

**INDICE**  
**INTRODUZIONE**

**CAPITOLO PRIMO**  
**LA POTESTÁ SANZIONATORIA DELLE**  
**AUTORITÁ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI**

- 1.1 La fonte normativa della potestà sanzionatoria delle autorità amministrative indipendenti: la legge n. 689/1981
- 1.2. (*segue*) La disciplina *ex lege* n. 241/1990
- 1.3. Il potere sanzionatorio nella giurisprudenza della Corte EDU: tra materia penale e divieto di *bis in idem*

**CAPITOLO SECONDO**  
**POTERI E ATTRIBUZIONI**

- 2.1. Le autorità amministrative indipendenti trasversali con funzione di vigilanza...
- 2.2. ... E quelle con funzione di regolazione: le autorità amministrative indipendenti settoriali
- 2.3. La sanzione comminata dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ad Intesa San Paolo per pratiche commerciali scorrette: il provvedimento n. 28156 del 18 febbraio 2020

**CAPITOLO TERZO**  
**PROFILI CONTROVERSI**

- 3.1. Il problema della legittimità costituzionale
- 3.2. Nodi critici circa la funzione normativa
- 3.3. Tra «strettoie» e «porte chiuse»: le autorità amministrative indipendenti al vaglio della giurisprudenza costituzionale

**CONCLUSIONI**

**BIBLIOGRAFIA**

## INTRODUZIONE

Attesa la controversa natura giuridica delle Autorità amministrative indipendenti e i molteplici dibattiti dottrinari che hanno accompagnato la riflessione giuridica su tali enti sin dal loro avvento nel sistema giuridico italiano, il presente elaborato finale si propone di affrontare il tema relativo al fondamento e, conseguentemente, all'esercizio della potestà sanzionatoria attribuita alle Autorità amministrative indipendenti all'interno dell'ordinamento giuridico italiano. Scopo dell'indagine, pertanto, è proporre una riflessione circa gli effetti giuridici prodotti da tale prerogativa, avendo cura di non tralasciare gli ulteriori profili, di pari rilievo sul piano costituzionale, allo stesso connessi. Dunque, muovendo da tali premesse, la trattazione muoverà da una disamina del fondamento normativo della potestà sanzionatoria delle Autorità indipendenti, proponendo, quindi, una disamina delle disposizioni della legge di riferimento, la n. 689/1981, cui seguirà l'analisi delle disposizioni riservate alla potestà sanzionatoria dalla legge sul procedimento amministrativo, nonché, dalla giurisprudenza sovranazionale. Segue, nell'ambito della *summa divisio* tra Autorità amministrative indipendenti con funzioni di vigilanza e quelle con funzione di regolazione, una riflessione pratica relativa alla sanzione inflitta dall'AGCM all'Istituto Intesa San Paolo per pratiche commerciali scorrette, nonché, da ultimo, la trattazione verterà sull'analisi dei principali nodi problematici che, nel corso del tempo, hanno alimentato il dibattito dottrinario e giurisprudenziale circa il problema della legittimità costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti e dunque del fondamento della relativa potestà normativa.

# CAPITOLO PRIMO

## LA POTESTÀ SANZIONATORIA DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

### **1.1 La fonte normativa della potestà sanzionatoria delle autorità amministrative indipendenti: la legge n. 689/1981**

Il tema inerente alla potestà sanzionatoria amministrativa si è sempre contraddistinto per la sua particolare complessità.

Ciò si spiega tenendo conto che, da un lato, per molto tempo, il sistema giuridico italiano non ha goduto di una vera e propria normativa di riferimento da cui poter dedurre principi e regole generali; dall'altro, vi era necessità di indagare le interazioni di questo settore con gli altri rami dell'ordinamento giuridico e, in maniera particolare, come meglio si dirà nel prosieguo, con l'ordinamento penale<sup>1</sup>.

Dunque, affinché la materia *de qua* arrivi a godere di un'effettiva centralità nel diritto italiano, si dovranno attendere gli interventi di depenalizzazione delle norme relative alla circolazione stradale ed ai regolamenti locali, operate, dapprima, con la legge n. 317/1967, in seguito con la legge n. 706/1975 ed infine con il provvedimento legislativo n. 689/1981, faro normativo di riferimento in ordine alle sanzioni amministrative<sup>2</sup>.

Tale ultimo provvedimento, infatti, delinea la disciplina generale del potere sanzionatorio di natura amministrativa, stabilendo che il provvedimento amministrativo inflittivo di una sanzione rappresenti il prodotto ultimo dell'esercizio della funzione normativa di natura amministrativa e che la

---

<sup>1</sup>CHIEPPA R., *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 340.

<sup>2</sup>LEONARDI R., *I caratteri del potere sanzionatorio*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, RULES Research Unit Law and Economics Studies, Paper Bocconi 2015, p. 17.

finalità dello stesso sia quella di punire la condotta antigiuridica tenuta da un determinato soggetto<sup>3</sup>.

Quanto anzidetto consente di stabilire un primo punto fermo in relazione al tema che qui ci occupa: la potestà amministrativa sanzionatoria esita sempre, in tutti i casi, in un provvedimento che produce effetti negativi sulla sfera giuridica del soggetto che ne è destinatario. La natura sempre afflittiva e la necessaria correlazione con l'accertamento dell'illecito, rappresentano i tratti peculiari della sanzione amministrativa, consentendo di distinguerla rispetto a tutte le altre misure coattive cui, all'occorrenza, l'amministrazione può ricorrere. Ne consegue, a titolo di logico corollario, che esulino dalla potestà amministrativa sanzionatoria tanto le misure di carattere favorevole per il destinatario, quanto quelle che, pur essendo negative, hanno una natura preventiva, ossia mirano ad evitare, attraverso il tempestivo intervento dell'amministrazione, che abbia a verificarsi un illecito<sup>4</sup>.

La già menzionata analogia tra il sistema sanzionatorio amministrativo e quello di natura penale rinviene la propria ragion d'essere nei principi contenuti nella legge n. 689/1981, i quali, quantomeno in larga parte, sono stati mutuati proprio sugli schemi della responsabilità penale. Ne sono ampio esempio i principi di tassatività, determinatezza e irretroattività di cui all'art. 1 del provvedimento da ultimo richiamato, come pure alla necessaria capacità di intendere e di volere ex art. 2, all'elemento soggettivo disciplinato al successivo art. 3, nonché alle cause di esclusione della responsabilità, disciplinate all'art. 4<sup>5</sup>.

Tra le caratteristiche generali della potestà sanzionatoria in materia amministrativa si avverte, forte, anche l'influenza del diritto amministrativo comunitario.

---

<sup>3</sup>CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, p. 29.

<sup>4</sup>GIOVAGNOLI R., FRATINI M., *Le sanzioni amministrative*, 2009, p. 170.

<sup>5</sup>LEONARDI R., *op. cit.*, p. 18.

Il riferimento, in particolare, è alle disposizioni contenute nel Regolamento del Consiglio, 18 dicembre 1995, n. 2988 (tutela degli interessi finanziari dell'UE), che individua *apertis verbis* i tratti peculiari delle sanzioni amministrative, individuandoli in necessarietà, proporzionalità, effettività e dissuasività.

In particolare, con il termine necessarietà ci si riferisce all'indispensabile esercizio del potere sanzionatorio finalizzato a garantire la piena tutela dei diritti fondamentali del privato: secondo un risalente orientamento giurisprudenziale, infatti, una sanzione necessaria mira a scongiurare il pericolo di un arbitrario e immotivato esercizio di potere da parte di un'amministrazione pubblica<sup>6</sup>.

L'effettività di una sanzione amministrativa, invece, ne indica il grado di incisività, ossia la capacità di raggiungere, nel concreto, lo scopo per il quale la sanzione stessa è stata irrogata. Infine, per quel che concerne la proporzionalità, tale requisito soddisfa l'esigenza di comminare una sanzione in grado di incidere negativamente sulla sfera giuridica del destinatario (e dunque dell'autore dell'illecito) nella misura strettamente necessaria. A tal fine, viene operato, sul piano legislativo, un bilanciamento tra l'interesse giuridico considerato meritevole di tutela mediante l'inflizione di una sanzione e l'entità della compromissione della sfera giuridica di chi verrà colpito dalla stessa. Tanto premesso in linea generale, ai fini che qui ci occupano, ossia analizzare la particolare declinazione che la potestà sanzionatoria amministrativa assume in relazione alle autorità amministrative indipendenti, appare opportuno richiamare la già accennata distinzione tra *sanzioni ripristinatorie* e *sanzioni afflittive* così come sancita sul piano dottrinario.

Con riferimento alle prime tra le citate categorie, si intendono tutti quei provvedimenti finalizzati a colpire una *res* allo scopo di ripristinare lo stato di

---

<sup>6</sup>Cfr. CGUE, sent. 24 aprile 1998, causa C-200/96.

cose che vigeva prima che la lesione dell'interesse giuridico si verificasse<sup>7</sup>. Le sanzioni afflittive, invece, come suggerisce la stessa denominazione, mirano a colpire negativamente la sfera giuridica del destinatario e vengono, ulteriormente classificate in sanzioni pecuniarie e sanzioni interdittive.

Tuttavia, in virtù delle differenze strutturali di cui innanzi, sono considerate sanzioni amministrative in senso stretto unicamente quelle di natura afflittiva<sup>8</sup>.

A questa classificazione base, devono poi aggiungersi:

- *sanzioni disciplinari*, le quali, seppur escluse dall'ambito di operatività della legge n. 689/1981, si riferiscono a quanti siano legati alla PA da un rapporto di servizio;
- *sanzioni accessorie*, che si sostanziano, *ex art. 20* del richiamato provvedimento legislativo, in misure di natura interdittiva aventi lo scopo di sospendere (in via temporanea oppure permanente) e per effetto dell'applicazione della sanzione principale prevista dal provvedimento amministrativa, facoltà e/o diritti del soggetto<sup>9</sup>.

