condizionato dal riassetto dei mercati (e, quindi, delle politiche pubbliche) a seguito della pandemia.

Sembra, tuttavia, difficile ritenere che il cambio di paradigma da parte dell'Unione Europea nel suo approccio alla regolazione dei mercati e alle politiche economiche possa essere radicale, soprattutto in ragione della perdurante validità dei principi concorrenziali scolpiti all'interno dei Trattati istitutivi⁵⁴⁴. Più verosimile pensare, invece, alla prospettiva del raggiungimento di una situazione di equilibrio tra forme di intervento pubblico nell'economia e il mantenimento di principi e dinamiche concorrenziali⁵⁴⁵, attraverso uno sforzo sinergico verso la modernizzazione del sistema economico-produttivo e la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini.

Di conseguenza, anche la figura delle autorità indipendenti non sembra potersi ritenere destinata ad una precoce scomparsa.

Uno scenario che sembra più probabile è, appunto, quello della ridefinizione del ruolo che molti degli Stati europei, tra cui, in primo luogo, l'Italia, riconoscono a questi organismi, attraverso un ridimensionamento della deferenza che attualmente descrive i rapporti tra legislatore nazionale e AAI. Si tratterebbe, appunto, della presa d'atto del diverso ruolo che la tecnica e la politica svolgono all'interno di un ordinamento giuridico democratico e del fatto che, soprattutto in questa apparentemente ritrovata dimensione sociale dell'economia, l'assunzione delle scelte valoriali spetta alla seconda⁵⁴⁶.

⁵⁴³ Cfr., S. CASSESE, *La nuova costituzione economica* cit., p. 403, che fa proprio riferimento alla «dequotazione della regolazione indipendente» nel contesto politico-economico attuale. Sugli stessi temi si veda anche G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Il Mulino, Bologna, 2022.

⁵⁴⁴ Questa è la posizione espressa anche da F. TOMASICCHIO, *Le manifestazioni dello Stato interventore nel paradigma neoliberale. Il caso delle nazionalizzazioni dell'energia in Europa*, in *Politica del diritto*, 2023, II, 234.

⁵⁴⁵ Uno scenario ipotizzato anche da F. BILANCIA, *Op. ult. cit.*, 2022, I, p. 48, che pure ne mette in evidenza il carattere inevitabilmente precario, che renderà necessari assestamenti e aggiornamenti continui.

⁵⁴⁶ Una prospettiva, quest'ultima, condivisa anche da C. SARTORETTI, *Le Authorities al tempo del Covid-19. Riflessioni sul ruolo delle autorità indipendenti: modello in declino o consolidato?* in *DPCE online*, 2021, II, p. 2148 ss., che sottolinea il ruolo ordinante che deve essere riconosciuto alla politica, intesa quale espressione di volontà. L'autrice riconosce allo spazio politico (che si esprime attraverso la legge) un ruolo governante anche all'interno di un contesto globalizzato e capitalistico come quello attuale. La riflessione sul mantenimento della figura delle AAI è condivisa anche da V. TURCHINI, *Le Autorità Amministrative Indipendenti oggi. La necessità di un approccio storico e comparato*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2022, I, p. 44, che allude ad un «ritorno alla normalità» della regolazione, una volta superata la crisi innescata dalla pandemia. Occorre anche dare conto del fatto che tanto nella riflessione politica quanto in quella dottrinale non sembra assistersi ad una rivalutazione del ruolo delle amministrazioni indipendenti. Al contrario, il loro ruolo a livello regolativo sembra destinato a rafforzarsi ulteriormente in relazione alle sfide poste dalle più recenti tecnologie, in particolare da quelle dell'Intelligenza Artificiale. Si rimanda, sul punto, ai contributi

Si tratterebbe, quindi, del mantenimento del ruolo svolto dalle autorità indipendenti anche sul versante della regolazione nei rispettivi settori, ma attraverso la sua circoscrizione ai profili tecnici della materia o, in ogni caso, attraverso il restauro dei normali rapporti gerarchici tra fonti primarie e secondarie.

Questa apparente riconduzione del mercato ad una vocazione sociale sembra poter essere, cioè, l'occasione per l'abbandono delle posizioni secondo le quali la concorrenza sarebbe un valore di per sé in grado di assicurare un'adeguata tutela dei diritti costituzionali. Un'opportunità, quindi, per superare quelle concezioni ancora radicate secondo cui il ruolo delle AAI sarebbe soltanto quello di attuare in modo neutrale la parità delle armi nel mercato e non comporterebbe, come tale, la necessità di una legge a monte atta a definirne i contenuti⁵⁴⁷.

Il ruolo delle amministrazioni indipendenti a livello regolamentare non dovrebbe, però, esaurire l'insieme delle funzioni da riconoscere loro.

Oltre che nell'attività di regolazione a valle, l'*expertise* e l'alta qualificazione dei membri delle autorità andrebbe ulteriormente rinforzata a monte, attraverso l'irrobustimento dei poteri di *advocacy* che esse esercitano nei confronti degli organi di governo e parlamentari⁵⁴⁸. Andrebbe, cioè, ulteriormente incoraggiata quell'attività di proposta e di dialogo e con gli organi costituzionali che è davvero in grado di massimizzare i benefici derivanti dal ricorso alla figura delle AAI nel rispetto dell'architettura dell'ordinamento costituzionale⁵⁴⁹. Questo non solo per l'elevata competenza che contraddistingue i loro membri, ma anche per la particolare vicinanza rispetto al settore di riferimento ed ai suoi operatori, che consente a queste Amministrazioni di avere un quadro limpido e dettagliato delle dinamiche e delle trasformazioni che li riguardano⁵⁵⁰.

di AA. VV., *Speciale. La regolazione delle decisioni algoritmiche da parte delle autorità amministrative indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti*, II, 2021, p. 723 ss.

⁵⁴⁷ Cfr., sul tema della concorrenza e della sua lettura nel sistema dello Stato regolatore, J. PAFFARINI, *Indirizzo politico* cit., p. 1840.

⁵⁴⁸ All'esito dell'indagine conoscitiva sulle autorità indipendenti condotta dalla prima Commissione della Camera dei deputati nel 2011 era emerso proprio il bisogno delle autorità di disporre di strumenti più incisivi da questo punto di vista, posto che le attività di segnalazione e proposta esercitate nei confronti del governo e del Parlamento rimanevano nella maggior parte dei casi inascoltate. Un'esigenza rimarcata anche da G. TARLI BARBIERI, *Considerazioni di sintesi* cit., p. 947.

⁵⁴⁹ Per quanto concerne l'esperienza italiana si vedano, a titolo esemplificativo, i poteri di proposta e segnalazione dell'AGCM di cui agli articoli 21 e 22 della legge n. 287 del 1990, quelli delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, cui fa riferimento l'art. 2, comma 12, lettera a), della legge n. 481 del 1995, nonché quelli riconosciuti all'AGCOM dall'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 1 dalla legge n. 249 del 1997. Per quanto attiene all'esperienza francese, è doveroso menzionare i poteri di segnalazione e di proposta di cui è titolare l'*Autorité de la concurrence*, ai sensi del *Code du commerce*, art. L. 462-4 e il potere di rendere avvisi e raccomandazioni o di effettuare spontaneamente proposte di riforma di leggi e regolamenti al Parlamento e al governo che l'art. 8.1.4.a de la *Loi Informatique et Libertés* riconosce alla CNIL.

⁵⁵⁰ A questo proposito è da segnalare che sia nel 2021 che nel 2022 sia stata adottata dal Parlamento, su proposta del governo, la legge annuale per il mercato e la concorrenza di cui all'art. 47 della legge n. 99 del 2009. Si tratta di una legge che raccoglie proprio le proposte e le segnalazioni contenute all'interno della relazione annuale che l'AGCM trasmette al governo, all'interno della quale illustra i principali profili sui quali ritiene necessario un intervento normativo al fine di garantire la piena concorrenzialità del mercato.

5.6. *L'avvenire della soft regulation. Le forzature dell'ordinamento francese alla prova delle più recenti dinamiche del mercato globale.*

Il tema della regolazione flessibile è stato approfondito soprattutto in relazione al contesto ordinamentale francese e a quello globale. Proprio a queste due dimensioni si farà riferimento in queste brevi pagine conclusive, nel tentativo di provare ad immaginare quale potrà essere il ruolo di questa nuova fonte del diritto nel prossimo futuro.

Ciò non significa, però, che le considerazioni che saranno svolte non siano valedoli anche per la situazione italiana, posto che, come si è cercato di mettere in luce, la *soft regulation* perpetua (in alcuni casi, in modo amplificato) le criticità già riscontrate dall'ordinamento rispetto all'esercizio dei poteri regolamentari delle stesse amministrazioni indipendenti.

In chiusura del lavoro è, allora, doveroso dedicare qualche riflessione a questa figura giuridica, che oramai condiziona fortemente la concezione della normatività nella maggior parte degli Stati a livello mondiale e della quale le autorità indipendenti e gli organismi di regolazione sono tra i principali interpreti, tanto a livello nazionale che globale⁵⁵¹.

Viene da chiedersi, in particolare, se davvero sia stata intrapresa una strada che conduce alla definitiva liquefazione del diritto e delle sue fonti, ad una sorta di dimensione in cui le regole tendono sempre più di frequente all'autopoiesi⁵⁵², o se, invece, ci si trovi in una fase di transizione, destinata a giungere presto o tardi al capolinea e ad annunciare il ritorno di un diritto duro ed imposto dall'alto.

