

CAPITOLO I

1 L'origine e le ragioni dell'istituzione delle autorità indipendenti

La genesi e la storia delle Autorità Indipendenti sono un fenomeno che, in particolare per quanto riguarda il continente europeo, non può essere inquadrato in maniera unitaria e organica.

In tempi più recenti la nascita delle *Authorities* è stata ricondotta agli Stati Uniti che nel 1887 istituirono la prima Autorità Amministrativa Indipendente: *l'Interstate Commerce Commission*¹ (ICC), istituita con *l'Interstate Commerce Act*. Tale organo compare come meccanismo di correzione del mercato, al fine di garantire una piena libertà di scambio e di circolazione.

La Commissione aveva il compito di vigilare sul fatto che le compagnie ferroviarie applicassero tariffe adeguate, eque, proporzionate senza porre in essere alcuna discriminazione. La legge istitutiva intendeva assicurare con apposite norme, anche in materia di nomine, poteri e controlli, sia un certo grado di indipendenza della Commissione dalla politica del governo e dalle compagnie ferroviarie, sia istituire un organismo avente nei propri componenti quei necessari caratteri di specializzazione e tecnicità, peculiari delle attuali autorità indipendenti. Nei decenni successivi il Congresso istituì le *Independent agencies*, denominate anche *Independent Regulatory Commission* (IRC) e dotate non soltanto di poteri di regolazione e vigilanza su attività economiche, ma anche di poteri normativi delegati.

La nascita di questi nuovi organismi rispose ad una duplice necessità: monitorare da parte dello Stato alcuni settori, senza che detto potere risultasse troppo restrittivo della libertà di iniziativa imprenditoriale e al tempo stesso difendere le libertà dei cittadini dall'influenza delle grandi concentrazioni di potere economico e sociale, in grado di alterare il corretto funzionamento del mercato. Queste Autorità Indipendenti, anche se considerate predecessori dei modelli introdotti nel continente europeo intorno agli anni settanta, si distinguono da questi sia per la funzione, che per il loro stabilizzarsi in un ordinamento caratterizzato da una forma di governo non assimilabile a quelle continentali².

Se in generale in Europa si assiste all'introduzione delle autorità indipendenti quando lo Stato intende ritrarsi dalla gestione di attività a rilevanza economica, negli Stati Uniti è diametralmente opposta la ragione a fondamento delle *Independent regulatory Agencies*. Infatti, mentre negli Stati Uniti lo Stato

¹ Inizialmente la ICC era un organismo del *Department of Interior*, ma solo dopo due anni divenne una *independent agency*.

² Negli Stati Uniti la forma di governo presidenziale ha da sempre favorito un libero confronto tra esecutivo e legislativo, quali centri di poteri contrapposti e l'amministrazione non si è mai trovata in stato di dipendenza rispetto al Governo; viceversa nei paesi europei l'amministrazione è spesso a disposizione del Governo e, perlomeno nei paesi a governo parlamentare, l'esecutivo e il legislativo sono legati da un rapporto di fiducia.

rimane ad essere regolatore e garante degli equilibri attraverso la verifica delle autorità, nei paesi europei il Governo rinuncia alla gestione di alcuni settori e li affida alle autorità e pertanto, queste ultime vennero istituite per regolare determinati ambiti che lo Stato non ha più sotto la sua direzione. E' dunque doveroso specificare che, nonostante vi siano dei rapporti di discendenza tra le autorità americane ed europee, potrebbe essere fuorviante e poco utile ricercare un unico modello teorico per spiegare la loro nascita.

Nel nostro ordinamento il termine "Autorità Indipendenti" compare per la prima volta nella relazione Piga del 1985 dove si ha traccia del primo tentativo di introdurre nuovi modelli istituzionali caratterizzati da "alto tasso di imparzialità", è solamente con le singole leggi istitutive delle Autorità *de quibus* che la disciplina delle stesse prende concretamente forma. Le moderne Autorità Indipendenti vennero istituite negli ultimi trent'anni anche grazie alle forti pressioni comunitarie e in particolare, per quanto attiene all'Italia, accanto alla più antica Banca d'Italia (alla quale vennero attribuiti anche poteri di vigilanza sugli altri istituti bancari) la prima Autorità Indipendente ad essere istituita fu la CONSOB. Questa nasce nel 1974 e ad essa seguirono a distanza non molto ravvicinata: l'Isvap (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni) nel 1982, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel 1990, la Commissione sui fondi pensione nel 1993 e nel 1996 l'Autorità per l'elettricità e il gas e l'Autorità delle telecomunicazioni ecc.