È orientamento ampiamente condiviso sia in dottrina che in giurisprudenza che la sanzione amministrativa per antonomasia sia proprio la sanzione pecuniaria, la quale, all'art. 10 legge n. 689/1981, viene definita come «[...] *pagamento di una somma non inferiore a lire dodicimila e non superiore a lire venti milioni. Le sanzioni proporzionali non hanno limite massimo* [...]».

Da un punto di vista strutturale, dunque, sono stati individuati tre differenti modelli di sanzioni amministrative pecuniarie, ossia:

- la sanzione amministrativa pecuniaria che oscilla tra un minimo e un massimo predeterminati dal legislatore (per questo cd. “dosabile”);

---

<sup>7</sup>LICCIARDELLO S., *Le sanzioni ripristinatorie*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, 2012, p. 333.

<sup>8</sup>MORZENTI PELLEGRINI R., MONZANI S., *La sanzione amministrativa pecuniaria*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, 2012, p. 382.

<sup>9</sup>CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, p. 420.

- la sanzione amministrativa pecuniaria di tipo proporzionale;
- la sanzione pecuniaria fissa<sup>10</sup>.

Sottesa al modello delle sanzioni amministrative dosabili vi è un disegno legislativo finalizzato a contenere la discrezionalità amministrativa entro i limiti del *quantum debeatur*, ragion per cui il legislatore provvede all'individuazione dei margini di apprezzamento sulla scorta dei quali l'amministrazione è tenuta a contenere la sanzione da infliggere, operando tale valutazione sulla base di due indicatori ben precisi: l'effettiva gravità dell'illecito e le caratteristiche soggettive del caso concreto in esame. Questo modello riconduce la garanzia di tutela del trasgressore a due norme ben precise, ossia all'art. 11 legge n.689/1981, il quale stabilisce espressamente gli indici di commisurazione e all'art. 18 del medesimo provvedimento, che, invece, impone un obbligo motivazionale in relazione all'adozione della sanzione individuata come più idonea alla fattispecie in esame<sup>11</sup>.

Risalente dottrina ha osservato che *«la struttura di questo modello di sanzione – proprio in ragione della sua elasticità vincolata – consente anzitutto di escludere dai suoi contenuti finalistici esigenze meramente risarcitorie: mentre la sua adattabilità al concreto in termini di disvalore del fatto e rimproverabilità della persona, fornisce più che un indizio su una probabile finalità di prevenzione, generale e speciale»*<sup>12</sup>.

A ben vedere, però, appaiono parimenti elastiche, sotto il profilo dell'adattamento alla fattispecie concreta, anche le sanzioni pecuniarie proporzionali, le quali, tuttavia, differiscono da quelle dosabili in quanto, per quest'ultime, il legislatore ha introdotto un sistema di calcolo automatizzato, basato, in buona sostanza, dall'oggettiva quantificazione del danno scaturito, a titolo di effetto, dall'illecito verificatosi.

---

<sup>10</sup>GIOVAGNOLI R., FRATINI M., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009, p. 176.

<sup>11</sup>*Ex multis*, Cass., Sez. I, 14 giugno 1996, n.5499; Cass., Sez. I, 9 novembre 2006 n.23930.

<sup>12</sup>PALIERO C.E., TRAVI A., *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, 1989, p. 357.

In tal caso, il sistema utilizzato per quantificare la reazione dell'ordinamento giuridico all'illecito commesso sarà modulato su una pena di base, cui verrà aggiunto un coefficiente di moltiplicazione di volta in volta applicabile in base al caso concreto<sup>13</sup>.

Infine, per quel che concerne il terzo modello, ossia la sanzione pecuniaria fissa, a distinguerla rispetto alle altre categorie esaminate è la completa assenza di potere discrezionale da parte dell'amministrazione procedente. In questo caso, infatti, alla determinazione del *quantum debeatur* provvede direttamente il legislatore<sup>14</sup>.

Sul piano pratico, a qualificare, in virtù del medesimo carattere sanzionatorio, la sanzione interdittiva accessoria (es. confisca) come complementare rispetto alla sanzione amministrativa (pecuniaria) in senso stretto, è stato il Supremo Consesso<sup>15</sup>, laddove, dal canto suo, la dottrina ha individuato due criteri aggiuntivi della potestà sanzionatoria, che sono:

- la *gradualità* della sanzione a seconda della gravità dell'infrazione commessa in concreto;
- la *riferibilità* della stessa unicamente ad a fatti già commessi<sup>16</sup>.

Preme evidenziare che, al di fuori dei casi espressamente contemplati dall'art. 20 legge n. 689/1981, tracciare la linea di confine tra una sanzione amministrativa interdittiva ed una misura interdittiva rappresenta un'operazione sistematica di tutt'altro che agevole compimento. All'uopo, si potrebbe, certamente, osservare che lo scopo di una sanzione interdittiva consista nel garantire il perseguimento di un determinato interesse collettivo, per il cui raggiungimento la PA dispone l'interdizione (e dunque l'impedimento) dello svolgimento di una specifica attività, nei confronti dei

---

<sup>13</sup>LEONARDI R., *op. cit.*, p. 20.

<sup>14</sup>*Cfr.* Cass., Sez. I, 10 dicembre 2003, n. 18811.

<sup>15</sup>*Cfr.*, Cass., Sez. Un., 13 febbraio 1999, n. 59.

<sup>16</sup>PALIERO C.E., TRAVI A., *op. cit.*, p. 361.

responsabili di un illecito amministrativo. E se, senza alcun dubbio, tale analisi teleologica consente di accorciare le distanze tra la sanzione amministrativa di natura interdittiva e la misura interdittiva, resta fermo che, atteso lo scopo afflittivo/punitivo che contraddistingue la misura accessoria, nella sostanza, a tracciare tale distinzione sia pur sempre il contesto normativo<sup>17</sup>.

Ma, contrariamente a quanto avviene nel sistema sanzionatorio di matrice penalistica, ove l'inflizione di una sanzione di carattere personale risponde all'interesse statale a che le condotte criminose vengano represses mediante l'esercizio della propria pretesa punitiva, non così (o, per meglio dire, non sempre è così) in ambito amministrativo.

Esistono, infatti, particolari sanzioni amministrative che vengono inflitte ai trasgressori non per punire una condotta antigiuridica, bensì per tutelare gli interessi pubblici mediante il ripristino dello stato di cose che vigeva antecedentemente all'illecito compiuto: per tale ragione, esse prendono il nome di sanzioni amministrative ripristinatorie<sup>18</sup>.

A ben vedere, l'ambito rispetto al quale viene principalmente in rilievo la differenza tra sanzioni amministrative di natura punitiva e sanzioni amministrative ripristinatorie è quello relativo al procedimento da cui tali provvedimenti finali esitano. Invero, mentre il procedimento sotteso ad una sanzione ripristinatoria è di carattere oggettivo (con ciò intendendosi che lo stesso non si estende anche al vaglio dell'elemento psicologico della condotta illecita realizzata), non così nell'*iter* logico-giuridico che conduce all'adozione di una sanzione amministrativa afflittiva, la quale rende necessario compiere una valutazione di tal genere circa il comportamento del trasgressore<sup>19</sup>.

Com'è facilmente deducibile, gli effetti di questa distinzione si riflettono sul piano giurisdizionale, rispetto al quale:

---

<sup>17</sup>LEONARDI R., *op. cit.*, p. 21.

<sup>18</sup>LICCIARDELLO, *op. cit.*, p. 336.

<sup>19</sup>*Ibidem*.

- le *sanzioni punitive*, rientrano nella giurisdizione del GO (giudice ordinario), atteso che alcuna discrezionalità è prevista per la loro irrogazione;
- le *sanzioni afflittive*, implicando l'esercizio di un potere discrezionale da parte dell'amministrazione, la quale dovrà individuare la misura ritenuta più idonea a riparare alla lesione del bene pubblico, afferiscono, invece, alla giurisdizione del GA (giudice amministrativo)<sup>20</sup>.

Sorge, dunque, spontaneo chiedersi, in virtù della suesposta distinzione, *quid juris* in caso di cumulo/concorso in alternativa tra sanzioni amministrative punitive e sanzioni ripristinatorie. Ebbene, deve darsi atto che, sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha rivisto il proprio orientamento originario<sup>21</sup>, a tenore del quale l'applicabilità della disciplina processuale disposta per le sanzioni ripristinatorie dovesse essere estesa anche alle sanzioni amministrative afflittive di natura pecuniaria, concludendo in favore della sussistenza della giurisdizione del GO in materia di opposizione all'ordinanza-ingiunzione a mezzo della quale si proceda all'irrogazione congiunta di sanzioni amministrative pecuniarie e sanzioni amministrative ripristinatorie. Nondimeno, precisano i giudici di legittimità, qualora l'amministrazione sia chiamata a compiere una scelta discrezionale tra l'inflizione di una sanzione pecuniaria ed una di natura ripristinatoria, è indubbio che ricorra la giurisdizione del GA<sup>22</sup>.

Procedendo nella disamina dei tratti peculiari della sanzione amministrativa, non può non darsi atto di un ulteriore tratto tipico della stessa, che consiste nella personalità e, per effetto della stessa, nella sua intrasmissibilità agli eredi.

---

<sup>20</sup>Per la dottrina v. GOTTI P., *Sanzioni amministrative e problemi di giurisdizione. La Cassazione ribadisce il suo noto indirizzo*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009. In giurisprudenza, Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2005, n. 20994; CGA, sez. giurisd., 21 novembre 1997, n. 497; Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1624.

<sup>21</sup>*Cfr.* Cass., Sez. Un., 24 febbraio 1978, n. 926.

<sup>22</sup>*Cfr.*, Cass., Sez. Un., 26 giugno 2001, n. 8746.