A questo riguardo, non possono essere date risposte definitive. La diffusione della *soft regulation* a livello internazionale e nei singoli ordinamenti è legata a doppio filo ai modelli economici che gli Stati hanno deciso di adottare, all'accelerazione o al rallentamento dei processi di globalizzazione e di interconnessione delle economie, nonché alle conseguenti esigenze di

Questa tendenza che sembra essersi affermata negli ultimi anni, anche in ragione delle emergenze in corso, merita di essere segnalata, in quanto in precedenza la citata legge era stata adottata solo una volta, nel 2017. Sul punto si rimanda a A. MOLITERNI, *La legge annuale per il mercato e la concorrenza al tempo del PNRR*, in *Giornale di diritto amministrativo*, V, 2022, p. 581 ss.; e a F. BILANCIA, *Op. ult. cit.*, p. 44. Di particolare interesse, a questo proposito, anche la disciplina contenuta all'interno del D.M. del MEF n. 100 del 2021, che attua la disciplina del D.L. 34 del 2019 e che prevede, in relazione alla sperimentazione di progetti innovativi tramite le *sandboxes*, che le autorità di regolazione dei settori bancario, finanziario e assicurativo, in base agli esiti del progetto sperimentato, possano esercitare poteri di proposta di modifica della normativa vigente al governo e al Parlamento. Si tratta, quindi, di un modulo innovativo che cerca di coniugare, pur con numerose criticità, la competenza tecnica delle autorità indipendenti di settore con il ruolo politico-legislativo del Parlamento, al quale permane l'ultima parola sulle scelte di normazione primaria anche in materia di nuove tecnologie. Sul punto si rimanda a M. MILANESI, *Lo sviluppo delle sandbox regolatorie italiane tra dubbi e opportunità* cit., p. 113 ss.

⁵⁵¹ Sul punto di rinvia a J.M. SOREL, *Le rôle de la soft law dans la gouvernance mondiale* cit., p. 46 ss.

⁵⁵² Uno scenario preconizzato, tra gli altri, da M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti* cit., p. 180, che ritiene che la transizione verso un diritto che mira alla autoreferenzialità dei singoli sistemi sociali nei quali è prodotto sia possibile solo a patto che vengano adottate idonee garanzie di ordine procedimentale a tutela dei soggetti coinvolti. Si veda anche E. GROSSO, *Riconoscimento di poteri normativi "di fatto" alle Autorità Amministrative Indipendenti*, in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 70 ss.

armonizzazione di regole e standard di comportamento a livello mondiale. Essa è stata, fino ad ora, componente fondamentale dell'armamentario per il perseguimento di obiettivi di efficienza, snellezza e malleabilità nell'elaborazione delle regole. Ingredienti, questi ultimi, imprescindibili per un sistema che ruota intorno alla produttività e che persegue come obiettivo primario la facilitazione delle interazioni tra sistemi economici.

Ecco che, dunque, alcuni spunti di riflessione sono suggeriti proprio dalle considerazioni effettuate in chiusura del precedente paragrafo, in relazione a quello che sembra essere un rinnovato ruolo attivo degli Stati a livello di programmazione delle politiche economiche dei rispettivi ordinamenti.

Se, infatti, questi nuovi accenni di interventismo statale dovessero dimostrarsi nel futuro prossimo soltanto il principio di nuove politiche neo-dirigiste nazionali, connotate non solo dal ruolo più attivo degli Stati, ma anche da un maggiore protezionismo verso le produzioni locali e la conseguente contrazione degli scambi a livello mondiale, sarebbe più che lecito attendersi il progressivo indebolimento tanto degli organismi indipendenti di regolazione che di quegli strumenti normativi della post-modernità⁵⁵³, dei quali la *soft law* costituisce quello giuridicamente più controverso. Peraltro, se un ritorno al dirigismo vecchio stampo appare uno scenario decisamente poco probabile, non è inverosimile immaginare, quanto meno, una decelerazione dei processi di globalizzazione in atto⁵⁵⁴, con inevitabili riflessi anche sulla diffusione delle tecniche di regolazione morbida⁵⁵⁵.

Gli interrogativi posti dalle politiche economiche nazionali ed europee in atto si aggiungono alle perplessità che il diritto flessibile ha generato a livello dottrinale⁵⁵⁶ e giurisprudenziale, anche in ordinamenti, come quello francese, che ne fanno oramai un larghissimo utilizzo e sono giunti alla sua istituzionalizzazione.

⁵⁵³ Sul punto si rimanda all'interessante lettura di J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique*, in *Revue de droit public et de la science politique*, 1998, III, p. 659 ss. Particolarmente fiducioso circa il mantenimento del ruolo di regolatori dei mercati in capo alle autorità indipendenti si rivela E. BRUTI LIBERATI, *Poteri privati e nuova regolazione pubblica*, in *Diritto pubblico*, 2023, I, p. 290 ss., che individua proprio in questi organismi le figure centrali per attuare una regolazione dei mercati attenta alla preservazione di un assetto concorrenziale ma, al contempo, anche alla lotta alle diseguaglianze e all'abuso di potere dei grandi colossi industriali. Accanto a questa regolazione, secondo l'autore, dovrebbe poi intervenire con politiche pubbliche economiche volte a garantire l'effettiva parità delle armi tra i vari *competitors* e l'adeguata tutela dei diritti fondamentali di consumatori e utenti.

⁵⁵⁴ Si veda M.R. FERRARESE, *Al di là della globalizzazione: verso un mondo post globale?* in *Politica del diritto*, II, 2021, p. 268 ss., che mette in evidenza i fallimenti e le storture determinate dalla globalizzazione a livello mondiale e prospetta scenari nuovi, in cui la moltiplicazione degli scambi a livello planetario si accompagna a una maggiore attenzione alle tematiche sociali e alle problematiche legate alle diseguaglianze.

⁵⁵⁵ A questo riguardo si vedano le considerazioni di P. PERULLI, *Nel 2050. Passaggio al nuovo mondo*, Il Mulino, Bologna, 2021 p. 116, che sottolinea l'importanza dell'attenzione alle realtà concrete, alle specificità dei singoli contesti che si scontrano con pretese astratte e totalizzanti di diffusione a livello planetario di schemi e modelli regolatori omogenei.

⁵⁵⁶ Di questo disorientamento tra molti esponenti della dottrina francese dà conto J. CHEVALLIER, *La soft law. Le point de vue d'un interniste publiciste*, in P. DEUMIER – J.L. SOREL (a cura di), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, Paris, 2018, p. 77 ss.

Se, infatti, da un lato, l'ordinamento francese è pervenuto ad un inquadramento abbastanza rigido del potere propriamente regolamentare delle *Autorités Administrative Indépendantes*, limitato (almeno nella maggior parte dei casi) all'attuazione di norme di carattere tecnico, dall'altro ha dovuto far fronte alle insidie di una regolazione "morbida" divenuta alluvionale.

Il ricorso a questo diritto magmatico, infatti, si scontra con alcuni pilastri fondamentali del sistema giuridico costituzionale d'oltralpe⁵⁵⁷. Minaccia la certezza del diritto⁵⁵⁸ e la separazione dei poteri⁵⁵⁹, crea confusione sulla natura degli atti adottati, attribuisce poteri oltremodo estesi agli organi giurisdizionali nell'esercizio delle loro funzioni interpretative⁵⁶⁰. Ancora, si pone in conflitto con il principio della previa abilitazione legale del potere⁵⁶¹, posto che costituisce un dato ormai fisiologico che le *Administrations Indépendantes* esercitino prerogative che non trovano nella legge alcun fondamento. Inoltre, non consente di attuare, quanto meno per il momento, un sistema di tutela giurisdizionale efficace, basato su criteri certi e definiti⁵⁶². Si tratta, in sostanza, di un istituto proprio di un sistema che sembra aver puntato prevalentemente all'efficienza, tralasciando la rilevanza delle garanzie che è necessario assicurare agli amministrati, soprattutto se si tiene a mente che i settori considerati sono stati affidati alla

⁵⁵⁷ Sul punto di rimanda alle considerazioni critiche di A.M. LE POURHIET, *La soft law est-elle compatible avec la démocratie?* in *L'ENA hors les murs*, II, 2021, p. 20 ss., che si esprime con particolare disappunto sulla formulazione eccessivamente vaga ed indeterminata delle norme attributive dei poteri di regolazione flessibili, facendo notare come questo tipo di approccio finisce per favorire il rafforzamento (contrario all'impianto democratico) dei poteri tecnici e di quelli giurisdizionali.

⁵⁵⁸ Questo profilo critico è analizzato con particolare fervore da H. PAULIAT, *La contribution du droit souple au désordre normatif*, in *Revue de droit public*, 2017, I, p. 59 ss., che si sofferma anche sulle problematiche generate dal riconoscimento della giustiziabilità degli atti di *droit souple* a livello di coerenza interna del sistema; e D. BRIAND MELEDO, *Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation*, in *Revue internationale du droit économique*, 2007, III, p. 345 ss. Sullo stesso tema si veda anche B. MATHIEU, *La normativité de la loi: une exigence démocratique*, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, XXI, 2007, p. 74, che sottolinea, rifacendosi alle parole utilizzate dallo stesso *Conseil d'État* nel 1991, che la garanzia della certezza del diritto non può essere assicurata se la norma è morbida e dal contenuto incerto. L'autore fa riferimento al fatto che la norma dal contenuto impreciso non solo si espone a rischi di disparità di trattamento tra i soggetti ai quali è applicata, ma minaccia la libertà d'azione degli individui, che non sono messi nelle condizioni di conoscere con precisione i limiti cui devono attenersi. Sugli stessi temi anche B. LAVERGNE, *Recherche sur le soft law* cit., p. 456 ss.

⁵⁵⁹ In diverse letture fornite dalla dottrina, tuttavia, la deroga al principio della separazione dei poteri è presentata come una naturale conseguenza dell'indipendenza e della neutralità delle AAI. Questo particolare statuto renderebbe, anzi, preferibile l'esercizio da parte loro delle funzioni tradizionalmente spettanti al Parlamento e all'esecutivo nei settori connotati da particolare sensibilità. Sul punto si veda, *ex multis*, S. BAUME, *De l'usage des pouvoirs neutres*, in *Pouvoirs*, IV, 2012, pp. 25 – 26.