Seppur a fronte delle numerose leggi istitutive delle singole Autorità sia mancata una disciplina organica del fenomeno, pare comunque possibile evincere un dato comune a tutte le Autorità amministrative indipendenti, ovvero la ragione della loro istituzione. La loro introduzione nell'ordinamento realizza l'attuazione di principi di rilievo costituzionale rispondendo all'esigenza di affidare la cura di settori di particolare interesse (i cosiddetti "settori sensibili") ad organismi diversi dallo Stato e garanti di una posizione terza per il perseguimento dell'interesse generale³. L'estrema delicatezza delle materie *de quibus* ha persuaso il legislatore a conferire la gestione di tali settori ad organismi tecnicamente molto qualificati ed indipendenti, quindi caratterizzati da neutralità, indifferenza e una particolare terzietà rispetto agli interessi in gioco⁴.

Inoltre è anche grazie alla struttura collegiale della Autorità in questione che è possibile assicurare una particolare competenza tecnica, in quanto possono fare parte delle stesse diverse professionalità in grado di fornire un indispensabile bilanciamento di interessi per le deliberazioni delle Autorità stesse.

³ S. Regasto, *Contributo allo Studio delle autorità indipendenti*, Roma, 2004, 91 si segnala come l'autore evidenze che l'emergere delle Autorità Indipendenti in ordinamenti con una tradizione giuridica assai differente sia sintomo del progressivo avvicinamento tra i sistemi di common law e i sistemi di civil law

⁴ C.P. Guarini, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005, 218

Lo sviluppo socio-economico degli ultimi anni ha come fisiologico contraltare la necessità di tutela per questi inediti interessi; il Parlamento ha dovuto dunque riconoscere l'impossibilità di legiferare in una disciplina così specifica e di settore, ma soprattutto ha dovuto prendere atto della propria incapacità di poterlo fare in maniera tempestiva. Parimenti la sola tutela giurisdizionale non pare in grado di salvaguardare in modo pieno tali pretese, dal momento che prenderebbe provvedimenti solamente a lesione già compiuta.

Il legislatore ha dunque ritenuto opportuno conferire proprio alle autorità in questione il compito di assicurare la tutela di libertà fondamentali mediante la possibilità sia di emanare norme, sia di poter verificare che le stesse vengano poi applicate in maniera corretta dai destinatari.

2 Le principali caratteristiche delle *Authorities*

Si è visto come le Autorità indipendenti siano delle entità amministrative che non hanno legami con alcun organo politico, dirette da tecnici e che rispondono ad una medesima logica: evitare qualunque tipo di rapporto con i centri di elaborazione dell'indirizzo politico, siano essi partitici, parlamentari o governativi. Premesso che nel nostro ordinamento non abbiamo una trattazione unitaria del fenomeno in esame, pare ugualmente opportuno specificare che le differenti Autorità previste nel nostro ordinamento, pur rispondendo tutte ad esigenze di settore tra loro eterogenee, possono coerentemente essere unificate per quanto riguarda la motivazione di fondo che le ha istituite ed alcune caratteristiche fondamentali comuni alle diverse *Autorithies*.

La giustificazione delle diverse Autorità Indipendenti presenti nel nostro ordinamento sarebbe infatti da ravvisare nella diffidenza nei confronti dello Stato, ritenuto non più in grado di soddisfare e rispondere a certe esigenze della collettività, peraltro anche tutelate dalla Costituzione⁵.

Premesso questo, si vogliono ora definire le caratteristiche generali che accompagnano le Autorità Indipendenti dalla loro nascita e durante l'esercizio delle loro funzioni: queste peculiarità comuni sono ravvisabili negli attributi di indipendenza, autonomia e neutralità. Questi connotati prima facie possono sembrare molto simili ma, se correttamente analizzate, presentano lineamenti differenti e possiedono uno specifico significato.

⁵ G.P. Calabrò, *Dogma dei principi e funzione assiologica dei limiti alla revisione costituzionale, nell'ottica della teoria mortatiana del diritto*, Milano, 2007, 76

2.1 L'indipendenza intesa come apoliticità dell'azione dei garanti

Facendo riferimento ad entità di stampo amministrativo, per indipendenza si intende il potere di esercitare in modo pieno ed autoreferenziale le proprie funzioni in condizioni di non dipendenza dallo Stato. Per quanto attiene squisitamente alle Autorità Indipendenti questo principio è ciò che consente alle stesse di prendere le distanze dal circuito politico preoccupandosi così solamente degli interessi settoriali cui sono deputate, collocandosi in una posizione di terzietà che le legittima a fare rispettare le regole relative al settore di competenza⁶.