L'impossibilità di trasmettere agli eredi la sanzione amministrativa (art. 7 legge n. 689/1981), è, chiaramente, un tratto di comunanza con il sistema penale. Trattasi di un principio di carattere generale che accomuna tutti i provvedimenti amministrativi nell'ambito dei quali viene disposto il pagamento di una somma di denaro<sup>23</sup>.

La formulazione dell'art. 7 legge n. 689/1981<sup>24</sup>, presuppone che l'obbligato deceduto sia una persona fisica, ragion per cui tale disposizione non trova applicazione con riferimento alle persone giuridiche: ne consegue, quindi, che, con riferimento a quest'ultime, l'obbligazione pecuniaria di natura amministrativa sia trasmissibile agli eredi<sup>25</sup>.

Rimanendo, ancora, nell'ambito alle questioni giuridiche sottese al concreto esercizio della potestà normativa sanzionatoria delle autorità amministrative indipendenti, non può non darsi atto di come questo tema rappresenti una declinazione particolare della più ampia riflessione giuridica relativa alle autorità. Quest'ultime, infatti, rappresentano un particolare modello di azione/organizzazione dell'attività amministrativa, nell'ambito del quale è previsto che lo svolgimento di funzioni di regolazione, seppur implicanti un alto grado di tecnicismo, avvenga in piena indipendenza da qualsiasi influenza governativa<sup>26</sup>.

Com'è stato opportunamente osservato in dottrina, infatti, riconoscere funzioni di *administrative regulation* alle autorità amministrative indipendenti equivale, in buona sostanza, a proporre una nuova visione dell'azione amministrativa, non solo più moderna, ma di certo anche maggiormente democratica. Esse, infatti, «non rappresentano più il "braccio operativo" delle scelte compiute

---

<sup>23</sup>SCALESE V., *Le opposizioni alle sanzioni amministrative*, Milano, 2006, p.42.

<sup>24</sup>La citata norma recita: «L'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione non si trasmette agli eredi».

<sup>25</sup>DE GOIA V., SCAVONETTO L., *Le sanzioni amministrative*, 2009, p. 23.

<sup>26</sup>TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n.1/2017, p. 3.

*dalla maggioranza politica, bensì sono modelli di una amministrazione e di un diritto dell'amministrazione all'altezza dei tempi, che costituiscono una formula in linea con la Costituzione, antesignana di una emergente, nuova concezione dell'amministrazione, ancorata alla società e al rispetto dei diritti individuali [...] Una concezione in grado di realizzare finalmente nella sostanza i valori costituzionali»<sup>27</sup>.*

Per quel che attiene al concreto esercizio delle funzioni normative, nel corso del tempo si sono consolidate delle forme di partecipazione procedimentale (c.d. contraddittorio orizzontale) di non scarso rilievo, aventi lo scopo di consentire a tutti i portatori di interesse di partecipare svolgendo una funzione collaborativa e non più meramente “difensiva”. Ed è proprio in tali garanzie procedimentali che è stato rinvenuto il fondamento della legittimazione normativa delle autorità amministrative indipendenti, ossia in quella che è stata definita democrazia procedimentale<sup>28</sup>.

Ma se, in seno alla dottrina, alcun dubbio permane in ordine al riconoscimento di una legittima funzione di regolazione in capo alle autorità amministrative indipendenti, non si è ancora raggiunto un unanime orientamento circa la definizione dei contenuti in cui tale funzione verrebbe, nello specifico, a sostanziarsi.

Invero, alcuni autori sostengono che la funzione di *regulation* non si esaurisca nel tradizionale intervento pubblico di regolamentazione, essendovi ricompresi anche tutti quegli interventi rispetto ai quali un soggetto pubblico si colloca in una posizione esterna rispetto al mercato, al fine di garantirne l'efficienza<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup>FOÀ S., *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 45.

<sup>28</sup>TITOMANLIO R., *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 32.

<sup>29</sup>TITOMANLIO R., *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2012,7, pp. 235 ss.

Non mancano, poi, quanti ritengono che il riconoscimento di una potestà normativa in capo alle Autorità sia in contrasto con i principi costituzionali di legalità e rappresentanza politica<sup>30</sup>.

Secondo questa impostazione, infatti, pur essendo chiamate a produrre esclusivamente norme che siano strettamente aderenti alle dinamiche dei fatti oggetto di trattazione, le autorità indipendenti godrebbero, già dalla fase iniziale di rilevazione dei dati, di una discrezionalità illimitata.

È di tutta evidenza, dunque, che il dibattito dottrinario circa la potestà normativa delle Autorità si articola in una molteplicità di questioni relative al fondamento giuridico di questo potere normativo, all'esatta collocazione dei regolamenti emessi dalle amministrazioni indipendenti nel sistema delle fonti del diritto italiano, nonché ai procedimenti con cui tali regolamenti vengono formati.

In ordine al primo punto, la dottrina si presenta piuttosto bipartita tra quanti ritengono le autorità amministrative indipendenti incostituzionali per difetto di legittimazione democratica<sup>31</sup> e quanti, invece, riconoscono nelle stesse l'adempimento dei principi sanciti agli artt. 97 e 3, co. 2, Cost.<sup>32</sup>.

Tuttavia, secondo l'orientamento prevalente, le autorità amministrative indipendenti sono state istituite allo scopo di introdurre nel sistema giuridico italiano organismi altamente specializzati in grado di garantire il «libero gioco economico» e così impedire che si instaurino situazioni di monopolio e/o di oligopolio in ambito economico, finanziario e dell'erogazione di pubblici servizi.

---

<sup>30</sup>FRANZONI S., *L'attività di regolazione delle autorità indipendenti*, in *Diritto dell'Economia*, 2008, pp. 373 ss.

<sup>31</sup>NAPOLITANO G., *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in *Il diritto*, vol. II, Milano, 2007, p. 255 ss.

<sup>32</sup>DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, p. 23.

Ed è proprio per consentire la piena realizzazione di questi scopi, che le autorità amministrative indipendenti godono di poteri regolatori (di tipo normativo, provvedimentale e sanzionatorio)<sup>33</sup>.

A ben vedere, tale impostazione si pone in linea di continuità con quanti sostengono che la previsione delle autorità amministrative indipendenti si legittimi alla luce di una differente concezione delle funzioni dello Stato, considerato non più impegnato in prima linea nella gestione dei servizi pubblici e dell'economia, quanto, piuttosto, dedito al controllo della liceità dell'operato delle imprese e dei privati<sup>34</sup>.

Difatti, le Autorità soddisfano pienamente l'esigenza di tenere ben distinte la politica e l'amministrazione, dando esecuzione alla legge in alcuni settori ben specifici che, in tal modo, vengono sottratti all'ingerenza del potere esecutivo. Di qui, dunque, l'importanza del requisito dell'indipendenza delle stesse rispetto al Governo, da intendersi come assenza di subordinazione gerarchica rispetto all'esecutivo. Nel concreto, la potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti si manifesta mediante l'adozione di atti (regolamenti, delibere, decisioni) rispetto ai quali si è, a più riprese, posto il problema di determinare l'esatta collocazione nell'ambito del sistema delle fonti del diritto. In particolare, a lungo ci si è chiesto se essi dovessero essere considerati atti amministrativi di natura normativa oppure atti amministrativi generali ma a contenuto non normativo o, ancora, fra gli atti normativi a rilevanza meramente interna (che, quindi, producono diritto per l'ordinamento generale)<sup>35</sup>.

Ebbene, appartengono al novero delle fonti amministrative (e dunque godono del relativo *status* giuridico<sup>36</sup>) unicamente i regolamenti, che sono fonti del

---

<sup>33</sup>TITOMANLIO R., *op. cit.*, p. 7.

<sup>34</sup>LEONARDI R., *op. cit.*, p. 21.

<sup>35</sup>*Ibidem*.

<sup>36</sup>Si pensi all'applicazione dell'art. 10 disp. prel. cod. civ. (applicazione del principio *iura novit curia*), art. 12 disp. prel. cod. civ. (principi sulla interpretazione), nonché dei principi *nemo jus ignorare censetur* e della ricorribilità in Cassazione per mancata o falsa applicazione delle relative norme (art. 360 cpc. e art. 111 Cost.).

diritto di rango secondario. A contraddistinguere la potestà regolamentare è la sua eterogeneità, che viene in rilievo sia con riferimento al profilo soggettivo che oggettivo, ragion per cui la dottrina ha individuato una molteplicità di criteri in presenza dei quali poter concludere che si è in presenza di un atto avente natura regolamentare. Tra questi, quello più adoperato è quello secondo cui la generalità dell'atto regolamentare sia un indice deducibile dalla "capacità" dello stesso di introdurre (o meno) precetti aventi una valenza *erga omnes*<sup>37</sup>.

Sul punto è intervenuto anche il Consiglio di Stato, il quale, facendo proprio un orientamento giurisprudenziale risalente ed ampiamente condiviso, ha stabilito che a sancire il discrimine tra un atto normativo ed un atto amministrativo generale sia proprio il requisito dell'indeterminabilità dei destinatari, statuendo, altresì, che *«è un atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti»*<sup>38</sup>.

Dunque, nell'ambito del richiamato arresto, l'Adunanza Plenaria non si è limitata a chiarire il carattere normativo dei regolamenti emessi dalle autorità amministrative indipendenti, ma ha anche fornito un criterio in base al quale operare una distinzione tra atti regolamentari (e quindi a contenuto normativo) delle autorità amministrative indipendenti e quelli a carattere generale (e dunque non normativi).

---

<sup>37</sup>TITOMANLIO R., *op. cit.*, p. 20.

<sup>38</sup>CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 162 ss.

Individuare una netta linea di demarcazione fra tutte queste categorie non è semplice e ciò per una serie di ragioni.