⁵⁶⁰ Sulle difficoltà che il giudice incontra nel sindacare gli atti di regolazione flessibile si veda T. TUOT, *Perspective d'évolution*, in M. LOMBARD (a cura di), *Régulation économique et démocratie* cit., p. 227 ss. Più di recente, si vedano i contributi di V. DELVAL, *Le juge, le droit souple et le régulateur: bilan et prospective*, in *Procédures*, Mai 2017, p. 10; e di F. MELLERAY, *Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple*, in *RFDA*, IV, 2016, p. 679, che analizzano il problema della diversa ampiezza del sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione flessibile, a seconda dell'autorità e dell'atto oggetto di impugnazione.

⁵⁶¹ Cfr., G. TUSSEAU, *op. cit.*, p. 445 ss.

⁵⁶² Sul punto, si veda nuovamente L. CALANDRI, *La justiciabilité variable* cit., p. 20 ss., che dà conto del fatto che le pronunce della giurisprudenza intervenute dopo il 2016 rivelano l'adozione di posizioni diverse da parte dei singoli giudici quanto all'accertamento della sussistenza degli elementi necessari per considerare un atto suscettibile di ricorso.

vigilanza e alla regolazione delle *Autorités Indépendantes* anche in ragione della particolare delicatezza degli interessi coinvolti.

Peraltro, l'evoluzione conosciuta dall'ordinamento francese sul *droit souple* è tanto più sorprendente se si considera il fatto che, pur sposando una concezione debole della legalità, se comparata a quella affermata nell'ordinamento italiano, in Francia si è posto un limite molto ben marcato alle competenze regolamentari delle AAI. Si è trattato, come si è avuto modo di sottolineare⁵⁶³, di una scelta essenzialmente politica, volta a proteggere la centralità della funzione dei regolamenti dell'esecutivo⁵⁶⁴. La scelta è stata, quindi, quella di limitare l'incidenza di una fonte concorrente rispetto a quella riconosciuta dalla Costituzione, sebbene connotata da garanzie quali la durezza, la chiarezza del contenuto e degli effetti e della previa abilitazione legale. È evidente, però, che la decisione assunta è stata, poi, contraddetta dalla prepotente affermazione dei poteri di regolazione flessibile. Questi ultimi, non solo hanno aggirato i limiti tracciati dal *Conseil Constitutionnel* negli anni '80 del secolo scorso, ma hanno anche determinato un netto impoverimento delle garanzie che il ricorso alla fonte regolamentare avrebbe potuto assicurare.

Fino ad oggi è sembrato che la giurisprudenza abbia cercato di giustificare le deviazioni (in certi casi, vere e proprie contraddizioni) imposte dal *droit souple* rispetto ad alcuni dei principi fondamentali dell'ordinamento amministrativo in ragione dei benefici che questa forma di regolazione era in grado di apportare in termini di efficienza, celerità e speditezza delle decisioni. Valori, questi ultimi, imposti soprattutto dal sistema economico che negli ultimi trent'anni si è affermato a livello planetario. Il sistema giurisdizionale francese, retto da regole rigide e chiare, frutto di decenni di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, è stato, così, in parte rimodellato per assicurare la tutela anche contro atti improduttivi di effetti vincolanti. La conseguenza è stata, però, la formalizzazione della giuridicità e della "durezza" del diritto flessibile, la cui attitudine a condizionare le condotte dei destinatari è stata ulteriormente rafforzata⁵⁶⁵.

⁵⁶³ Si rinvia al Capitolo I, paragrafo § 1.2.

⁵⁶⁴ Questa preoccupazione è emersa chiaramente anche in occasione del *Rapport d'Information* effettuato dai parlamentari Dosière e Vanneste nel 2010. Tra le varie proposte di riforma dello statuto delle AAI, gli autori del rapporto suggerivano anche l'intensificazione dei controlli del governo sui regolamenti delle amministrazioni indipendenti, attraverso un penetrante potere di omologazione. Nel Rapporto, alla pagina 53, si legge che: «*Les AAI, qui sont en général très critiques sur toute procédure d'homologation ministérielle des mesures générales qu'elles prennent, doivent comprendre qu'il y va de la cohérence de l'action publique dans son ensemble*».

⁵⁶⁵ Un carattere a cui fa riferimento, *ex multis*, A. LOUVARIS, *Régulation économique et inflation normative*, in *Revue de droit public*, II, 2014, p. 305 ss. Sullo stesso tema si veda anche A. SÉE, *Le droit souple des Autorités de régulation* cit., p. 20, che sottolinea proprio il fatto che il sindacato sugli atti di *droit souple* da parte del giudice amministrativo francese ha rappresentato, in un certo senso, una legittimazione della loro adozione da parte delle AAI, tenuto anche conto del fatto che molto spesso i poteri di cui questi atti sono espressione non sono attribuiti esplicitamente dalla legge. Un profilo, quest'ultimo, fonte di problematiche di non poco conto, messe in evidenza anche all'interno del *Rapport d'Information dell'Assemblée Nationale* del 2011, dove si raccomandava un esercizio delle funzioni di regolazione flessibile maggiormente rispettoso delle competenze espressamente attribuite alle autorità di regolazione da parte della legge.

Certo è che se, come anticipato, dovesse assistersi ad un freno della tendenza all'armonizzazione e alla diffusione delle pratiche e standard globali in atto fino a pochi mesi fa, non sarebbe azzardato preconizzare un progressivo arresto del ricorso dell'ordinamento francese a questi strumenti regolativi. Ciò perché l'esperienza applicativa che li ha riguardati ne ha messo in luce la scarsa compatibilità con un ordinamento amministrativo, come quello francese, che ha una lunga e sedimentata tradizione di *civil law* e che non sembra prestarsi facilmente all'inserimento forzato di elementi alieni alla sua natura.

Questo anche in ragione del fatto che il freno alla rincorsa alla produttività e all'intensificazione frenetica delle relazioni commerciali impatterebbe non solo sugli strumenti normativi utilizzati (con il ridimensionamento dei rapporti di forza tra efficienza e tutele), ma anche direttamente sui contenuti degli atti. Si è avuto modo di vedere⁵⁶⁶, infatti, come le organizzazioni internazionali (soprattutto quelle a carattere informale costituite direttamente dalle stesse autorità di regolazione operanti a livello nazionale) influenzino fortemente il merito delle norme sia di diritto duro che di regolazione *soft* adottate nei singoli ordinamenti⁵⁶⁷. Ne consegue che la contrazione dell'influenza delle dinamiche regolatorie internazionali sulla regolamentazione di diritto interno avrebbe risvolti significativi sull'impiego e sul contenuto del *droit souple*, utilizzato anche per il recepimento delle prime.

Questa situazione potrebbe essere, allora, l'occasione anche per raccogliere il suggerimento dato in più circostanze dal *Conseil d'État*. Quello riguardante il ricorso più frequente all'attribuzione di un vero e proprio potere regolamentare in favore delle *Administrations Indépendantes*⁵⁶⁸. Sia il Consiglio di Stato francese che parte della dottrina⁵⁶⁹ concordano, infatti, sia sul maggior garantismo della fonte regolamentare, sia sull'insofferenza che le stesse autorità indipendenti avvertono rispetto ad un potere, quello di *soft regulation*, spesso percepito come un palliativo dell'assenza di potestà propriamente normative.

Così come evidenziato per l'ordinamento italiano anche per quello francese non è facile immaginare in un futuro prossimo la soppressione del

⁵⁶⁶ Si veda il Capitolo III, paragrafo § 3.4.

⁵⁶⁷ Si è anche avuto modo di vedere nella parte dedicata alla regolazione europea e globale che in molti casi le modalità con le quali questo tipo di diritto è prodotto non sono rispondenti ad elementari esigenze di trasparenza, democrazia e partecipazione. Sul punto si rimanda anche a E. RICHEVILAIN, *op. cit.*, pp. 175 – 176.

⁵⁶⁸ Invito rivolto, per esempio, già in occasione della redazione del rapporto pubblico di studio sulle autorità indipendenti del 2001, p. 339. In quest'occasione l'organo della giurisdizione amministrativa sottolineava l'importanza della regolamentazione delle *AAI* con riferimento ai profili tecnici delle materie soggette ad una rapida evoluzione e prevedeva che nei casi in cui il potere regolamentare non avesse un semplice ruolo attuativo del contenuto della legge fosse necessario il mantenimento di un potere di omologazione in capo al Ministro competente.

⁵⁶⁹ Cfr. J. MOUCHETTE, *op. cit.*, p. 516 ss., che dà conto del fatto che le autorità indipendenti spesso danno prova di percepire i poteri di regolazione flessibile come un insoddisfacente strumento di compensazione dell'assenza di poteri regolamentari.

modello dell'autorità amministrativa indipendente. Più ancora che nell'ordinamento italiano, anzi, queste figure sembrano costituire nel sistema giuridico d'oltralpe un tassello ineliminabile (quanto meno nel breve periodo) dell'architettura ordinamentale⁵⁷⁰, considerate le numerosissime funzioni delle quali sono investite e la longevità che oramai possono vantare. Anche un eventuale contenimento delle prerogative ad esse spettanti in materia di regolazione flessibile (anche ove non compensato dal rafforzamento di quelle regolamentari), pertanto, difficilmente potrà intaccare quel ruolo di istituzioni di garanzia che è stato loro riconosciuto nel corso del tempo⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ Di recente J. CHEVALLIER, *Les autorités administratives indépendantes: un produit d'importation?* in F. BOTTINI (a cura di), *Néolibéralisme et américanisation du droit*, Editions Mare & Martin, Paris, 2019, p. 151, ha fatto riferimento al radicamento del modello delle amministrazioni indipendenti nell'ordinamento francese, ritenendo che ne siano divenute un elemento stabile.