Tale requisito viene inteso in due accezioni diverse:

- Indipendenza strutturale: da intendersi come specificità istituzionale, la quale consente quindi all'organismo in questione di occupare una posizione atipica all'interno dell'ordinamento
- Indipendenza funzionale: come capacità di determinare autonomamente le proprie azioni nell'esercizio dei poteri attribuiti dalla legge anche attraverso l'emanazione di atti normativi secondari ove consentito.

Sono rilevanti facendo riferimento alla prima accezione del principio sicuramente le modalità di nomina dei componenti, i requisiti ritenuti essenziali per farne parte e le condizioni di incompatibilità previste a tutela dell'organismo stesso.

Per quanto attiene alle modalità di nomina queste possono essere parlamentari, poste in essere a seconda dei casi dal Presidente della Camera o da tutta l'assemblea, governative, le quali però ovviamente riducono l'indipendenza dell'autorità in questione che viene nominata da un'autorità politica, e di origine mista

Per fare parte di tali autorità vengono necessariamente richieste particolari competenze tecniche in relazione al settore nel quale interviene l'autorità in questione, affinché i componenti siano in grado di selezionare in modo preciso e certo le esigenze meritevoli di essere perseguite.

E' disciplinato un preciso regime delle incompatibilità il quale nega in modo rigoroso la possibilità di svolgere attività di consulenza, essere dipendenti o amministratori di enti pubblici o di ricoprire anche uffici pubblici.

Solitamente la durata della carica non coincide mai con la durata della legislatura, sempre appunto al fine di limitare le possibilità di condizionamenti esterni, inoltre l'opportunità di reiterazione del mandato presso la medesima autorità è possibile per una volta soltanto.

⁶ V.V Comandini, *L'analisi economica delle Autorità Indipendenti*, Bologna, 2010 questo carattere di distacco dagli organi politici dello Stato comporta che la discrezionalità delle autorità porta le stesse semplicemente a decidere se la situazione di fatto rientri o meno nell'ambito di estensione dell'ipotesi normativa che peraltro si caratterizza per una certa indeterminazione.

In relazione ai suoi connotati, l'indipendenza risulta quindi un requisito relazionale che viene riconosciuto e tutelato anche a livello eurounitario; ad esempio nella direttiva 2009/140/CE si è proposto di rafforzare ulteriormente le garanzie a presidio dell'indipendenza, prevedendo che *“è opportuno rafforzare l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione per garantire un'applicazione più efficace del quadro normativo, rafforzare la loro autorità e assicurare una maggiore prevedibilità delle loro decisioni”*. Ed ancora sempre nella medesima direttiva *“le autorità nazionali di regolamentazione responsabili della regolamentazione ex ante del mercato [...] operano in indipendenza e non sollecitano né accettano istruzioni da alcun organismo nell'esercizio dei compiti loro affidati”*.

La nostra Costituzione tratta dell'“indipendenza” per il potere giurisdizionale, il quale secondo l'art 101, comma 2 deve essere soggetto soltanto alla legge. Allo stesso modo all'art 111 comma 2 Cost. si fa riferimento sempre all'organo giurisdizionale parlando di “giudice terzo e imparziale” davanti al quale si svolge il contraddittorio del processo. Risulta quindi chiaro anche attraverso questi appigli normativi come il principio di indipendenza abbia come necessari corollari gli attributi di terzietà, imparzialità, tecnicità e assenza di responsabilità politica per gli atti posti in essere.

Le definizioni fin qui fornite in relazione al principio dell'indipendenza sono andate sempre nel senso di sottolineare il contenuto essenzialmente negativo di tale peculiarità: indipendenza intesa come assenza di relazioni o assenza di vincoli con soggetti esterni. Proprio questo carattere di carenze di rapporti con soggetti esterni è ciò che distingue prima facie tale requisito con quello di autonomia.

2.2 L'autonomia dei garanti ai fini della tutela del particolare interesse di settore

L'autonomia infatti viene qualificata in positivo come la potestà dell'ente di regolare situazioni proprie di soggetti facenti parte dell'ordinamento⁷. Questo principio sarebbe in grado di andare ad integrare il carattere dell'indipendenza, in quanto implica necessariamente l'idoneità degli enti in questione di farsi portatori di interessi particolarmente sensibili⁸. Il raccordo tra questi due dogmi fa

⁷ F. Merusi, M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003, 83 dove gli autori distinguono in tal modo i due caratteri di autonomia e indipendenza facenti capo alle autorità indipendenti. L'autonomia infatti sarebbe complementare al carattere di indipendenza poiché sottintende la capacità degli enti di farsi portatori di interessi particolari.