In primo luogo, non di rado sono proprio le Autorità ad utilizzare indistintamente l'una o l'altra tipologia di atti, senza operare alcun tipo di distinzione già nella fase di formazione degli stessi; secondariamente, in un considerevole numero di casi, a rendere particolarmente ostica l'esatta individuazione della natura giuridica dell'atto concorre anche l'operato del legislatore nazionale, il quale, ponendo norme generiche e dal contenuto indeterminato, presta spesso il fianco al fenomeno della cd. fuga dal regolamento<sup>39</sup>.

Al netto delle osservazioni di cui innanzi, la dottrina ha ancorato la distinzione tra atti amministrativi regolamentari ed atti amministrativi non a contenuto normativo alla sussistenza di due funzioni ben precise:

- funzioni *innovativa*, con ciò intendendosi la capacità dell'atto di innovare l'ordinamento giuridico interamente considerato;
- funzione *normativa*, ossia la capacità di introdurre nuove norme giuridiche<sup>40</sup>.

Altresì, come pure la dottrina non ha mancato di osservare, mentre la caratteristica principale della normazione primaria è la derivazione "politica" delle decisioni, quella secondaria, essendo un'attività posta in essere dalle più diverse componenti della pubblica amministrazione, esprime un'autonomia che rinviene la propria ragion d'essere nella legge<sup>41</sup>.

Siffatta impostazione ripercorre, in maniera perfettamente coerente, quanto disposto dal principio di legalità, il quale, com'è noto, «viene utilizzato in un'accezione meramente "formale", quando si ritiene sufficiente il mero

---

<sup>39</sup>SCREPANTI S., *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2007, p. 377 ss.

<sup>40</sup>*Ibidem*.

<sup>41</sup>POLITI F., *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, p. 205 ss.

*conferimento di potere regolamentare da parte della legge (o dalla fonte di grado primario), pur senza alcun vincolo di contenuto, oppure nell'accezione in senso "sostanziale" quando si richiede che la legge, oltre ad assegnare il relativo potere, espliciti anche i principi cui l'atto regolamentare deve attenersi, i limiti di intervento della fonte secondaria e la disciplina generale della materia»<sup>42</sup>.*

Nell'ambito della riflessione condotta circa l'attività normativa della pubblica amministrazione, nell'ambito della quale viene ricompresa anche la potestà normativa delle autorità indipendenti, autorevole dottrina ha evidenziato che *«nella società contemporanea, i centri di normazione sono venuti naturalmente a moltiplicarsi, diffondendosi perciò in vasta scala la portata normativa delle più diverse autorità amministrative»<sup>43</sup>.*

Dunque, se oggi l'attività normativa delle amministrazioni (sia quelle proprie dell'esecutivo che quelle indipendenti dallo stesso) risulta così copiosa non è solo in virtù della pluralità delle stesse, ma anche per la separazione che, sul piano operativo, intercorre tra loro. A ciò si aggiunga che i principi che disciplinano la separazione fra politica e amministrazione nella Carta fondamentale, impongono di operare una distinzione tra la potestà normativa di cui godono le autorità amministrative indipendenti e quella attribuito alle altre pubbliche amministrazioni. Quello che viene in rilievo, quindi, è un sistema pluriarticolato, nell'ambito del quale viene pienamente riconosciuta *«l'autonomia normativa delle singole autorità i cui atti normativi vengono appunto ad essere espressione di varia autonomia, destinata ad esplicarsi nel quadro e nell'ambito delineato e delimitato dall'ordine legislativo e dai principi costituzionali»<sup>44</sup>.*

---

<sup>42</sup>TITOMANLIO R., *op. cit.*, pp- 18-19.

<sup>43</sup>*Ibidem.*

<sup>44</sup>*Ivi.*

Ne consegue, che i regolamenti emanati dalle autorità amministrative indipendenti siano unicamente il prodotto ultimo della “autonomia” di cui queste godono, ma siano anche espressione di quella particolare e specifica funzione di regolazione che l’ordinamento attribuisce loro, in virtù della quale è attribuito loro il compito di «*garantire il corretto funzionamento di un determinato settore secondo un principio (ad esempio il principio concorrenziale) proprio dello stesso*»<sup>45</sup>.

Un altro profilo degno di nota in relazione al tema che qui ci occupa riguarda l’osservanza delle garanzie procedurali e del principio del contraddittorio nell’ambito dei procedimenti facenti capo alle autorità amministrative indipendenti. Deve, preliminarmente, darsi atto che, sin dall’avvento delle Autorità nell’ordinamento giuridico italiano, sia il principio di partecipazione degli interessati che quello del contraddittorio hanno sempre trovato ampia garanzia<sup>46</sup>.

Tanto premesso, preme sottolineare come le modalità con cui viene garantita la partecipazione di quanti nutrano un interesse verso la procedura sono suscettibili di variazioni a seconda della funzione che, in concreto, quella singola autorità sta svolgendo (ad es. di indagine, normativa, sanzionatoria, autorizzatoria, etc.).

Ciò ha indotto alcuni autori<sup>47</sup> ad introdurre il concetto di *contraddittorio verticale*, per indicare le garanzie che presidiano il diritto di difesa dei soggetti (persone fisiche o imprese che siano) che siano destinatari di esercizio di potere da parte di una autorità e di *contraddittorio orizzontale*, per indicare, invece, le forme di cd. partecipazione collaborativa degli interessati. In particolare, secondo quanto disposto dall’art. 23 legge n. 262/2005 (recante «*Procedimenti*

---

<sup>45</sup>PUCCINI G., *Osservazioni in tema di applicazione del principio del giusto procedimento agli atti normativi delle autorità indipendenti*, in P. CARETTI –M.C. GRISOLIA (a cura di), *Lo Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 420 ss.

<sup>46</sup>*Ibidem*.

<sup>47</sup>FOGLIA M., *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2008, p. 559 ss.

*per l'adozione di atti regolamentari e generali»), tutti gli atti aventi natura regolamentare oppure contenuto generale, eccezion fatta per quelli a rilevanza interna di Consob, Isvap, Banca d'Italia e Covip «devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono».*

Altresì, a norma del secondo capoverso, è necessario che a tali atti vengano si accompagni una relazione, dalla quale dovranno risultare:

- l'analisi dell'impatto della regolamentazione (cd. Air);
- gli effetti sulle attività svolte dagli operatori e dalle imprese;
- gli effetti sugli interessi dei risparmiatori e degli investitori.

La disposizione appena richiamata introduce un principio di carattere generale cui le autorità amministrative indipendenti devono, all'atto della determinazione dei contenuti degli atti di regolazione generale, sempre conformarsi, ossia il principio di proporzionalità, definito come il *«criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari»*. Dunque, il vincolo che il legislatore pone alle autorità amministrative indipendenti nell'esercizio della propria potestà normativa, è rappresentato dal *«minor sacrificio possibile»* degli interessi dei destinatari. A tal fine, il legislatore ha imposto la preventiva consultazione degli *«organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori»*, nonché che le Autorità provvedano ad una periodica revisione (quantomeno triennale) del contenuto dei propri atti regolativi, così da poterli adeguare *«all'evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori»*. Ove mai, per ragioni di *«necessità, urgenza o riservatezza»*, le Autorità si vedano costrette ad agire in deroga a questi principi, è necessario che, per espressa previsione dell'art. 23 legge n. 262/2005, diano atto delle ragioni sottese a tale eccezione.

La scelta di introdurre in seno alla legislazione nazionale un maggior numero di strumenti a garanzia della partecipazione degli interessati nei procedimenti normativi delle autorità amministrative indipendenti (analisi degli effetti della regolamentazione, revisione periodica, etc.), è sintomatica di una volontà legislativa di garantire il miglioramento qualitativo della potestà normativa delle stesse, quantomeno sotto il profilo dell'adeguatezza della produzione normativa alle esigenze concrete da disciplinare<sup>48</sup>.

Invero, la partecipazione degli interessati ai processi decisionali delle autorità amministrative indipendenti fa sì che questi ultimi esitino unicamente da adeguate ponderazioni sui possibili effetti che l'atto normativo (in corso di adozione) potrebbe avere (ad esempio, in termini di costi/benefici per la PA, per le imprese e per gli stessi cittadini). Altresì, la consultazione preventiva consente anche alle Autorità procedenti di raccogliere, in ordine a determinate questioni, differenti visioni. Ciò può essere dirimente per le autorità di regolazione, in quanto, come dimostrato nella prassi, atti regolatori che siano stati negoziati preventivamente vengono accolti (e conseguentemente osservati) con maggior favore rispetto a quelli introdotti *inaudita altera parte* e pertanto avvertiti come meramente "subiti"<sup>49</sup>.

È chiaro, quindi, alla luce di tutto quanto sino ad ora dedotto, che le garanzie di partecipazione nei procedimenti innanzi alle autorità amministrative indipendenti assolvano soprattutto una funzione di correttivo sia in relazione al *deficit* di legittimazione democratica delle Autorità che in ordine alla legalità sostanziale. Rafforzare gli strumenti del contraddittorio, inoltre, concorre a consolidare la percezione che i cittadini hanno delle autorità amministrative indipendenti quali strumenti effettivi di democrazia in ambito economico, ad effettivo presidio delle loro libertà<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup>*Ibidem.*

<sup>49</sup>SPASIANO M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, p. 94.