⁵⁷¹ Un fondamento, questo, attribuito loro già da J.C. COLLIARD – G. TIMSIT, *Les autorités administratives indépendantes* cit., p. 76.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Speciale. La regolazione delle decisioni algoritmiche da parte delle autorità amministrative indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti*, II, 2021.
- AA. VV., *Droit souple et nouvelle(s) normativité(s). Soft law e nuova(e) normatività*, ESI, Verona, 2022.
- ACOCELLA C., *Autorità indipendenti: funzioni e rapporti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.
- ALGOSTINO A., *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?* in *Costituzionalismo.it*, III, 2016.
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova, 1965.
- ALLEGRETTI U., *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, IV, 2007.
- ALLEGRETTI U., *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista AIC*, II, 2011.
- ALLEGRETTI U., *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere*, in *AIC*, III, 2018.
- ALLEGRETTI U., *Qualche avanzamento sulla via della democrazia partecipativa: riflessioni su alcune leggi regionali e una sentenza della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, II, 2019.
- ALLEZARD L., *La responsabilité du fait des actes de droit souple: impasse ou angle mort du contentieux administratif?* in *RFDA*, 2022.
- ALVAZZI DEL FRATE P., *Legalità e rivoluzione nel Settecento razionalista*, in C. STORTI (a cura di), *Legalità e crisi delle legalità*, Giappichelli, Torino, 2017.
- AMATO G., *Rapporti tra norme primarie e secondarie. Aspetti problematici*, Giuffrè, Milano, 1962.
- AMATO G., *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 1997.
- AMATO G., *La legge antitrust vent'anni dopo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, IV, 2010.
- AMATO G., *Bentornato Stato, ma*, Il Mulino, Bologna, 2022.
- ANGELINI F.G., *Giudice amministrativo e regolazione del settore dell'energia*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, II, 2021.

ARIENZO A., *Oltre la democrazia, la governance economica della politica*, in ARIENZO A. – LAZZARICH D. (a cura di), *Vuoti e scarti di democrazia. Teorie e politiche democratiche nell'era della mondializzazione*, ESI, Napoli, 2012.

ARMIENTO M.B., *Regolazione soft dei mercati e qualità delle regole*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, II, 2022.

ASPRONE M., *Le direttive amministrative*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, XXIII-XXIV, 2010.

ASTUTO G., *L'amministrazione italiana. Dal centralismo napoleonico al federalismo amministrativo*, Carocci editore, Roma, 2021.

AUBERGER P., *La démocratie déléguée*, in LOMBARD M., *Régulation économique et démocratie*, LGDJ, Paris, 2006.

AUBY J.B., *Droit administratif et démocratie*, in M. LOMBARD, *Régulation économique et démocratie*, LGDJ, Paris, 2006.

AUBY J.B., *La globalisation, le droit et l'État*, LGDJ, Paris, 2020.

AZZARITI G., *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Giappichelli, Torino, 2000.

BARBERA A., *La rappresentanza politica: un mito in declino?* in *Quaderni costituzionali*, IV, 2008.

BARR M.S. - MILLER G.P., in *Global Administrative Law: the View from Basel*, in *European Journal of International Law*, 17, 2006.

BARRA CARACCILO L., *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento U.S.A. Profili comparativi con l'esperienza italiana*, Giappichelli, Torino, 1997.

BARRA CARACCILO L., *Il tormentato cammino delle Autorità Amministrative Indipendenti verso una definizione sistematica. Prospettive di uno statuto di garanzia mediante legge generale*, in LONGOBARDI N., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico – istituzionale*, Giappichelli, Torino 2004.

BARRERE B., *Discours sur le respect dû à la loi*, 28 févr. 1791, *Archives parlementaires*, p. 575.

BARTHEZ A.S., *Les avis et recommandations des Autorités Administratives Indépendantes*, in AA. VV., *Le droit souple*, Dalloz, Paris, 2009.

BASSANINI F., TORCHIA L., NAPOLITANO G., *Introduzione al volume ASTRID-IRPA*, in IDEM (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Il Mulino, Bologna, 2021.

BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001.

BASSI N., *Poteri amministrativi di regolazione e principio di legalità nella recente giurisprudenza*, in FERRARI E. – RAMAJOLI M. – SICA M., *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2006.

BERTEZZOLO G., *La regolazione globale della vigilanza bancaria: il Comitato di Basilea (BCBS)*, in BATTINI S., *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2007.

BAUME S., *De l'usage des pouvoirs neutres*, in *Pouvoirs*, IV, 2012.

BERTI G., *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Cedam, Padova, 1986.

BERTAND T. – MARGUIN G., *La notion de participation à l'aune de la protection de l'environnement et de la procédure du débat public*, in *Revue juridique de l'environnement*, III, 2017.

BETZU M., *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2018.

BIFULCO R., *Democrazia deliberativa e principio di realtà*, in *Federalismi.it*, I, 2017.

BILANCIA F., *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 2022.

BIN R., *Soft law, no law*, in A. SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009.

BIN R., *Rule of law e ideologie*, in G. PINO – V. VILLA, *Rule of law: l'ideale della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2016.

BOMBARDELLI M., *Decisioni e Pubblica Amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Giappichelli, Torino, 1996.

- BOREL J.V., *L'attribution à une Autorité autre que le Premier Ministre du pouvoir normatif d'application d'une loi ou d'un décret: le cas de la Commission de Régulation de l'électricité*, in *Cahiers de méthodologie juridique*, V, 2001.
- BOTTINI E., *Un droit sans force (normative) est-il un droit en crise? Pour une analyse critique du concept de force normative*, in *Les Cahiers de l'Unité du Droit*, I, 2011.
- BOVA C., *Gli istituti del débat public e dell'enquête publique nell'ordinamento giuridico francese*, in DE MARTIN G.C. – BOLOGNINO D. (a cura di), *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, Cedam, Padova, 2010.
- BREHIER B., *Les nouveaux législateurs: OICV, Comité de Bâle, FSB, G20*, in *Revue de droit bancaire et financier*, III, 2015.
- BREYER S. – STEWART R., *Administrative Law and Regulatory Policy*, Wolters Kluwer, Boston, 1992.
- BRIAND MELEDO D., *Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation*, in *Revue international du droit économique*, III, 2007.
- BRUNSSON N. – JACOBSSON B., *The contemporary Expansions of Standardization*, in ID., *A world of Standards*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- BRUTI LIBERATI E., *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Giuffrè, Milano, 2006.
- BRUTI LIBERATI E., *La regolazione indipendente dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2019.
- BRUTI LIBERATI E., *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, I, 2020.
- BRUTI LIBERATI E., *Poteri privati e nuova regolazione pubblica*, in *Diritto pubblico*, I, 2023.
- BUCALO M.E., *Autorità Indipendenti e soft law*, Giappichelli, Torino 2018.
- BUCALO M.E., *Riflessioni su soft law e Autorità Indipendenti anche nella prospettiva di alcune recenti pronunce giurisdizionali*, in *PA, Persona e Amministrazione*, I, 2022.
- CABIDDU M.A. – CALDIROLA D., *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, I-II, 2000.

- CAFAGGI F., *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato: un'introduzione*, in IDEM, *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 2016.
- CAIANIELLO V., *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Il Foro Amministrativo*, I, 1997.
- CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, Vol. II, Morano Editore, Napoli, 1966.
- CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 2009.
- CALANDRI L., *La justiciabilité variable des actes de Soft Law des autorités de régulation : retour sur une jurisprudence en construction*, in *Droit Administratif*, I, 2020.
- CAPUTI JAMBERGHI M.T.P., *La funzione amministrativa neutrale*, Cacucci Editore, Bari, 2017.
- CARAVITA B., *La debacle istituzionale della potestà normativa secondaria del Governo. Riflessioni in ordine al mutamento del sistema delle fonti*, in *federalismi.it*, II, 2017.
- CARDI E., *La Consob come istituzione comunitaria*, in BASSI F. – MERUSI F., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1993.
- CARDI E., *Mercati e istituzioni in Italia*, Giappichelli, Torino, 2018.
- CARDONE A., *Procedimento amministrativo e partecipazione: giurisprudenza amministrativa e costituzionale e concezione dell'idea di giustizia*, in *Diritto pubblico*, I, 2009.
- CARDONE A., *Brevi note di sintesi sulla distinzione tra misure individuali e decisioni politiche nella regolazione degli algoritmi e nella definizione dei poteri delle autorità garanti*, in *Osservatorio sulle fonti*, I, 2021.
- CARETTI P., *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2005.
- CARLASSARE L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966.
- CARLASSARE L., *Amministrazione e potere politico*, Cedam, Padova, 1974.
- CARLASSARE L., *Regolamento (dir. cost.)* voce in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988.

- CARLASSARE L., *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quaderni Costituzionali*, 1990.
- CARLASSARE L., *Legalità (principio di)*, voce in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XVIII, Treccani, Roma, 1990.
- CARLONI E., *Regolazione del lobbying e politiche anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, 2017.
- CARON M., *Les règlements autonomes existent...en droit gouvernemental*, in *AJDA*, 2021.
- CARRE DE MALBERG R., *La loi expression de la volonté générale*, Paris, 1931, trad. it. M. C. SPECCHIA, Giuffrè, Milano, 2008.
- CARTABIA M., *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1991.
- CASSATELLA A., *La regolazione globale del mercato dei valori mobiliari: la International Organization of Securities Commissions (IOSCO)*, in BATTINI S., *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2007.
- CASSELLA S., LASSERRE V., LECOURT B., *Le droit souple démasqué*, Pedone, Paris, 2018.
- CASSESE S., *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Roma, 1982.
- CASSESE S., *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in AA.VV., *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Giuffrè, Milano, 1987.
- CASSESE S., *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991.
- CASSESE S., *Le basi costituzionali*, in CASSESE S. (a cura di) *Trattato di diritto Amministrativo*, I, *Diritto Amministrativo Generale*, Giuffrè, Milano, 2003.
- CASSESE S., *Universalità del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005.
- CASSESE S., *Diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, 2005.
- CASSESE S., *La formazione e lo sviluppo dello Stato amministrativo in Europa*, in CASSESE S. –SCHIERA P. – VON BOGDANDY A. (a cura di), *Lo Stato e il suo diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013.