⁸ R. Titomanlio, *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Milano, 2000, 75

si che gli enti di garanzia nel settore di loro spettanza possano incidere profondamente attraverso atti normativi secondari comunque immediatamente vincolanti potendo svolgere tale attività senza alcun tipo di intromissione da parte degli organi dello Stato.

Accanto ad una nozione essenzialmente organizzativa del principio di autonomia, come vista a grandi linee *ut supra*, è innegabile come assuma una pozione di assoluta centralità anche l'accezione finanziaria e contabile del concetto. Sono state infatti individuate alcune condizioni perché le modalità del finanziamento, vero nodo della regolazione indipendente, possa assolvere alla sua propria funzione di garanzia di autodeterminazione dell'organismo.

La prima prerogativa sulla quale è stata posta l'attenzione attiene all'adeguatezza delle risorse rispetto alle funzioni attribuite all'autorità sul quale viene posto l'accento soprattutto a livello sovranazionale. La seconda condizione richiesta attiene alla diversificazione delle modalità di finanziamento cosicché venga assicurata l'indipendenza dell'autorità su un duplice versante: sia nei confronti dell'indirizzo politico-governativo, sia nei confronti delle imprese regolate soggette alle autorità in questione. In relazione a ciò è stata resa nota una netta preferenza per modalità di finanziamento miste, cioè con partecipazione di apporti a carico del bilancio dello Stato, e di interventi sul mercato di riferimento. E' chiaro che qualora venisse meno la sussistenza di queste condizioni, verrebbe minata la posizione *super partes* che queste autorità pretendono di rivestire, poiché si troverebbero in una situazione di totale dipendenza economica da un soggetto terzo, il quale sarebbe logicamente in grado di esercitare una pesante influenza sull'organismo foraggiato.

2.3 La posizione di neutralità di fronte a qualsiasi interesse politico in grado di pregiudicare il particolare interesse di settore

Il carattere di neutralità fa riferimento al distacco che l'organismo deve mantenere dagli organi di indirizzo politico. Al profilo in questione sono sicuramente complementari i caratteri di terzietà e tecnicità. Il connotato tecnico dispiega la volontà di de-politicizzare il particolare settore sensibile cui si riferisce la particolare autorità e del resto l'obiettivo principale per il quale vengono istituiti dei soggetti garanti è proprio quello di evitare che interessi coinvolti vengano messi in pericolo o pregiudicati da aspetti che non riguardano strettamente la singolare materia di riferimento⁹.

⁹ C.P Guarini, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005

Ulteriore peculiarità delle Autorità Indipendenti si ricava dal collegamento tra la neutralità e la tecnicità delle stesse il quale porta ad enunciare il principio di mancanza di responsabilità politica per gli atti compiuti. Tale idea attiene sempre alla medesima logica di perseguimento dell'idea di separazione da organi che prendono decisioni di opportunità¹⁰; per tale ragione i membri delle *Authorities* non possono essere chiamati a rispondere al Parlamento o al Governo per gli atti compiuti nella gestione della materia di competenza.

Anche il carattere di terzietà dovrebbe assicurare l'indifferenza delle *Authorities* nei confronti di qualsiasi altro interesse che non sia il preciso settore sensibile sotteso all'autorità stessa. In particolare le Autorità Indipendenti si differenzierebbero dalla P.A. in quanto queste non ricercano la prevalenza di un interesse pubblico, ma tentano di tenere in equilibrio le libertà fondamentali per la tutela delle quali sono state create dal legislatore¹¹. In base a ciò quindi le autorità preposte alla tutela di particolari settori sensibili non avrebbero alcun tipo di discrezionali attribuzioni di indirizzo, anche se non tutti gli studiosi del diritto concordano la totale purezza di questo dogma.

Occorre infatti segnalare che la genuinità del carattere di neutralità e terzietà viene messo in discussione da chi esclude che vi possano essere dei poteri totalmente neutri in materie pubblicistiche. Questi infatti ritengono che la neutralità non coincida affatto con l'apoliticità, ma che all'opposto sia la massima espressione della politicità stessa, in quanto i poteri che si professano neutrali sono proprio quelli che vengono chiamati in causa quando nessun altro potere dello Stato è in grado di intervenire. Di fatto quindi non viene escluso che organizzazioni che si proclamano neutrali, seppur attraverso il perseguimento di politiche di settore, possano arrivare a ponderazioni di stampo anche politico o perseguano, non diversamente dalle tradizionali articolazioni dello Stato, interessi pubblici che possono esorbitare dal singolo settore di competenza.