<sup>50</sup>*Ibidem.*

Difatti, «*la partecipazione degli interessati ai processi normativi delle autorità indipendenti (processi che vengono così ad “aprirsi” agli interessi regolati) e la valutazione ex ante degli effetti delle misure (regolamentari) in elaborazione (valutazione che assicura una maggiore ponderazione delle nuove scelte decisorie) consentono di superare la tradizionale “asimmetria” tra decisore pubblico (in questo caso, autorità amministrativa indipendente) e destinatari della decisione (operatori di settore) e, per tale via, di colmare il deficit di legalità sostanziale per mezzo delle garanzie procedurali rafforzate le quali finiscono così anche per svolgere la funzione di elemento di legittimazione della “presenza nel nostro ordinamento di Autorità indipendenti dal potere politico e sganciate in qualche misura dal circuito democratico tradizionale»<sup>51</sup>.*

L'osservanza del principio del contraddittorio rappresenta un elemento indefettibile del giusto procedimento, ragion per cui questo dev'essere garantito in ciascuna delle fasi in cui l'*iter* di formazione dell'atto si compone. Nel dare concreta attuazione a questo principio, è necessario che l'Autorità espliciti, prima di adottare la propria decisione definitiva, «*i presupposti e le finalità che giustificano l'intervento pubblico di regolazione*», partecipando a tutti quelli che operano nell'ambito da sottoporre a regolazione (ossia gli interessati), l'atto normativo nella versione definitiva con cui si intende adottarlo, affinché quest'ultimi possano concorrere alla formazione della regola di cui saranno, poi, destinatari.

Nell'ipotesi in cui, per diversi ordini di ragioni, l'Autorità procedente sia impossibilitata a tener conto, in sede di adozione dell'atto finale, delle osservazioni mosse dagli interessati nella fase consultiva, essa dovrà dare atto delle ragioni – di fatto e di diritto – che giustifichino tale mancata presa in considerazione. In sostanza, attraverso la *legalità procedurale* viene recuperata anche la *legalità sostanziale*<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup>SPASIANO M.R., *op. cit.*, pp. 95-96.

<sup>52</sup>*Ibidem*.

In tema di necessaria osservanza dei principi sottesi al giusto procedimento e della fondamentale motivazione degli atti promananti dall'autorità, si è espresso anche il Consiglio di Stato, secondo cui a legittimare l'esercizio di poteri di regolazione da parte delle autorità amministrative indipendenti, altrimenti *«poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del criterio di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost.»* e in riferimento alle quali lo *«strumento di partecipazione dei soggetti interessati è sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative»*, è proprio la trasparenza (garantita dalla partecipazione di tutti i soggetti interessati e dall'adeguata motivazione degli atti relativi alle scelte adottate). Ciò *«costituisce un meccanismo di democrazia sostitutivo rispetto a quello fondato sulla rappresentanza popolare, giacché le regole di formazione amministrativa dell'autorità indipendente provocano una caduta della “legalità sostanziale”, che viene compensata con un rafforzamento della “legalità procedurale sotto forma di garanzie del contraddittorio»*<sup>53</sup>.

Infine, conclude il Consiglio *«quanto meno è garantita la legalità sostanziale, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un rilevante impatto sull'assetto del mercato»*<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup>Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 2201/2006.

<sup>54</sup>*Ibidem.*

## 1.2 (*Segue*) **La disciplina ex lege n. 241/1990**

Il quadro relativo ai procedimenti di natura sanzionatoria di competenza delle autorità amministrative indipendenti riflette una realtà composta da modelli procedurali tra loro estremamente eterogenei.

Molto spesso, infatti, nella prassi, le Autorità assumono la complessità delle proprie funzioni a giustificazione del proprio potere di normazione, col risultato che, innanzi all'interprete, viene ad innestarsi un panorama estremamente frastagliato<sup>55</sup>.

Si pensi, a titolo esemplificativo, ai regolamenti di alcune autorità amministrative indipendenti che contemplano in maniera espressa la cd. «pre-istruttoria» del procedimento sanzionatorio (come l'art. 5 delibera Agcm 8 agosto 2012, n. 23788 inerente alle istruttorie da seguire per l'inflizione di sanzioni in ipotesi di pratiche commerciali scorrette, pubblicità ingannevole e/o comparativa e clausole vessatorie oppure l'art. 3 della delibera Avcp del 2 marzo 2010 in materia di esercizio del potere sanzionatorio), laddove altri sono nulla dispongono in relazione a questa fase.

Ulteriori differenze attengono al termine di conclusione del procedimento amministrativo sanzionatorio, rispetto al quale neppure si ravvisa unanimità.

---

<sup>55</sup>MONTEDURO M., *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, PaperRULES Research Unit Law and Economics Studies, 2015, p. 103.

Per quanto riguarda l’Aeeg, infatti, come si evince dalla delibera del 14 giugno 2012 n. 243/2012, essa si riserva di fissare un termine massimo «*in considerazione della eterogeneità delle violazioni, della diversità degli elementi di volta in volta raccolti in fase preistruttoria a fondamento delle contestazioni e della conseguente diversa complessità dei procedimenti sanzionatori volti ad accertare le violazioni; l’Autorità ritiene quindi che la sede migliore per fissare il termine massimo di conclusione del procedimento sia la delibera di avvio, in quanto solo in essa è possibile rapportare la durata del procedimento alla sua complessità; per le stesse ragioni - al di là della natura pacificamente ordinataria dei termini dei procedimenti sanzionatori - non è possibile prevedere, in via generale, la prorogabilità, per una sola volta, del termine finale del procedimento (...) quanto alla presunta minore lesività della condotta in caso di mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento l’Autorità ricorda che tale circostanza non solo non consuma né affievolisce il potere sanzionatorio dell’Autorità, ma è semmai indice di un maggiore approfondimento istruttorio a garanzia delle esigenze di difesa e di contraddittorio*». Non così in riferimento ai regolamenti di altre Autorità, a tenore dei quali è previsto un termine massimo ben preciso, entro il quale il procedimento che infligge una sanzione dovrà concludersi. Tuttavia, anche al ricorrere di tale ultima ipotesi, il termine massimo non è determinato in misura fissa, di fatti spaziando da un termine minimo di 60 giorni (previsti, ad esempio, dalla Commissione di garanzia in relazione allo sciopero nei servizi pubblici essenziali) a 2 anni (come nel caso del regolamento Ivass n.1 dell’8 ottobre 2013)<sup>56</sup>.

Tanto premesso in ordine ai profili di eterogeneità intercorrenti tra le varie Autorità presenti nell’ordinamento giuridico italiano, ad accomunarle, con riferimento al profilo che qui rileva, sono i principi che governano tale

---

<sup>56</sup>*Ibidem.*

declinazione della potestà regolamentare della autorità amministrative indipendenti.

Invero, oltre alla già esaminata legge n. 689/1981, a formare il regime giuridico dei procedimenti sanzionatori in capo alle Autorità concorrono:

- la legge n. 241/1990, la quale accomuna, in generale, tutti i procedimenti amministrativi<sup>57</sup>;
- leggi speciali istitutive delle autorità amministrative indipendenti, le quali non infrequentemente (seppur non nella totalità dei casi) prevedono delle regole *ad hoc* per l'esercizio della potestà sanzionatoria da parte di quella specifica Autorità;
- regolamenti speciali contenenti la disciplina di dettaglio relativa ai procedimenti sanzionatori, adottati dalle stesse Autorità nell'esercizio della loro autonomia normativa.

Ebbene, in punto di diritto, il primo problema che si pone rispetto al delineato quadro normativo, attiene alla corretta configurazione dei rapporti (che, come meglio si dirà nel prosieguo, possono essere tanto di prevalenza quanto di integrazione) tra i richiamati provvedimenti.

Secondo l'orientamento privilegiato sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, deve riconoscersi come tendenzialmente prevalente la disciplina sancita a livello regolamentare e ciò in virtù della particolare copertura che promana dalle leggi speciali, le quali rinviano, di volta in volta, all'introduzione di regolamenti *ad hoc* da parte delle Autorità<sup>58</sup>.

In virtù di questo schema, dunque, la portata applicativa della legge n. 241/1990 si restringerebbe alle sole ipotesi in cui:

- non possa trovare applicazione quanto stabilito dai regolamenti;

---

<sup>57</sup>Per tale ragione, comunemente, si dice che essa garantisca una copertura *orizzontale*, il cui fondamento giuridico deve rinvenirsi nell'art. 117, co. 2, lettera m), Cost. In questo, la legge n. 241/1990 differisce rispetto alla legge n. 689/1981, il cui ambito di operatività, essendo circoscritto ai soli provvedimenti di natura sanzionatoria delle Autorità, attribuisce una copertura cd. *verticale*. Sul punto, MONTEDURO M., *op. cit.*, p. 105.

<sup>58</sup>MONTEDURO M., *op. cit.*, pp. 106-107.

- in via residuale, ossia rispetto a fatti e/o circostanze in ordine ai quali la disciplina regolamentare nulla dispone.

È, dunque, evidente che la legge sul procedimento amministrativo debba, secondo quanto disposto all'art. 12 legge n. 689/1981 "cedere il passo" a quest'ultima *«quando il quadro normativo delineato dalla disciplina sanzionatoria di riferimento non sia compatibile con quello delineato dalla l. n. 689/1981 [...] si ritiene che la clausola di salvaguardia prevista all'art. 12 operi in tutti i casi in cui una disposizione di legge (ovvero una fonte regolamentare da quest'ultima abilitata) rechi una disciplina puntuale del procedimento sanzionatorio affatto incompatibile rispetto a quella prevista in via generale dalla legge generale del 1981»*.