- CASSESE S., *Research Handbook on Global Administrative Law*, Edward Elgar Pub, Cheltenham, 2016.
- CASSESE S., *Chi governa il mondo?* in M. MELONI (a cura di), *Otto Lezioni sul Mondo*, Il Mulino, Bologna, 2017.
- CASSESE S., *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Bari, 2021.
- CECCHINI S., *L'Europa aspira a diventare uno Stato sociale?* in *Rivista AIC*, IV, 2021.
- CELATI B., *Soft law nella regolazione dei mercati finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Riv. reg. merc.*, II, 2020.
- CENERELLI A., *Rulemaking e partecipazione nel diritto internazionale ed europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, III, 2020.
- CERRINA FERONI G., *Organismi sovranazionali e legittimazione democratica. Spunti per una riflessione*, in BASSU C. – CARBONI G.G. (a cura di), *Rappresentanza e globalizzazione*. Atti del Convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo. Sassari, Università degli Studi, 19 ottobre 2015, Giappichelli, Torino, 2017.
- CERRONE F., *La potestà regolamentare tra forma di Governo e sistema delle fonti. La tipologia dei regolamenti governativi nella l. n. 400 del 1988*, Giappichelli, Torino, 1991.
- CERULLI IRELLI V., *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Astrid Rassegna*, rinvenibile all'indirizzo www.astridonline.it, 2009.
- CHALTIEL F., *Nouvelle extension de la justiciabilité du droit souple*, in *Petites Affiches*, 2019.
- CHAMPAUD C., *Régulation et droit économique*, in *Revue internationale de droit économique*, I, 2002.
- CHELI E., *Poteri dell'Esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quaderni Costituzionali*, 1990.
- CHEVALLIER J., *Les enjeux de la déréglementation*, in *RDP*, 1987.
- CHEVALLIER J., *Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique*, in *Revue de droit public et de la science politique*, III, 1998.

CHEVALLIER J., *Autorités Administratives Indépendantes et État de droit*, in *Civitas Europa*, 2016.

CHEVALLIER J., *La soft law. Le point de vue d'un interniste publiciste*, in DEUMIER P. – SOREL J.L. (a cura di), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ, Paris, 2018.

CHEVALLIER J., *Les autorités administratives indépendantes: un produit d'importation?* in BOTTINI F. (a cura di), *Néolibéralisme et américanisation du droit*, Editions Mare & Martin, Paris, 2019.

CHIARIELLO C., *L'inquadramento delle linee guida ANAC nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato alla luce dell'entrata in vigore del d.l. n. 32 del 2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*, in *federalismi.it*, XXX, 2020.

CHIEPPA R., *La tutela giurisdizionale*, in R. CHIEPPA – G.P. CIRILLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Le autorità amministrative indipendenti*, Cedam, Padova, 2010.

CHIRICO D., *“Tecnica” e “politica” nelle dinamiche inter-ordinamentali*, in *Consulta online*, 2009.

CHOO R., *Judicial review of negotiated rulemaking: should Chevron defence apply?* in *Rutgers law review*, 2000.

CINTIOLI F., *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in *Il foro amm. TAR*, IX, 2003.

CINTIOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Giuffrè, Milano, 2005.

CINTIOLI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, II, 2017.

CLARICH M., *I procedimenti di regolazione*, in AA. VV., *Il procedimento davanti alle Autorità Indipendenti*, Giappichelli, Torino, 1999.

CLARICH M., *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Il foro amm. TAR*, XI, 2002.

CLARICH M., *Autorità Indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005.

- CLARICH M., *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?* in *Rivista della regolazione dei mercati*, I, 2018.
- COCOZZA G., *Il ruolo dell'interesse nel sindacato del giudice amministrativo sui regolamenti*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 2015.
- COCOZZA G., *Autorità amministrative indipendenti e ruolo della motivazione come fondamento dei poteri ad esse conferiti*, in *Amministrativ@mente*, IV, 2020.
- COGLIANESE C., *Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking*, in *Duke L.J.*, 1997.
- COGNETTI S., *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminatezza della norma*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020.
- CODRON C., *Les Autorités Administratives Indépendantes. Moyens effectifs et capacité réelle d'intervention*, in LAVENUE J.J. – VILLALBA B., *Vidéo-surveillance et détection automatique des comportements anormaux*, Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 2011.
- COLAVITTI G., *Rappresentanza e interessi organizzati*, Giuffrè, Milano, 2005.
- COLLET M., *Le controle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, Paris, 2003.
- COLLIARD C.A. – TMSIT G., *Les Autorités Administratives Indépendantes*, PUF, Paris, 1988.
- COMBA M., *Riflessioni sul diritto al giusto procedimento negli Stati Uniti d'America*, in *Diritto e Società*, I, 1992.
- CONDORELLI M., *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti come strumento di democrazia partecipativa: mito o realtà?* in *Jus Online*, II, 2020.
- CREMONA E., *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, ESI, Napoli, 2023.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale II, L'ordinamento costituzionale italiano (le fonti)*, Cedam, Padova, 1971.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, Cedam, Padova, 1984.

CUNIBERTI M., *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2002.

CUNIBERTI A., *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2007.

CUNIBERTI M., *L'organizzazione del Governo tra tecnica e politica*, in www.gruppodipisa.it, 2015.

CUSTOS D., *Agences indépendantes de régulation américaines (IRC) et autorités administratives indépendantes françaises (AAI). L'exemple de la "Federal Communications Commission" (FCC) et de l'autorité de régulation des télécommunications (ART)*, in *Revue Politiques et Management Public*, I, 2002.

CUSTOS D., *The rulemaking power of Independent Regulatory Agencies*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2006.

CUSTOS D., *Théorie de l'exécutif unitaire et contrôle présidentiel des agences indépendantes aux États-Unis*, in *Revue Française d'Administration Publique*, II, 2019.

D'ORLANDO E., *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Corti Supreme e salute*, I, 2021.

D'ORLANDO E., *Politica e tecnica nella produzione normativa*, in *DPCE online*, numero speciale, 2021.

DAHL R.A., *I dilemmi della democrazia pluralista*, Il Saggiatore, Milano, 1988.

DALFINO D., *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, ESI, Napoli, 2022.

DE BELLIS M., *L'incidenza della regolazione transnazionale sul diritto interno: i mercati finanziari*, in CAFAGGI F., (a cura di), *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato*, Il Mulino, Roma, 2016.

DE BELLIS M., *Soft Law, agenzie europee e controllo giurisdizionale: le contraddizioni del caso FBF*, in *Giornale di diritto amministrativo*, III, 2022.

DE LEONARDIS F., *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, III, 2018.

- DE LUCIA L. – MINERVINI V., *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Conc. merc.*, I, 2011.
- DE MARCO E., *La “negoziatura legislativa”*, Cedam, Padova, 1984.
- DE MARCO E., *Le funzioni delle «Autorità Indipendenti»*, in LABRIOLA S., *Le Autorità Indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Giuffré, Milano, 1999.
- DE MINICO G., *Regole, comando, consenso*, Giappichelli, Torino, 2005.
- DE MINICO G., *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all’esperienza comunitaria*, in *Osservatorio sulle fonti*, I, 2012.
- DE MINICO G., *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, II, 2021.
- DE NITTO S., *La regolazione per standard: un valore aggiunto?* in *Federalismi.it*, XIX, 2022.
- DE SOTO J., *La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958*, in *RDP*, 1959.
- DEL GATTO S., *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità Indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, IX, 2010.
- DECOOPMAN N., *Peut-on clarifier le désordre?* in IDEM, *Le désordre des autorités administratives indépendantes. L’exemple du secteur économique et financier*, PUF, Paris, 2002.
- DECOOPMAN N., *La Commission des Opérations de Bourse et le droit des sociétés*, Economica, Paris, 1979.
- DEFFAINS B. – PERROUD T., *La régulation*, in *Le droit économique au XXI siècle*, 2020.
- DEGOFFE M., *Droit Administratif*, LGDJ, Paris, 2020.
- DELLIS G., *Régulation et droit public «continental». Essai d’une approche synthétique*, in *Revue de droit public*, IV, 2010.
- DELVAL V., *Le juge, le droit souple et le régulateur: bilan et prospective*, in *Procédures*, Mai 2017.

DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités administratives indépendantes chargées de réguler des marchés de services publics : éléments de droit comparé et européen*, in *Droit et Société*, II, 2016.

DEODATO C., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?* in *Giustamm.it*, IV, 2016.

DEODATO C., *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

DI BONA L., *Potere normativo delle Autorità indipendenti e contratto*, ESI, Napoli, 2008.

DI FRANCESCO D., *FAQ, droit souple et recours pour excès de pouvoir, la confirmation de l'ouverture du pretoire*, in *Dalloz Actualité*, XXI, 2023.

DI MARIA R., *Rappresentanza politica e lobbying: teoria e normativa. Tipicità e interferenze del modello statunitense*, Franco Angeli, Milano, 2013.

DI VIA L., *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, II, 2007.

DOGLIANI M., *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia – Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione 20 – 22 settembre 2007*, Giuffré, Milano, 2008.

DOMINO X., *Miscellanées contentieuses*, in *AJDA*, 2012.

EISENMANN C., *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Etudes et Documents du Conseil d'État*, 1957.