¹⁰ A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997

¹¹ P. Lazzara, *Autorità Indipendenti e discrezionalità*, Roma, 2001, 104 ss porta a riflettere sulle conseguenze possibili della scomparsa dell'interesse pubblico come fine ultimo della tutela. L'autore nota che la massimizzazione della tutela di un singolo settore può portare alla compressione di rilevanti posizioni giuridiche comunque previste dall'ordinamento, ma che nel caso di specie sarebbero irrimediabilmente limitate.

3 La legittimazione costituzionale delle Autorità Indipendenti e il loro difficile inquadramento nei tradizionali poteri dello Stato

E' ormai pacifico che le Autorità Indipendenti siano un unicum nel nostro ordinamento e soprattutto come non siano strettamente riconducibili a nessuno dei poteri istituzionali presi in considerazione dalla carta costituzionale stessa. Questo pone in essere delicate problematiche¹² in relazione alla loro legittimità costituzionale poiché in realtà la piramide amministrativa dello Stato, come esplicitato nella nostra carta costituzionale, prevede che al vertice della pubblica amministrazione vi sia sempre un soggetto che possa rispondere per l'attività posta in essere dall'amministrazione stessa. Questo paradigma viene appunto confermato nella Costituzione, in particolare attraverso il combinato disposto degli articoli 95 e 97 dai quali risulta che il Governo debba "mantenere l'unità dell'indirizzo politico e amministrativo promuovendo e coordinando le attività dei ministri" (art 95 comma 1) e che la pubblica amministrazione ha il proprio vertice in un ministero il quale è chiamato a rispondere per quanto svolto (art 97) .

Proprio a causa di questa mancanza di previsione delle norme costituzionali, nel tempo si è cercata una soluzione di compromesso per giustificare la presenza di questi organismi nel nostro ordinamento giuridico. Tra le diverse ipotesi prese in considerazione dagli studiosi del diritto, è stato suggerito di ricondurre le Autorità Indipendenti a quei particolari organi costituzionali i quali esercitano una peculiare funzione di garanzia nel nostro sistema, come ad esempio la Corte Costituzionale o il Presidente della Repubblica¹³. Da un lato le Autorità Indipendenti, come i garanti sopra citati, non sono vincolate alle indicazioni derivanti dal circuito politico e si preoccupano di fare rispettare e anzi di dare attuazione alle libertà prese in considerazione dalla carta costituzionale. Permane però una differenza sostanziale che non permette di equiparare a pieno le *Authorities* e la Corte Costituzionale o il Presidente della Repubblica la quale risiede nel fatto che questi ultimi fungono da contraltare e quindi da sistema limitativo e oppositivo al sistema di indirizzo politico. Le *Authorities* invece sono state introdotte nel nostro ordinamento con uno scopo diverso, cioè regolare le particolari esigenze tecniche di un determinato settore ritenuto dal legislatore stesso meritevole di una particolare tutela.

Preso atto di queste rilevanti differenze, una parte della dottrina ha proposto allora di configurare le Autorità Indipendenti come "contropoteri" rispetto a quelli tradizionalmente previsti dallo Stato e prendendo coscienza della crisi del modello di Stato democratico. Infatti la sempre più consistente

¹² M. Cuniberti, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007, 407 critico per il rischio che "enfaticizzando il collegamento delle autorità con gli interessi espressi dalla società, si finisce con l'attribuire un sovrappiù di legittimazione alla tutela degli interessi già di per sé forti e organizzati"

¹³ F. Merusi, M. Passaro, *Le Autorità Indipendenti*, cit.,

rinuncia della sovranità statale alla regolazione di determinati ambiti, congiuntamente con l'erompere di interessi che devono necessariamente essere bilanciati con istanze concorrenti, ha accelerato l'investitura con le autorità garanti di settore di "contropoteri", i quali si contrappongono sia a interessi socio-economici sia al circuito politico del singolo stato¹⁴.