Non mancano, in merito, arresti giurisprudenziali nell'ambito dei quali, con riferimento all'Ivass, ad esempio, si è osservato che *«il procedimento per la irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione delle disposizioni del d.lgs. 7 maggio 2005, n. 209 è disciplinato, in via diretta e autonoma, dallo stesso codice delle assicurazioni (art. 326 ss.) e dai regolamenti dell'Isvap [...] La struttura del procedimento sanzionatorio, come disegnato dal d.lgs. n. 209/2005 e dal regolamento Isvap n. 1 del 15 marzo 2006, è del tutto peculiare e irriducibile alle disposizioni generali della legge n. 689/1981, in quanto articolata in precipue fasi con adozione di atti intermedi entro specifici termini»<sup>59</sup>*, laddove, rispetto all'Agcom, è stato statuito che *«la disciplina normativa di riferimento, alla cui luce condurre il vaglio di legittimità della gravata determinazione, va individuata nel d.lgs. n. 206 del 2005 – recante il Codice del consumo – e nel Regolamento sulle procedure istruttorie, adottato con delibera dell'Autorità del 15 novembre 2007 n. 17589, non potendo trovare applicazione, quanto ad adempimenti procedurali, la legge n. 241 del 1990 richiamata dalle società ricorrenti, la*

---

<sup>59</sup>Cfr. TAR Lazio, sez. I, 11 ottobre 2011, n. 7864, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

*cui operatività, in quanto legge di carattere generale, trova il proprio limite nell'intervenuta compiuta normazione della materia con disciplina specifica avente carattere speciale [...] la disciplina dettata in materia di pratiche commerciali scorrette, non prevede quindi, alcuna comunicazione dei motivi che condurranno all'adozione di provvedimenti sfavorevoli alla parte, richiamata la non applicabilità ai relativi procedimenti di accertamento delle norme dettate dalla legge n. 241 del 1990, ostandovi il carattere speciale della disciplina dettata per tale ambito di materia»<sup>60</sup>.*

Sul piano dottrinario, invece, si è osservato come se, da un lato, non può revocarsi in dubbio l'applicabilità della legge sul procedimento amministrativo (n. 241/1990) anche alle autorità amministrative indipendenti, è pur vero, dall'altro, che *«le leggi istitutive delle singole Autorità contengono spesso conferimenti di “autonomia”, che consentono ai nuovi soggetti di darsi regole proprie e specifiche, utilizzando lo strumento regolamentare [...] deve notarsi come la copertura legislativa sia di solito meramente formale, tanto che i regolamenti hanno piena libertà di configurare modelli procedurali originali»<sup>61</sup>.*

A ben vedere, aderiscono a tale prospettazione le stesse Autorità, come si evince dall'analisi dei regolamenti inerenti i procedimenti sanzionatori, i quali riflettono una evidente predilezione per questa tipologia di approccio.

Un esempio per tutti, sul punto, è rappresentato dalla Aeeg, nella cui delibera del 14 giugno 2012 n. 243/2012 si legge che *«il decreto legislativo 93/2011 prevede che l'Autorità disciplini il procedimento sanzionatorio in modo da assicurare agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio in forma scritta e orale, la verbalizzazione e la separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie; la disciplina dei procedimenti*

---

<sup>60</sup>Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 21 febbraio 2011, n. 1585, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

<sup>61</sup>CUOCOLO L., *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quad. reg.*, 2007, p. 601 ss.

*sanzionatori ha carattere speciale rispetto alla disciplina generale dei procedimenti individuali dell’Autorità dettata dal d.P.R n. 244/2001, nonché alla disciplina generale in materia di sanzioni amministrative, di cui alla legge n. 689/1981, e in materia di procedimento amministrativo, di cui alla legge n. 241/1990».*

Quanto anzidetto consentirebbe, ragionevolmente, di concludere per la configurazione, a monte, di un rapporto di specialità (da cui, com’è noto, scaturisce la prevalenza della *lex specialis* sulla *lex generalis*) tra il d. lgs. n. 93/2011, norma di rango primario a fondamento giuridico della potestà sanzionatoria dell’Aeeg, ossia il d.lgs. n. 93/2011 e la disciplina generale sul procedimento amministrativo (legge n. 241/1990).

Se così fosse, per derivazione, si dovrebbe concludere il regolamento sui procedimenti sanzionatori dell’Aeeg, in quanto attuativo del d.lgs. n.93/2011, costituisca, unitamente a quest’ultimo, un unico *corpus legis specialis*, in grado di dissociarsi dalla *lex generalis* n. 241/1990.

Trattasi, tuttavia, di un assunto che solleva qualche perplessità, dal momento che, all’atto di disciplinare i poteri sanzionatori dell’Aeeg (art. 45), il d.lgs. n. 93/2011 nulla dice in ordine ad una eventuale deroga (tacita o espressa) alla disciplina generale tracciata dalla legge n. 241/1990, disponendo unicamente per l’attribuzione esplicita di un potere normativo in ambito sanzionatorio in capo alle autorità amministrative indipendenti<sup>62</sup>.

Ma il sistema, così come esposto, non è andato esente da critiche: si è osservato, infatti, che il ruolo ancillare conferito, in ambito sanzionatorio, alla legge n. 241/1990 entri in netto contrasto con la centralità che, sul piano ordinamentale, il legislatore ha inteso attribuire alla stessa in materia amministrativa<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup>*Ibidem*.

<sup>63</sup>CAMILLI E.L., voce *Autorità di vigilanza (profili normativi)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. V, Milano, 2012, p. 163 ss.

Più segnatamente, secondo i sostenitori di tale ultima prospettazione, l'art. 29 della l. n. 241/1990, in uno con gli artt. 2, commi 3, 4 e 5 stessa legge e l'art. 7, co. 3, legge n. 69/2009, consente di concludere che mai la potestà normativa regolamentare delle autorità amministrative indipendenti possa essere intesa, per ampiezza ed intensità, come prevalente rispetto a quella dello Stato, delle Regioni e degli Enti locali e ciò perché, contrariamente a quest'ultimi (che sono enti territoriali democraticamente rappresentativi), le Autorità non sono organismi contemplati dalla Carta costituzionale<sup>64</sup>.

*Altresì, «ai sensi dell'art. 29 della l. n. 241/1990, le Regioni e gli Enti locali non possono stabilire garanzie inferiori rispetto ai livelli essenziali delle prestazioni [LEP] di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, ma solo prevedere livelli ulteriori di tutela; le disposizioni della l. n. 241/1990 concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti configurano altrettanti LEP. Ne deriva che un'identica soggezione ai LEP di cui alla l. n. 241/1990 deve imporsi, a fortiori, per amministrazioni costituzionalmente non contemplate quali sono le Autorità indipendenti; - dunque, anche quando disciplinano con propri regolamenti i procedimenti sanzionatori, le Autorità indipendenti sono tenute a rispettare i livelli minimi di garanzia stabiliti, ex art. 29, dalle disposizioni-chiave della l. n. 241/1990»<sup>65</sup>.*

È chiaro, quindi, come non possa trovare in alcun modo accoglimento la tesi che legittima, in nome del criterio di specialità, la prevalenza dei regolamenti sulla legge n. 241/1990: per il principio di gerarchia che governa l'intero

---

<sup>64</sup>CARIDÀ R., *Autonomie regionali e attività amministrativa tra esigenze di trasparenza, obiettivi di semplificazione e diritti procedurali*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2013.

<sup>65</sup>cfr., Cons. Stato, ez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542.

sistema delle fonti del diritto italiano, infatti, sono quest'ultimi a dover cedere rispetto alla legge sul procedimento amministrativo. Per cui, salvo che la legge disponga in senso contrario prevedendo una normativa sanzionatoria *ad hoc*, è la legge n. 689/1981 il faro normativo di riferimento in materia di procedimenti sanzionatori, ciò valendo, secondo quanto statuito dal Consiglio di Stato, anche nelle ipotesi di procedimento sanzionatorio innanzi alla Banca d'Italia<sup>66</sup>.

Come osservato da alcuni autori, l'impianto sanzionatorio delineato nell'ambito della legge n. 689/1981, è a funzione preventiva e a caratterizzazione afflittiva, ragion per cui il potere sanzionatorio dalla stessa attribuito alle Autorità amministrative indipendenti dovrebbe essere concepito «*in termini strumentali alla regolazione*» o, comunque, nell'ottica di una «*connessione tra funzione di regolazione (concepita come potere di adottare regole) e potere sanzionatorio*»<sup>67</sup>.

Ad assumere una posizione nettamente antitetica rispetto a quella da ultimo richiamata, è quella parte della dottrina che sostiene quella che è stata definita la «*plurifunzionalità delle sanzioni irrogate dalle Autorità*», in virtù della quale «*le norme e gli istituti dai quali si è soliti desumere la propensione regolatoria dell'apparato sanzionatorio delle Autorità indipendenti riguardano prevalentemente la disciplina procedimentale del relativo potere e non la sanzione come atto e i suoi presupposti [...]*», ragion per cui «*i profili di strumentalità all'intervento regolatorio si mantengono sul terreno della disciplina del potere e non riguardano la sanzione come atto*»<sup>68</sup>.

Pertanto, «*il fine del potere sanzionatorio è direttamente riconducibile alla potestà di regolazione, in quanto obiettivo del potere sanzionatorio è non tanto la repressione dell'illecito, quanto piuttosto la garanzia della promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore di competenza dell'Autorità. Si può,*

---

<sup>66</sup>*Ibidem.*

<sup>67</sup>*Ex multis*, MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 135.

<sup>68</sup>CLARICH M. *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, n.4/2004, p. 48.

*quindi, concludere per la sussistenza, nell'ambito in cui opera l'Autorità, di un sistema sanzionatorio distinto e parallelo a quello generale stabilito dalla legge n. 689/1981. Questo sistema è caratterizzato dal ruolo strumentale del potere sanzionatorio rispetto alla funzione regolatoria»<sup>69</sup>.*

Aderendo a tale ultima prospettiva, i procedimenti sanzionatori condotti dalle Autorità, possono, sul piano delle concretezze, essere considerati un esercizio *case-oriented* dell'attività di regolazione strettamente intesa.