EMERIC N., *Droit souple + droit fluide = droit liquide. Réflexions sur les mutations de la normativité juridique à l'ère des flux*, in *Revue interdisciplinaires d'études juridiques*, II, 2017.

FABRE M.H., *La loi expression de la souveraineté*, in *RDP*, 1979.

FAUCEGLIA D., *I mercati regolati e l'integrazione dei contratti d'impresa*, ESI, Napoli 2021.

- FAURE B., *La crise du pouvoir réglementaire: entre ordre juridique et pluralisme institutionnel*, in *AJDA*, 1998.
- FAURE B., *Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires*, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, XIX, 2006.
- FAVOREAU L., *Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Mélanges Eisenmann*, 1974.
- FAVOREAU L., *Les règlements autonomes n'existent pas*, in *RFDA*, 1987.
- FAVOREAU L., *Légalité et constitutionnalité*, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, III, 1997.
- FERRARESE M., *Governance. Sugli effetti giuridici e politici di una soft revolution*, in *Politica del diritto*, II, 2014.
- FERRARESE M.R., *Al di là della globalizzazione: verso un mondo post globale?* in *Politica del diritto*, II, 2021.
- FLOREAN M., *Le origini americane della regolazione*, in S. VALENTINI (a cura di), *Diritto e istituzioni della regolazione*, Giuffrè, Milano, 2005.
- FOÀ S., *I regolamenti delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2002.
- FOIS S., *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffrè, Milano, 1963.
- FOIS S., *Legalità* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989.
- FRANCHINI C., *Le Autorità Indipendenti come figure organizzative nuove*, in FRANCHINI C. – CASSESE S. (a cura di), *I garanti delle regole. Le Autorità Indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia del nostro paese*, Il Mulino, Bologna, 1996.
- FREGO LUPPI S.A., *L'amministrazione regolatrice*, Giappichelli, Torino, 1999.
- FRUNZI R., *Autorità amministrative indipendenti e profili problematici comuni*, Aracne Editrice, Roma, 2021.
- FUNK W., *Bargaining toward the New Millennium: Regulatory Negotiation and the Subversion of the Public Interest*, in *Duke Law Journal*, Vol. 46, 6, 1997.

- GALETTA D.U., *Il procedimento amministrativo nella scienza del diritto amministrativo in Italia: linee generali di sviluppo e critica ad alcune recenti «involuzioni»*, in *Foro amm. TAR*, XI, 2011.
- GALIZIA M., *Il “positivisme juridique” di Raymond Carré de Malberg*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973.
- GAMBARDELLA F., *La potestà regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti: il caso paradigmatico del regolamento Agcom per la tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*, in *Federalismi.it*, II, 2017.
- GAMBINO A. – FALCE V. – STAZI A., *Rassegna degli orientamenti dell’Autorità garante in materia di pratiche commerciali scorrette (2009 e 2010)*, in *Conc. merc.*, I, 2010.
- GARRI F., *Il garante per la protezione dei dati personali*, in CIRILLO G.P. – CHIEPPA R. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Cedam, Padova, 2010.
- GAUDIN J.P., *La démocratie participative*, Armand Colin, Paris, 2007.
- GIACOBBE G., *Competenza delle Authorities e tutela dei diritti della persona*, in PERLINGERI P., *Authorities e tutela della persona*, ESI, Napoli 1999.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 1970.
- GIANNINI M.S., *Consob*, in G.M. FLICK (a cura di), *Consob, l’istituzione e la legge penale*, Giuffrè, Milano, 1987.
- GIANNINI M.S., *Sovranità (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Giuffrè, Milano, 1990.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano 1993.
- GIGLIONI F. – LARICCIA S., *Partecipazione dei cittadini (Voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV Aggiornamento, Giuffrè, Milano, 2000.
- GIOVAGNOLI R., *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in www.giustamm.it, 2013.
- GIRAUDI G. – RIGHETTINI M.S., *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell’efficienza*, Editori Laterza, Bari, 2001.

- GIUFFRÉ F., *Le Autorità Indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell’Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Federalismi.it*, XXXV, 2016.
- GJIDARA M., *Le controle exercé par le juge administratif sur les Autorités Administratives Indépendantes*, in *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, II, 2013.
- GOLDMAN D., *Historical aspects of globalization and law*, in DAUVERGNE C., *Jurisprudence for an interconnected Globe*, Routledge, London, 2003.
- GOLDEN M.M., *Interest groups in the rule-making process: who participates? Whose voices get heard?* in *Journal of Public Administration research and theory*, 1998.
- GRASSO G., *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffré, Milano, 2006.
- GRECO F., *La potestà normativa delle Autorità indipendenti e la partecipazione ai procedimenti di regolazione*, in *giustamm.it*, 30.09.2014.
- GROSSO E., *Riconoscimento di poteri normativi “di fatto” alle Autorità Amministrative Indipendenti*, in DOGLIANI M. (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Giappichelli, Torino, 2012.
- GUASTINI R., *Legalità (principio di)*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Utet, Torino, 1994.
- GUEDON M.J., *Les Autorités Administratives Indépendantes*, LGDJ, Paris, 1991.
- HAIM V., *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 2019.
- HAQUET A., *Le pouvoir réglementaire des Autorités Administratives Indépendantes*, in *RDP*, 2008.
- HARTER P.J., *Negotiating Regulations: A Cure for Malaise*, in *Geo. Law Journal*, Vol. 71, 1, 1982.
- HOWARD D. – MACARTNEY H., *The politics of supranational banking supervision in Europe*, Routledge, London, 2018.
- IANNUZZI A., *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

IDOUX P., *Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales*, in *RFDA*, 2010.

IDOUX P., *Le nouveau statut général des AAI et API*, in *AJDA*, 2017.

IEVA L., *Autorità Indipendenti, tecnica e neutralità del pubblico potere*, in *Foro Amm.*, X-XI, 2001.

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998.

IRTI N., *Atto primo*, in N. IRTI – E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Bari, 2001.

ITEN J.L., *L'organisation intergouvernementale a l'épreuve de la «gouvernance mondiale»*, in DUBIN L. – RUNAVOT M.C., *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états: transformation, déformation, ou reformation?*, Editions Pedone, Paris, 2014.

KELSEN H., *Il primato del parlamento*, ed. Giuffré, Milano, 1982.

KELSEN H., *Essenza e valore della democrazia*, ed. it., trad. A. Carrino, Giappichelli, Torino, 2004.

KIRTON J.J. – TREBILCOCK M.J., *Introduction: Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance*, in IDEM (a cura di), *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Routledge, Aldershot, 2004.

KOVACS K.E., *Rules about rulemaking and the rise of the unitary executive*, in *Administrative Law Review*, Vol. 70, III, 2018.

LA SPINA A. – MAJONE G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000.

LASSERRE V., *Loi et règlement – Définition, caractéristiques et typologies des lois et des règlements*, in *Répertoire de droit civil*, juillet 2015.

LAVERGNE B., *Recherche sur la soft law en droit public français*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Editions, Toulouse, 2011.

LE CLANICHE M., *L'administration consultative, élément constitutif ou substitutif de la démocratie administrative?* in *RFDA*, I, 2011.

- LE POURHIET A.M., *La soft law est-elle compatible avec la démocratie?* in *L'ENABors les murs*, II, 2021.
- LEFEBVRE J., *Un pouvoir réglementaire à géométrie variable*, in DECOOPMAN N., (dir.) *Le désordre des autorités administratives indépendantes. L'exemple du secteur économique et financier*, PUF, Paris, 2002.
- LEONE C., *Moral suasion and Antitrust Law*, in *PA, Persona e Amministrazione*, II, 2021.
- LIBERI J., *The Financial Stability Forum, a Step in the Right Direction... not Far Enough*, in *University of Pennsylvania of International Economic Law*, 24, 2003.
- LO SAPIO G., *Il regolatore alle prese con le tecnologie emergenti. La regulatory sandbox tra principi dell'attività amministrativa e rischio dell'illusione normativa*, in *Federalismi.it*, XXX, 2022.
- LOCHACK D., *Principe de légalité. Mythes et mystifications*, in *L'actualité Juridique. Droit administratif*, 1981.
- LOMBARD M., *Régulateurs indépendants, mode d'emploi*, in ID, *Régulation économique et démocratie*, LGDJ, Paris, 2006.
- LONGOBARDI N., *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata*, Giappichelli, Torino, 1999.
- LONGOBARDI N., *Poteri regolatori, giusto procedimento e legittimazione democratica*, in ID., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009.
- LONGOBARDI N., *Le autorità di regolazione dei mercati nel tempo della crisi*, in *Amministrazione in cammino*, 27 maggio 2011.
- LOUVARIS A., *Régulation économique et inflation normative*, in *Revue de droit public*, II, 2014.
- LUCARELLI A., *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione della dottrina pubblicistica*, Cedam, Padova, 1995.
- LUCARELLI A., *Contributo alla teoria del sistema delle fonti, ancora intorno al regolamento indipendente*, in *Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, III, 2019.

- LUCARELLI A., *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Consulta Online*, 2020.
- LUCATTINI S., *Modelli di giustizia per i mercati*, Giappichelli, Torino, 2013.
- LUCHENA G., *Autorità Indipendenti e Costituzione economica*, in *Amministrazione in Cammino*, 23.11.2016.
- LUCIANI F., *Le Autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, ESI, Napoli, 2011.
- MAGGIO F.L., *Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Federalismi.it*, X, 2021.
- MAGLIARI A., *La trasparenza dei processi decisionali delle agenzie europee: il contributo del Mediatore europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, V, 2022.
- MAGNON X., *L'ontologie du droit: droit souple c. droit dur*, in *Revue française de droit constitutionnel*, IV, 2019.
- MAGRI M., *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2002.
- MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994.
- MANETTI M., *Autorità Indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Politica del diritto*, IV, 1997.
- MANETTI M., *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in *dirittifondamentali.it*, I, 2020.
- MANETTI M., *Sull'autonomia e indipendenza delle Autorità*, in *Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, III, 2023.
- MANFREDI G., *Legalità procedurale*, in *Diritto amministrativo*, IV, 2021.
- MANFRELOTTI R., *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato*, Giappichelli, Torino, 2012.
- MANFRELOTTI R., *Indirizzo politico, "diritto mite" e Autorità amministrative indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti*, I, 2020.
- MANGANARO F., *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Reggio Calabria, 2000.