In questo modo sarebbe possibile riuscire a preservare questi particolari settori sia dalle possibili scelte di convenienza del mondo politico, sia dalla pressione di particolari interessi di categoria. In relazione a ciò si scatena la problematica inerente alla politicità di questi enti, la quale necessariamente si connette alla ricerca di un aggancio testuale in grado di legittimare tali organizzazioni all'interno del nostro ordinamento. Resta infatti il timore che le Autorità Indipendenti, specialmente nella delicata fase della nomina dei membri, possano non restare immuni dalle influenze del circuito politico, così soggiacendo a interessi estranei all'ambito da tutelare. Dall'altro lato, prendendo in esame l'ipotesi diametralmente opposta, cioè ipotizzando le autorità in questione come totalmente sganciate dal sistema costituzionale e quindi in una posizione di autolegittimazione, prenderebbe piede una problematica diversa. Nel caso prospettato si potrebbe arrivare all'assurda conseguenza di vedere soccombere proprio quelle libertà per la tutela delle quali tali organismi sono stati istituiti, poiché se un'*Authorities* venisse considerata come mezzo indispensabile e imprescindibile per la tutela di una libertà costituzionalmente garantita, allo stesso modo pretenderà di confrontarsi in una posizione di totale parità con le altre garanzie costituzionali, le quali potrebbero sicuramente subire delle restrizioni e delle limitazioni a fronte di questa azione di bilanciamento continua posta in essere dall'autorità in questione¹⁵.

Di fronte alle difficoltà incontrate si potrebbe ritenere più corretto allora che il fondamento delle Autorità Indipendenti non debba essere ricercato tanto nella Costituzione, quanto piuttosto nel diritto europeo. Si può appunto riflettere su come l'organismo sovranazionale, specialmente attraverso atti di diritto derivato che si preoccupavano di liberalizzare e aprire al mercato settori prima regolati da monopoli pubblici, abbia imposto agli Stati membri istituzione delle autorità in questione proprio al fine di proteggere questi settori. In questo senso si può notare come in primis il nesso con l'ordinamento europeo possa configurarsi come la scriminante fondamentale sulla scelta se istituire o meno una determinata Autorità Indipendente¹⁶. In secondo luogo in ordine alla problematica precedentemente inquadrata, cioè sulla mancanza di una previsione costituzionale puntuale in grado di legittimare sul versante interno le *Authorities*, si può sostenere come anche in questo campo possa

¹⁴ A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit.; F. Merusi, M. Passaro, *Le Autorità Indipendenti*, cit.,

¹⁵ M. Cuniberti, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, cit., 416

¹⁶ A. Riviezzo, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, in: *Quaderni costituzionali*, 2005, 338

essere fatto valere il primato del diritto europeo sul diritto interno anche costituzionale ex art 117 comma 1 Cost. E' altrettanto noto però come tale principio di supremazia del diritto europeo non sia assoluto, ma sia comunque limitato al rispetto dei controlimiti, cioè quei principi supremi posti al vertice dell'ordinamento e per questo motivo considerati assolutamente inderogabili. Pare opportuno considerare ora se anche nell'ambito inerente alle autorità indipendenti possano essere individuati alcuni controlimiti non superabili neppure dal diritto di provenienza eurounitaria.

In questo campo un primo controlimite può essere individuato in una forte affermazione del principio di legalità; questo non andrebbe meramente inteso nella sua accezione formale, cioè come espressa previsione normativa di quel determinato potere, ma soprattutto anche nella sua veste sostanziale, cioè come puntuale previsione dei criteri e dei presupposti in presenza dei quali diviene legittimo esercitare quel particolare potere¹⁷. Da questo punto di vista però il nostro sistema espone il fianco a diversi aspetti problematici che verranno affrontati in seguito nel corso della trattazione. Un ulteriore controlimite che può trovare applicazione in questo ambito potrebbe essere il principio del giusto processo che si lega al diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri interessi e che comporta la piena giustiziabilità davanti ad un giudice degli atti normativi posti in essere dalle Autorità Indipendenti. Ormai si dovrebbe essere fatta luce su questa problematica anche se in passato sono state fornite diverse opinioni che ritenevano che il sindacato del giudice sull'atto posto in essere dalle Authorities dovesse limitarsi esclusivamente ad un controllo sui profili solamente formali dell'atto in questione.

4 La natura giuridica delle Autorità Indipendenti alla luce della recente sentenza 13/2019 Corte Cost.

Appare opportuno affrontare ora la difficile questione inerente alla natura giuridica da attribuire alle Autorità Indipendenti e occorre altresì rilevare come l'assenza di una regolamentazione organica in materia certamente non agevoli il compito di trovare una definizione unitaria adatta a ricomprendere tutti i poteri esercitati dalle *Authorities*. Pare complesso infatti incasellare le autorità in questione in uno dei tradizionali poteri dello Stato a causa della natura loro peculiare natura bicefala (a metà strada tra il legislatore e il giudice).