Non così secondo un'altra chiave di lettura, basata sulle previsioni contenute nei regolamenti adottati dalle stesse Autorità, che depone a favore del carattere prettamente strumentale dei procedimenti sanzionatori rispetto all'esercizio della potestà di regolazione da parte delle autorità amministrative indipendenti. Sul punto, un esempio per tutti è rappresentato dalla delibera n. 136/06 dell'Agcom, la quale, pronunciandosi sulla tutela dell'utenza nell'ambito delle comunicazioni elettroniche, afferma, al comma secondo dell'art. 3-ter, che «*gli uffici competenti, di preferenza, aggregano opportunamente le denunce ricevute in modo da procedere ad una valutazione d'insieme delle fattispecie denunciate, con l'obiettivo di tutelare gli interessi generali dei consumatori ed utenti mediante interventi celeri ed efficaci, anche attraverso appropriate misure regolatorie volte ad evitare il perpetrarsi di ulteriori violazioni o almeno a circoscriverne l'entità e la rilevanza*».

In modifica della delibera innanzi richiamata è, poi, intervenuta la n. 709/09, nell'ambito della quale viene posto in evidenza che trattasi della «*introduzione del principio dell'aggregazione delle denunce avverso il medesimo comportamento dello stesso gestore, in maniera tale da trattarle con azione unitaria, anche prescindendo dai casi singoli. Dunque, un vero e proprio principio procedimentale, inconciliabile con quello della separazione dei*

---

<sup>69</sup>*Ibidem.*

*singoli procedimenti sanzionatori in base ai diversi soggetti che, invece, è presupposto all'impianto della l. n. 689/1981».*

Nell'ultimo decennio, alcuni hanno affermato che, al netto della complessità insita nella figura delle autorità amministrativa indipendente, la potestà normativa loro attribuita ben può essere considerata come una sequenza di azione – reazione – retroazione e, ancor più nel dettaglio, come regolazione *generaliter* ed *ex ante* (in sede di indirizzo) e come regolazione *singulatim* ed *ex post* (in sede sanzionatoria)<sup>70</sup>.

Sul punto occorre tenere ben presente che l'attività di regolazione delle autorità amministrative indipendenti non si esaurisce nella mera enunciazione delle condotte positive espletati in atti amministrativi ad indirizzo generale oppure di atti formalmente amministrativi ma sostanzialmente normativi (come i regolamenti). Al contrario, vi rientrano, a pieno titolo, tanto la reazione che gli operatori, in sede particolare, adottano rispetto ad un determinato indirizzo generale stabilito dall'Autorità (la quale, com'è agevolmente intuibile, potrà essere una reazione positiva, che si sostanzia nell'ossequiosa osservanza di quanto previsto, oppure una reazione negativa, e dunque l'inottemperanza, con conseguente inflizione della sanzione), quanto la verifica della cd. retroazione dei casi concreti, un momento che viene in rilievo proprio nel corso ed al termine del procedimento amministrativo sanzionatorio, in quanto, essendo in grado di ricalibrare continuamente la portata dell'azione generale, esso assolve una funzione detta di «*informazione correttiva*»<sup>71</sup>.

L'elemento dirimente tra l'attività di regolazione di competenza della autorità amministrative indipendenti (cd. regolazione condizionale) e quella tipica dei sistemi ad economia pianificata (cd. regolamentazione finalistica)<sup>72</sup>, si ravvisa nel fatto che le Autorità non operano in maniera deduttiva imponendo le regole

---

<sup>70</sup>MONTEDURO M., *op. cit.*, p. 110.

<sup>71</sup>LUCIANI F. (a cura di), *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, 2011, p. 70.

<sup>72</sup>MONTEDURO M., *op. cit.*, p. 111.

dall'esterno, bensì, agiscono in maniera induttiva, ricavando la regola dallo stesso settore oggetto di regolazione. Dunque, sebbene tale funzione risenta dell'intermediazione dell'azione interpretativa delle autorità amministrative indipendenti), non può non riconoscersi che il settore di competenza di una determinata Autorità assolva il ruolo di attivo partecipante dell'attività di regolazione, esprimendo *ex sé* tutte quelle regole che si rendono necessarie al proprio funzionamento<sup>73</sup>.

In virtù di tale prospettiva, ritenere esaurita l'attività di regolazione delle autorità amministrative indipendenti nella sola fase ascendente (ossia nel momento in cui l'Autorità, dopo aver a lungo osservato le dinamiche del settore, astrae il futuro contenuto della regola, la struttura in maniera precisa all'interno di un testo e poi la esternalizza attraverso un atto amministrativo a portata generale rivolto a tutti coloro che operano all'interno di quel settore specifico), non appare condivisibile.

Escludendo dalla funzione di regolazione delle Autorità la fase discendente (che consiste nella perdurante osservazione, da parte delle autorità, dell'osservanza della regola da parte di tutti gli operatori del settore), quest'ultima risulterebbe snaturata, perché parzialmente privata della propria identità. È, dunque, evidente che il fine perseguito sia quello di «*sfruttare la conoscenza della patologia come mezzo per orientare più correttamente la fisiologia, per rinnovare il circolo regolatorio verso l'elaborazione di una nuova regola generale, potenziata e raffinata nei suoi anticorpi proprio grazie alla casistica dell'esperienza, pur virulenta, delle sue trasgressioni particolari*»<sup>74</sup>.

Può, quindi, in virtù di tutto quanto sino ad ora dedotto, concludersi che l'esercizio della potestà sanzionatoria delle autorità amministrative indipendenti, per sua stessa natura, regoli sanzionando e, nel sanzionare,

---

<sup>73</sup>*Ibidem.*

<sup>74</sup>MONTEDURO M., *op. cit.*, p. 112.

incrementi l'efficacia e la portata applicativa dell'attività di regolazione. Difatti, nell'ambito del procedimento sanzionatorio, «la “norma” regolatoria incontra il “fatto” regolato ed entrambi i termini definiscono reciprocamente il loro volto, con ciò spingendo la regolazione in un circolo virtuoso, spiraliforme, di progressivo affinamento, adattamento, specificazione»<sup>75</sup>.

### **1.3 Il potere sanzionatorio nella giurisprudenza della Corte EDU: tra materia penale e divieto di *bis in idem***

Il tema della potestà sanzionatoria delle autorità amministrative indipendenti impone una riflessione sui rapporti che intercorrono tra quest'ultima e la materia penale. notaPreme, preliminarmente, osservare che, relativamente a tale profilo, le sanzioni inflitte *Authorities* non si contraddistinguono per alcun tipo di specialità, tuttavia la portata afflittiva delle stesse, sul piano pratico, non di rado risulta fortemente acuita dall'ingente misura delle pene applicate. Ciò ha indotto, come meglio si vedrà di qui a breve, la Corte europea dei diritti dell'uomo a ritenere che alla potestà sanzionatoria delle autorità amministrative indipendenti debbano essere estese tutte quelle garanzie proprie della sanzione afflittiva per antonomasia, ossia quella penale<sup>76</sup>.

Al pari delle sanzioni irrogate da altri enti pubblici, anche i provvedimenti punitivi adottati della autorità amministrative indipendenti presentano molti caratteri delle sanzioni penali, ragion per cui si rende necessario soffermarsi sul

---

<sup>75</sup>*Ibidem*.

<sup>76</sup>VALAGUZZA S., *Le sanzioni amministrative delle Autorità indipendenti nel diritto comunitario*, 2015, p. 56.

rapporto esistente tra il potere sanzionatorio di matrice penalistica e quello di natura amministrativa. Preme parimenti osservare, per completezza espositiva, che in virtù di quanto anzidetto, la disamina verterà unicamente su quelle sanzioni amministrative rispetto alle quali è possibile, effettivamente, ravvisare elementi di somiglianza con il sistema punitivo penale, le quali vengono comunemente definite in dottrina come sanzioni amministrative pure. Ne consegue, dunque, che, esulano dalla riflessione sul rapporto tra potere sanzionatorio amministrativo e potere sanzionatorio penale le sanzioni amministrative ripristinatorie.

Siffatta scelta operativa, del resto, si spiega muovendo dal presupposto che la sola tipologia di sanzioni che, per finalità deterrente e contenuto afflittivo, presenta una comunanza di scopi con la sanzione penale è proprio la categoria delle sanzioni amministrative pecuniarie. È a mezzo di entrambe, infatti, che il legislatore si propone di punire quanti trasgrediscono un determinato precetto, così da evitare che la condotta illecita abbia a ripetersi (funzione special-preventiva della pena) e garantire l'osservanza di tutte le regole poste a tutela di interessi collettivi (funzione general-preventiva)<sup>77</sup>.

Fermo che lo scopo assolto dalle sanzioni amministrative varia a seconda della tipologia di interesse oggetto di tutela, se è vero, com'è vero, che a produrre effetto punitivo sono tanto le sanzioni penali quanto quelle amministrative pecuniarie, sorge spontaneo chiedersi quale interesse il legislatore abbia voluto perseguire attribuendo alla PA potere sanzionatorio. Secondo un risalente orientamento dottrinario, pur avendo natura punitiva, le sanzioni amministrative differiscono da quelle prominate dall'autorità giudiziaria in quanto espressione di potestà amministrativa: pertanto, la sostanziale differenza intercorrente tra le due categorie in disamina sarebbe da rinvenirsi proprio nel diverso potere di cui esse sono espressione<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup>*Ibidem.*

<sup>78</sup>ALLENNA M., *Art. 6 CEDU: procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, p. 86.

In ossequio a questa prospettazione, quindi, l'attribuzione di potestà sanzionatoria alle pubbliche amministrazioni non rinviene il proprio fondamento giuridico in una deroga all'esercizio delle competenze proprie della funzione giudiziaria, quanto, piuttosto, nell'esercizio del potere amministrativo.

Altra parte della dottrina, invece, sostiene che l'interesse oggetto di tutela delle due differenti tipologia di sanzioni sia diverso.

Più segnatamente, secondo quanti aderiscono a tale orientamento, mentre le sanzioni amministrative mirano a tutelare solo le lesioni arrecate dai consociati al solo ordinamento amministrativo (che, com'è noto, è un ordinamento derivato, dotato di un proprio, autonomo, sistema punitivo), le sanzioni penali, invece, sono poste dal legislatore a presidio dell'ordinamento giuridico generale<sup>79</sup>.