- MANGANELLI A., *Il principio di concorrenza fra Antitrust e regolazione. Il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Conc. merc.*, I, 2013.
- MANNING J.F., *Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules*, in *Columbia Law Review*, Vol. 96, 3, 1996.
- MANNORI L. – SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Bari, 2001.
- MANZELLA G.P., *Brevi cenni sulla Regulatory Negotiation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 1994.
- MARIMBERT J., *L'autorité de régulation des télécommunications*, in *CJEG*, 2001.
- MARINI F.S., *Le Autorità Amministrative Indipendenti nell'architettura costituzionale*, in *Rivista della Corte dei Conti*, I, 2022.
- MARSHAW J.L., *Creating the Administrative Constitution. The lost one hundred years of American Administrative Law*, Yale University Press, New Heaven, 2012.
- MARZONA N., *L'amministrazione pubblica del mercato mobiliare*, Cedam, Padova, 1988.
- MARZONA N., *Il potere normativo delle Autorità Indipendenti*, in CASSESE S. – FRANCHINI C., *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996.
- MASSERA A., *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Volume III, Giuffrè, Milano, 1988.
- MATHIEU B., *La normativité de la loi: une exigence démocratique*, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, XXI, 2007.
- MATHIEU E., *Regulatory delegation in the European Union*, Palgrave Macmillan, London, 2016.
- MAZZAMUTO M., *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, relazione tenuta al Convegno annuale di AIPDA, Padova, 9-10 ottobre 2015, su www.diritto-amministrativo.org.
- MEKKI M., *Propos introductif sur le droit souple*, in AA. VV. (dir.), *Le droit souple*, Dalloz, Paris, 2009.
- MELIS G., *Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, 2021.
- MELLERAY F., *Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple*, in *RFDA*, IV, 2016.

- MENURET J.J., *Autorités administratives indépendantes (AAI) et démocratie participative : quel(s) modèle(s) ?*, in AA.VV., *Le juge et les nouvelles formes de démocratie participative*, ESI, Verona, 2018.
- MERLINO A., *Il regulatory sandbox e la teoria delle fonti*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, II, 2022.
- MERLONI F. – CANTONE R. (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2015.
- MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo “quasi” giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- MERUSI F., *Autorità Indipendenti* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, VI agg., Giuffrè, Milano, 2002.
- MERUSI F. – PASSARO M., *Le Autorità Indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- MESSINA G., *Diritto Liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, FrancoAngeli, Milano, 2012.
- MEYO M.E., *La définition de faculté au coeur de la notion de droit souple*, in *Les Petites Affiches*, Janvier 2023.
- MILANESI M., *Lo sviluppo delle sandbox regolatorie italiane tra dubbi e opportunità. Requiem per l'articolo 223 dello «Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici»*, in *Federalismi.it*, XV, 2023.
- MOCKLE D., *Recherches sur les pratiques administratives pararèglementaires*, LGDJ, Paris, 1984.
- MODUGNO F., *Riflessioni generali sulla razionalizzazione della legislazione e sulla delegificazione*, in AA. VV., *Scritti in onore di M. Mazziotti*, Cedam, Padova, 1995.
- MOLITERNI A., *La legge annuale per il mercato e la concorrenza al tempo del PNRR*, in *Giornale di diritto amministrativo*, V, 2022.
- MONTESQUIEU C.L., *De l'esprit des lois*, ed. Garnier-Flammarion, Paris, 1979.
- MORBIDELLI G., *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, IV, 2007.
- MORBIDELLI G., *I poteri normativi delle autorità indipendenti (profili problematici e spunti tratti dalla giurisprudenza statunitense)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, I, 2010.

- MORBIDELLI G., *Le linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?* in *Diritto amministrativo*, III, 2016.
- MORBIDELLI G., *Ricordando Nicola Bassi, nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, II, 2017.
- MORETTINI S., *Il soft law nelle Autorità Indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?* in *Osservatorio AIR*, IV, 2011.
- MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008.
- MOUCHETTE J., *La magistrature d'influence des Autorités Administratives Independantes*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2019.
- NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- NAPOLITANO G. – MOCAVINI G. – BUTTARELLI G. – MORGANTE R., *Autorità indipendenti e separazione dei poteri: un'analisi empirica delle nomine e dei mandati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 2023.
- NELSON D. – WEBB YACKEE S., *Lobbying Coalitions and Government Policy Change: An Analysis of Federal Agency Rulemaking*, in *The Journal of Politics*, II, 2012.
- NICCOLAI S., *I poteri garanti della Costituzione e le Autorità Indipendenti*, Edizioni ETS, Pisa, 1996.
- NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980.
- NOCERA L.A. – FIORENTINO A., *Declinazioni innovative della democrazia partecipativa e integrazione dei gruppi deboli: riflessioni comparate e conclusive*, in *DPCE online*, II, 2023.
- ORTINO M., *Il soft law nella disciplina dei mercati finanziari*, in *Banca, Impresa, Società*, I, 2020.

- PAFFARINI J., *Indirizzo politico e regulation dopo l'emergenza Covid-19. Alcune riflessioni sulle recenti tendenze dell'antitrust*, in *DPCE online*, numero speciale, 2021.
- PAJNO A., *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Diritto Pubblico*, II, 2005.
- PALADIN L., *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965.
- PANTALONE P., *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
- PASSAGLIA P., *Sovranità* (voce), in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. VI, Giuffrè, Milano, 2006.
- PASSALACQUA M., *Soft law per la regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Concorrenza e mercato*, IV, 2017.
- PASSARO M., *Le amministrazioni indipendenti*, Giappichelli, Torino, 1996.
- PASTORE B., *Il soft law nella teoria delle fonti*, in SOMMA A., *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009.
- PASTORI G., *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in ALLEGRETTI U. - ORSI BATTAGLINI A. – SORACE D., *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Maggioli, Rimini, 1987.
- PATRONI GRIFFI A., *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, I, 2015.
- PAULIAT H., *La contribution du droit souple au désordre normatif*, in *Revue de droit public*, I, 2017.
- PECCHIOLO N., *Consob e poteri "commendatori" di conformazione e unificazione del mercato*, in *Diritto e processo amministrativo*, II, 2017.
- PEDRINI G., *L'analisi economica dell'impatto della regolazione negli Stati Uniti*, in *Amministrare*, III, 2010.
- PEPE G., *La democrazia partecipativa ambientale tra ordinamenti sovranazionali ed ordinamento italiano*, in *Federalismi.it*, II, 2020.

- PERICU G., *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Dir. amm.*, I, 1996.
- PERLINGIERI P., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 1992.
- PERULLI P., *Nel 2050. Passaggio al nuovo mondo*, Il Mulino, Bologna, 2021.
- PEZANT J.L., *Loi/réglement, la construction d'un nouvel équilibre*, in *Revue française de science politique*, IV - V, 1984.
- PÉZANT J.L., *All'origine della distinzione tra competenze legislative e regolamentari nella Costituzione francese della Quinta Repubblica*, in *Quaderni Costituzionali*, I, 1990.
- PHILLIPS C., *Slaying Leviathan (or not): the practical impact (or lack thereof) of a return to a "traditional" nondelegation doctrine*, in *Virginia Law Review*, IV, 2021.
- PICIACCHIA P., *La ricerca dell'incerta sintesi tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa. Riflessioni a margine del Grand Débat National*, in *DPCE online*, III, 2020.
- PIQUET H.S., *Outline of the New Deal legislation*, McGraw-Hill, New York, 1933.
- PIRAS A., *Discrezionalità amministrativa* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Giuffrè, Milano, 1989.
- PIRAS P., *Incontri sull'attività amministrativa e il procedimento*, Giappichelli, Torino, 2006.
- PISANESCHI A., *Il Comitato di Basilea e il Financial Stability Board: regolazione finanziaria sovranazionale e Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, I, 2021.
- PIZZORUSSO A., *Il potere regolamentare dopo la legge n. 400/1988*, in AA. VV., *Scritti per Mario Nigro*, Giuffrè, Milano, 1991.
- PIZZORUSSO A., *Fonti del diritto*, Zanichelli, Bologna, 2011.
- PLESSIX B., *Juger de la légalité et distinction entre actes réglementaire et non réglementaire*, in DEFOORT B. – LAVERGNE B. (a cura di), *Juger de la légalité administrative*, LexisNexis, Paris, 2021.
- PLESSIX B., *Le principe de légalité en droit administratif français*, in *RFDA*, 2022.

POLICE A., *Il potere discrezionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in RABITTI BEDOGNI C. – BARUCCI P. (a cura di), *20 anni di Antitrust*, Giappichelli, Torino, 2010.

PREDIERI A., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Antella, 1997.

PROSPERETTI L., *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002.

PRUSSIANI C., *La conformazione contrattuale nei settori regolati dalle autorità amministrative indipendenti*, Giuffrè, Milano, 2022.

PUCCINI G., *La tutela dei diritti di libertà tra riserva di legge e garanzie procedurali*, in AA. VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Cedam, Padova, 1990.

QUINART E., *Le pouvoir réglementaire, hantise républicaine*, in *Droits*, II, 2020.

RAMAJOLI M., *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, I, 2006.

RAMAJOLI M. – TONOLETTI B., *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Diritto amministrativo*, I - II, 2013.

RAMAJOLI M., *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, II, 2016.