¹⁷ F. Palazzo, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni Fiorentini*, 2007, 1279

Come anticipato un primo filone dottrinale tendeva a conferire a questi enti di garanzia natura amministrativa¹⁸ riconducendole nell'alveo dell'art 97 cost. Vero però che assimilare le autorità *de quibus* alla pubblica amministrazione tout court non pare particolarmente preciso in quanto non viene preso atto delle rilevanti differenze tra questi due enti: in primis la Pubblica Amministrazione ha il compito di mitigare interessi tra loro in conflitto ottenendo sempre la massimizzazione dell'interesse pubblico, al contrario le autorità indipendenti propendono per la massimizzazione di un unico interesse particolare di settore del quale sono poste a tutela. Oltre a ciò in base all'art 95 della Costituzione, la Pubblica Amministrazione è caratterizzata da un indispensabile collegamento con il Governo dello Stato, caratteristica che per definizione non appartiene alle autorità garanti *de quibus*.

Al di là delle seppur rilevanti differenze, buona parte della giurisprudenza e della dottrina tende comunque ad allinearsi nel conferire a tali enti di garanzia una natura essenzialmente amministrativa.

Un secondo filone era invece più propenso ad assimilare questi enti indipendenti agli organi giurisdizionali, vedendo nel giudice la più esemplificativa figura simbolo di garanzia. I fautori di questa seconda concezione tendevano a sottolineare come le Autorità Indipendenti fossero chiamate a verificare la contrarietà del fatto posto in essere al precetto legale, come d'altronde viene fatto dagli organi giurisdizionali e come entrambi questi modelli siano caratterizzati dall'attributo dell'imparzialità nell'adempiere ai propri compiti¹⁹. Ancora a sostegno della predetta tesi giocherebbe un ruolo fondamentale l'indipendenza di cui sono connotate queste autorità, caratteristica che secondo i sostenitori di questo filone sarebbe del tutto comparabile con quella dei giudici. Ciò nonostante l'opinione prevalente tende a rifiutare una relazione tra le *Authorities* e gli organi giurisdizionali a cause delle molteplici differenze presenti. In prima battuta coloro i quali hanno tentato di confutare questa teoria hanno sempre fatto leva sul divieto sancito dall'art 102 della Costituzione, il quale come noto vieta di istituire giudice speciali e quindi renderebbe illegittima l'introduzione di questi organi se considerati come para-giurisdizionali. Oltre a ciò i caratteri di giurisdizionalità delle Autorità Indipendenti si manifestano come tendenziali, in quanto non in ogni garante si manifestano allo stesso modo o comunque non assumendo mai un ruolo preponderante. Infatti il peculiare cumulo di poteri sia sanzionatori che normativi non rende strettamente riconducibile le autorità in questione al modello puro di organo giurisdizionale.

Infine una terza impostazione considera le *Authorities* come un organismo né di natura amministrativa, né tantomeno di natura giurisdizionale, ma le qualifica come un *novum*

¹⁸ L. Desiderio, *Significato, natura e funzioni delle autorità indipendenti: spunti di riflessione*, in Aa. Vv., *Significato natura e funzioni delle autorità indipendenti: spunti di riflessione*, Milano, 1998, 32

¹⁹ G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006, 114

nell'ordinamento. Queste infatti si caratterizzerebbero per essere soggetti predisposti alla tutela di particolari interessi configurati dall'ordinamento e quindi si presenterebbero come nuovi poteri legittimati dal principio del pluralismo istituzionale²⁰.