RAMAJOLI M., *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, I, 2017.

RAMAJOLI M., *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, II, 2018.

RAMAJOLI M., *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, I, 2022.

RANGONE N., *Declinazioni e implicazioni dell'autoregolazione: alla ricerca della giusta misura tra autonomia privata e pubblico potere*, in *Rivista di diritto alimentare*, IV, 2011.

- RENNA M., *Le questioni di legittimità costituzionale del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore on line*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, I, 2014.
- RESCIGNO G.U., *Sul principio di legalità*, in *Diritto Pubblico*, 1995.
- RICHEVILAIN E., *L'interrégulation des autorités internationales, européennes et nationales de régulation bancaire et financière*, LGDJ, Paris, 2022.
- RIGANO F., *Le Autorità Indipendenti nel sistema costituzionale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, II, 2002.
- RIVERO J., *Les mesures d'ordre intérieur administratives. Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Sirey, Paris, 1938.
- RIVIEZZO A., *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2005.
- ROMAGNOLI G., *Consob. Profili e attività*, Giappichelli, Torino, 2012.
- ROMANO A., *Osservazioni sull'impugnabilità dei regolamenti della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1956.
- ROMANO A., *Introduzione*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 1993.
- ROMANO M.C., *Interessi diffusi e intervento nel procedimento amministrativo*, in *Foro amm. CDS*, VI, 2012.
- ROMBAUTS – CHABROL T., *De la magistrature au magistère. Sémantique du pouvoir d'influence des autorités administratives indépendantes*, in AA. VV., *Indépendance(s). Mélanges offerts au Professeur Jean-Louis Autin*, 1, Mélanges, Montpellier, 2011.
- ROSANVALLON P., *Le libéralisme économique. Histoire de l'idée de marché*, Ed. du Seuil, Paris, 1989.
- RUGGERI A., *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?* in *Osservatorio sulle fonti*, II, 2021.
- SANDULLI A.M., *L'attività normativa della Pubblica Amministrazione*, Jovene, Napoli, 1970.
- SANDULLI A.M., *Le norme tecniche nell'edilizia*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, II, 1974.

- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1980.
- SANTOLI S., *Principio di legalità e potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. Cost.*, 2003.
- SARTORETTI C., *Le Authorities al tempo del Covid-19. Riflessioni sul ruolo delle autorità indipendenti: modello in declino o consolidato?* in *DPCE online*, II, 2021.
- SATTA F., *Il principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Cedam, Padova, 1969.
- SCALIA A., *Le Independent Regulatory Agencies nell'ordinamento statunitense*, in AA.VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, Giuffré, Milano, 1996.
- SCHMITT C., *Il custode della Costituzione*, ed. Giuffré, Milano, 1981.
- SCOCA F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2000.
- SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011.
- SCREPANTI S., *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità Indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, IV, 2007.
- SCREPANTI S., *La dimensione ultrastatale delle autorità indipendenti: i "sistemi comuni" europei e globali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, V, 2009.
- SEE A., *Le droit souple des Autorités de régulation*, in *Droit Administratif*, V, 2016.
- SEIDENFELD M., *A civic republican justification for the bureaucratic state*, in *Harvard law review*, vol. 105, V, 1992.
- SEILLER B., *Droit Administratif II, L'action Administrative*, Flammarion, Paris, 2016.
- SERRAND P., *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente*, in *Revue de droit public*, IV, 2012.
- SHAPIRO S.A., *Law, expertise and rulemaking legitimacy*, in *Environmental law*, Vol. 49, III, 2019.
- SILVESTRI G., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Giuffré, Milano, 1985.

SIMONCINI M., *Administrative Regulation beyond the Non-Delegation doctrine*, Hart Publishing, Oxford, 2018.

SIMONCINI M., *I poteri quasi-normativi delle Agenzie europee: le decisioni della European Security and Market Authority (Esma)*, in *Osservatorio sulle fonti*, III, 2020.

SIMONCINI A., *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di Stato e forma di Governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, II, 2021.

SORDI B., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia – Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, tenutosi a Varenna – Villa Monastero il 20 – 22 settembre 2007, Edizione Giuffrè, Milano, 2008.

SORDI B., *Legge e Amministrazione: incontri e scontri*, in C. STORTI (a cura di), *Legalità e crisi delle legalità*, Giappichelli, Torino, 2017.

SOREL J.M., *Le rôle de la soft law dans la gouvernance mondiale: vers une emprise hégémonique?* in *Revue Européenne du droit*, II, 2021.

SPAMPINATO B., *Sulla “crisi” di legalità e di certezza del diritto in campo amministrativo*, in *federalismi.it*, 31 maggio 2017.

SPENCE D.B., *Administrative law and agency policymaking: rethinking the positive theory of political control*, in *Yale jour. on reg.*, XIV, 1997.

SPUNTARELLI S., *Il principio di legalità e il criterio dell'imparzialità nell'amministrare*, in *Diritto amministrativo*, I, 2008.

STEWART R.B., *The reformation of American administrative law*, in *Harvard Law Review*, Vol. 88, VIII, 1975.

STICCHI DAMIANI S., *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in *Il libro dell'anno del diritto* (2015) – Treccani.it.

STEINZOR R. – STRAUSS S., *Building a Consensus: Agencies Stressing 'Reg Neg' Approach*, in *Legal Times*, III, 1987.

TAKANEN F., *Le autorità amministrative indipendenti*, Cedam, Milano, 2022.

- TARLI BARBIERI G., *Considerazioni di sintesi sul ruolo delle Autorità Amministrative Indipendenti nella regolazione delle decisioni algoritmiche*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021.
- TELLER M., *La régulation des marchés financiers entre pouvoirs privés économiques et ordre public économique*, in *Revue internationale de droit économique*, I, 2019.
- TESTARD C., *Le droit souple, une «petite» source canalisée*, in *AJDA*, XVI, 2019.
- TESTARD C., *Pour une sanctuarisation du traitement contentieux de la participation du public*, in *Droit Administratif*, VII, 2020.
- THIBIERGE C., *Le droit souple. Reflexions sur les textures du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civile*, IV, 2003.
- THIBIERGE C. (a cura di), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, 2009.
- TIBERI G., *Le independent Commissions nell'ordinamento statunitense*, in *Amministrare*, I-II, 2000.
- TIMSIT G., *La régulation. La notion et le phénomène*, in *RFDA*, I, 2004.
- TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità Amministrative Indipendenti, fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, in *Nomos, le attualità nel diritto*, I, 2017.
- TOCCI W., *Dal troppo al niente della mediazione politica*, in *Costituzionalismo.it*, II, 2017.
- TOMASICCHIO F., *Le manifestazioni dello Stato interventore nel paradigma neoliberale. Il caso delle nazionalizzazioni dell'energia in Europa*, in *Politica del diritto*, II, 2023.
- TONOLETTI B., *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, II, 2015.
- TORCHIA L., *Gli interessi affidati alle cure delle Autorità Indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996.
- TORCHIA L., *Il controllo pubblico della finanza privata*, Cedam, Padova, 1992.
- TORCHIA L., *Politica industriale e regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2015.

- TORRICELLI S., *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità indipendenti*, in *Diritto Amministrativo*, I, 2020.
- TRAVI A., *Presentazione del tema del Convegno “Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia” – Atti del Convegno di Studi di scienza dell’Amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2007*, Giuffrè, Milano, 2008.
- TRAVI A., *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019.
- TRIMARCHI BANFI F., *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, Giappichelli, Torino, 2014.
- TUOT T., *Perspective d’évolution*, in LOMBARD M. (a cura di), *Régulation économique et démocratie*, LGDJ, Paris, 2006.
- TURCHINI V., *I mercati di settore europei verso una regolazione realmente indipendente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, III, 2020.
- TURCHINI V., *Le Autorità Amministrative Indipendenti oggi. La necessità di un approccio storico e comparato*, in *Rivista della Corte dei Conti*, I, 2022.
- TUSSEAU G., *Les normes d’habilitation*, LGDJ, Paris, 2006.
- VALAGUZZA S., *Nudging pubblico vs pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, I, 2017.
- VALASTRO A., *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti*, in www.atrid.online.it, 2010.
- VEDEL G. – DELVOLVE P., *Droit administratif*, Tome I, PUF, Paris, 1990.
- VEDEL G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1949.
- VENEZIA J.C., *Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative*, in AA. VV., *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, LGDJ, Paris, 1974.
- VESPERINI G., *La Consob e l’informazione nel mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolative*, Cedam, Padova, 1993.
- VILLATA R. – SALA G., *Procedimento amministrativo* (voce) in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1996.

VILLATA R. – RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017.

VITI V., *Carattere partecipato dell'attività regolativa delle Authorities e autonomia privata. elementi di "neocorporativismo" tra suggestioni e contestualizzazioni*, in *Contratto e impresa*, I, 2020.

VUOTO S., *Principio di legalità della Pubblica Amministrazione e legge incostituzionale*, in AA. VV., *Il rispetto delle regole. Scritti degli allievi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Giappichelli, Torino, 2005.

VUOTO S., *La funzione di Amministrazione nell'evoluzione del costituzionalismo*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Paolo Carrozza*, Pisa University Press, Pisa, 2022.

WALINE M., *Les rapports entre la loi et le règlement*, in RDP, 1959.

WEIL P., *Vers une normativité relative en droit international?* in *Revue Générale de Droit International*, 1982.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

ZAMMARTINO F., *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2020.

ZAMMARTINO F., *Riflessioni sparse su alcune (spinose) questioni riguardanti il rapporto tra tecnica e politica*, in *Amministrativ@mente*, IV, 2021.

ZANOBINI G., *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1924.

ZOLLER E., *Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie*, in *RFDA*, 2004.

ZOLLER E., *L'encadrement constitutionnel des agences indépendantes aux États-Unis*, in RDP, II, 2014.