Per fare chiarezza sulla situazione sopra prospettata è fondamentale richiamare una recentissima sentenza della Corte Costituzionale risalente al 31 Gennaio 2019 n 13. La Corte nella pronuncia appena citata si interroga sulla legittimazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) a sollevare l'incidente di costituzionalità. Al di là del merito della vicenda, il principale ragionamento della Corte ruota attorno alla possibile attribuzione in capo all'AGCM della qualifica di "giudice", cosa che consentirebbe ex lege alla stessa la possibilità di sollevare l'incidente di costituzionalità. In particolare nell'ordinanza risalente al 3 maggio 2018 l'AGCM con una serie di ragionamenti attribuiva ai procedimenti sanzionatori di sua spettanza natura giurisdizionale. In primis l'autorità in questione riteneva che gli attributi di indipendenza e di imparzialità fossero garantiti dalle modalità di scelta dei componenti; i membri infatti sono nominati in concordato dai presidenti di Camera e Senato, fra persone di palese indipendenza. I requisiti di neutralità e indipendenza sarebbero poi soddisfatti anche grazie all'inamovibilità dei componenti dell'organo, le incompatibilità puntualmente descritte che devono essere rispettate per farne parte e alla durata del mandato, consistente in sette anni non rinnovabili. Ulteriore elemento in grado di avvalorare la tesi sostenuta dall'autorità nell'ordinanza richiamata viene individuato nel puntuale rispetto dei principi del contraddittorio e del giusto processo nei procedimenti sanzionatori che la stessa autorità aziona quando ritiene necessario. Infine il remittente fa leva sulla possibilità per lo stesso di utilizzare misure inibitorie nei confronti delle imprese perché le stesse facciano venire meno le condotte poste in essere lesive della concorrenza. Tale potere cautelare sarebbe ulteriormente caratteristico e proprio della sua veste giurisdizionale che le consentirebbe di sollevare la questione di costituzionalità.

La Corte nella sentenza del 31 gennaio esplicita che un procedimento può essere definito come giurisdizionale qualora siano presenti tre condizioni: la natura giurisdizionale del provvedimento finale emanato, il giudice del procedimento deve porsi in una posizione di imparzialità e terzietà, infine che sia rispettato il contraddittorio ed il principio della parità delle armi tra le parti nel processo. Nel corso degli anni l'attività interpretativa della Corte si è rilevata variabile nei casi di alcuni remittenti considerati di natura ibrida; quindi in definitiva secondo la Corte stessa per attribuire ad un determinato soggetto la qualifica di giudice a quo è sufficiente che questo soddisfi il requisito di porsi

²⁰ G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 1996, 1 critico su questo punto poiché sostiene che tali autorità verserebbero oggi in una situazione di incostituzionalità, in relazione a quelle situazioni nelle quali il ruolo affidato ad una particolare autorità non fosse stato svolto in precedenza da alcun organo amministrativo e i poteri di cui questa possa disporre siano effettivamente di attuazione della legge.

in una posizione *super partes* nell'esercitare la funzione giudicante, pur essendo estraneo all'organizzazione della giustizia in senso stretto. Il collegio nella pronuncia richiama il fatto che l'AGCM sia parte processuale sia nei giudizi amministrativi che scaturiscono dall'impugnazione posta in essere contro i suoi provvedimenti sia quando la stessa autorità decida di impugnare provvedimenti di pubbliche amministrazioni ritenuti in contrasto con la normativa Antitrust. L'AGCM infatti, al contrario di un giudice, non si limita semplicemente ad una mera applicazione della legge, ma compie scelte discrezionali con l'emanazione di provvedimenti, la scelta di impugnare o meno atti, come ogni altra amministrazione dello Stato.

Come detto le *Authorities* non possono essere considerate come sottoposte al Governo, poiché quest'ultimo non svolge alcun tipo di attività di controllo nei loro confronti. Dall'altro lato però non si può ignorare che le Autorità Indipendenti abbiano comunque un obbligo informativo nei confronti dell'Esecutivo e del Parlamento e, proprio a causa di questi obblighi, può essere esclusa la loro completa indipendenza e quindi la loro natura giurisdizionale²¹. Richiamando l'art 101 viene ricordato come i giudici siano soggetti soltanto alla legge, mentre al contrario le autorità in questione soggiacciono in primis al controllo del giudice amministrativo davanti al quale possono essere impugnati i loro provvedimenti e inoltre agli obblighi informativi appena richiamati.

Tutte le considerazioni qui riportate ovviamente non vogliono smentire la particolare natura delle autorità *de quibus*, infatti stante la loro funzione di custodi di particolari interessi sensibili non possono essere equiparate in tutto e per tutto alle altre pubbliche amministrazioni. Alla luce di ciò rifiorirebbe la tesi del *tertium genus* per dare una collocazione delle suddette organizzazioni nel nostro ordinamento, prendendo atto che queste peculiarità non siano strettamente incasellabili né nel formante amministrativo né in quella giurisdizionale in senso stretto.

Questa natura ibrida delle Autorità Indipendenti, secondo quanto stabilito dalla Corte Costituzionale, non basterebbe comunque a legittimare l'AGCM a poter sollevare la questione di legittimità costituzionale, non potendo tale autorità essere descritta con la qualifica di giudice in senso stretto.

²¹ M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm.* 2002, 3858.