A ben vedere, che gli interessi oggetto di tutela siano differenti appare ancor più evidente tenendo conto che l'attribuzione della potestà sanzionatoria in capo all'amministrazione assolve la funzione di perseguire un interesse ben preciso, la cui cura è stata, dalla legge, affidata ad un ente pubblico. Vengono ricondotte a tale orientamento sia la tesi che ascrive il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti nel più ampio ambito del potere di autotutela sia quella che vede tale potere come una funzione complementare rispetto a tutti gli altri poteri amministrativi<sup>80</sup>.

Dunque, «*il potere sanzionatorio, infatti, sarebbe finalizzato in maniera diretta al soddisfacimento dello specifico interesse affidato al soggetto pubblico, collocandosi in una posizione di strumentalità rispetto ai poteri di amministrazione attiva di cui l'ente già dispone per tutelare quel particolare interesse*»<sup>81</sup>. Altrimenti detto, mediante l'esercizio della propria potestà

---

<sup>79</sup>*Ibidem.*

<sup>80</sup> VALAGUZZA S., *op. cit.*, pp. 57-58.

<sup>81</sup>*Ibidem.*

sanzionatoria, l'autorità amministrativa non mira a perseguire un interesse generale a che i consociati tutti osservino i precetti (finalità propria dell'ordinamento penale), quanto, piuttosto, a tutelare un proprio interesse ben preciso, ossia quello specifico interesse che la legge le ha imposto di curare. In questa prospettiva, dunque, l'effettività dell'azione amministrativa è garantita proprio dall'esercizio del potere sanzionatorio, dal momento che il provvedimento sanzionatorio adottato dalle Autorità non persegue lo scopo di infliggere una punizione a chi, con la propria condotta, abbia violato l'ordine giuridico costituito: quel che preme garantire (e dunque tutelare attraverso la sanzione), è la piena persecuzione dell'interesse pubblico riconnesso all'introduzione di quella specifica Autorità.

Stando così le cose, *«la sanzione amministrativa non troverebbe, allora, il suo fondamento esclusivamente nella violazione di un precetto, ma nella lesione di un interesse di cui l'amministrazione sarebbe titolare. Quest'ultima non sarebbe portatrice di un generico interesse all'osservanza delle prescrizioni normative, ma avrebbe un interesse particolare all'esercizio del potere sanzionatorio, in virtù della sua complementarietà rispetto alle altre funzioni amministrative»*<sup>82</sup>.

Ma affermare questo significherebbe anche dover ammettere, quale logico corollario dell'osservazione di cui innanzi, che non è possibile “leggere” le sanzioni amministrative pecuniarie con la sola lente di lettura penalistica, atteso che, come pure si è detto, essa riflette le funzioni general-preventiva e special-preventiva tradizionalmente attribuite alla sanzione penale. A voler prospettare tale ipotesi, infatti, si dovrebbe, altresì, ritenere che le sanzioni amministrative pecuniarie siano amministrative solo sul piano formale, andando, invece, su quello sostanziale, a chiudere il cerchio dell'apparto punitivo penale. Ma, così

---

<sup>82</sup>SALVATORE P., *La legalità nell'amministrazione*, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, p. 97.

facendo, si finirebbe per confondere il contenuto della sanzione con la finalità che essa persegue<sup>83</sup>.

Invece, le sanzioni amministrative in senso stretto attengono all'attività di cura degli interessi che la legge demanda alla pubblica amministrazione, ragion per cui deve, necessariamente, escludersi che sussista una netta demarcazione tra le misure amministrative a carattere ripristinatorio e quelle di natura punitiva, atteso che entrambe esternalizzano un potere che mira a garantire la piena attuazione di un interesse pubblico<sup>84</sup>.

Tuttavia, a tale autorevole orientamento si contrappone quello per cui la funzione assolta dalla potestà sanzionatoria amministrativa, in buona sostanza, coincide con l'equivalente funzione penale<sup>85</sup>.

Invero, secondo l'impostazione da ultimo richiamata, l'attribuzione di potestà sanzionatoria agli enti pubblici oppure in capo all'autorità giudiziaria dipende esclusivamente dal *quantum* di disvalore che il legislatore attribuisce ad una condotta *contra ius*, da cui, per l'effetto, dipende l'entità della sanzione inflitta al trasgressore. Altresì, è proprio in relazione ai diversi rimedi adoperati per reprimere un illecito che è possibile ascrivere una determinata condotta alla materia penalistica piuttosto che a quella civile oppure amministrativa, «*non assumendo alcun rilievo l'identificazione degli interessi lesi o tutelati*»<sup>86</sup>.

In favore dell'unitarietà del fenomeno sanzionatorio depongono anche le disposizioni contenute nella legge n. 689/1981 (che, come già detto, in virtù della comune portata afflittiva, estendono le garanzie proprie del diritto penale alla potestà sanzionatoria delle Autorità), nonché in numerosi arresti della Corte EDU, la quale ha, più volte evidenziato la necessità di andare oltre le qualificazioni formali previste dai singoli ordinamenti giuridici in favore di una

---

<sup>83</sup>VALAGUZZA S., *op. cit.*, p. 60.

<sup>84</sup>CERBO P., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999.

<sup>85</sup>SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983.

<sup>86</sup>CASSETTA E., *Sanzione amministrativa* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997.

lettura sostanziale delle stesse, prendendone dunque a riferimento l'effettiva portata afflittiva.

Secondo i giudici di Strasburgo, infatti, la circostanza per cui, sul piano formale, una sanzione contemplata nell'ambito di un singolo ordinamento non venga configurata come penale, non esclude l'applicabilità degli artt. 6 e 7 della Convenzione EDU (rispettivamente, il diritto ad un equo processo e il principio di irretroattività)<sup>87</sup>.

Trattasi di un orientamento da tempo sostenuto dalla giurisprudenza europea, sancito già nell'ambito della nota sentenza *Engel ed altri v. Paesi Bassi* dell'8 giugno 1976, nell'ambito della quale la Corte EDU ha chiarito espressamente che la qualificazione di una determinata sanzione come "penale" viene in rilievo unicamente sul piano formale, ragion per cui le garanzie che assistono la materia penale devono operare ogniqualvolta il provvedimento in esame sia in grado di incidere, in maniera preponderante, nella sfera giuridica di chi ne è destinatario.

Aderisce a tale orientamento anche la giurisprudenza costituzionale, la quale, nell'ambito della sent. n. 196/2010, ha affermato che «*dall'esame delle pronunce della Corte EDU si ricava il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto*».

A parere della dottrina, inoltre, è possibile concludere per una sostanziale coincidenza tra le due tipologie di sanzioni considerate anche in considerazione della circostanza che, all'atto della determinazione della sanzione, l'attiva valutativa compiuta dall'autorità giudiziaria e quella demandata all'autorità amministrativa coincidono<sup>88</sup>.

Difatti, la sola differenza intercorrente tra la discrezionalità attribuita all'autorità giudiziaria e quella propria dell'autorità amministrativa attiene al

---

<sup>87</sup> Cfr. Corte EDU, sent. del 23 novembre 2006, Causa *Jussila v. Finlandia*.

<sup>88</sup> VALAGUZZA S., *op. cit.*, pp. 61-62.

piano oggettivo: nel corso del tempo, infatti, le due attività si sono accomunate sempre più «*da un lato, perché i criteri stabiliti dall'art. 133 c.p. per determinare il quantum della pena non sono idonei a rendere la valutazione del giudice penale più prevedibile di una decisione amministrativa; dall'altro, perché sono state ampliate le garanzie proprie del diritto amministrativo, così riducendo i margini di scelta dell'amministrazione, chiamata a motivare le decisioni adottate e, in ogni caso, a rispettare importanti principi giuridici, oggi richiamati dall'art. 1, l. n. 241/1990*»<sup>89</sup>.

Un ulteriore dato a supporto della tesi della comune funzione della sanzione penale e quella amministrativa si ravvisa nel fatto che entrambi i trattamenti punitivi mirano a curare un interesse ben preciso. All'uopo, infatti, si è osservato che «*l'unico scopo del potere sanzionatorio penale che non sarebbe esercitato per mere ragioni di giustizia, ma anche per realizzare obiettivi di interesse pubblico e, in particolare, quello social-preventivo. Seppure in via indiretta, dunque, la prevenzione speciale perseguita dalle sanzioni si ricollegerebbe sempre alla tutela di un dato bene giuridico*»<sup>90</sup>.

Ulteriore elemento a sostegno dell'unitarietà del potere sanzionatorio è fornito dalla depenalizzazione, per effetto del quale, nel corso del tempo, il legislatore esclude la rilevanza penale di una condotta che, fino a quel momento, era prevista come reato.

Ebbene, quando il legislatore “trasla” una condotta dal piano penale a quello amministrativo, quel determinato comportamento continuerà ad essere antigiuridico, ma risultare differenti saranno le conseguenze che l'ordinamento ricollega al compimento di quel determinato fatto. Dunque, la condotta depenalizzata non avrà comunque perso la propria portata offensiva, ma la “reazione” dell'ordinamento alla stessa non sarà più penale, bensì amministrativo. Pertanto, «*alla luce di una serie di ragioni, che spaziano dalla*

---

<sup>89</sup>*Ibidem.*

<sup>90</sup>VALAGUZZA S., *op. cit.*, p. 63.

*necessità di adeguare la “punizione” all’evoluzione dei valori etico-sociali alla constatazione, almeno in alcuni settori, della maggiore efficacia deterrente delle sanzioni amministrative rispetto a quelle penali, il legislatore, pure continuando a riconoscere l’antigiuridicità di un fatto, ne muta le conseguenze, escludendo l’applicazione di sanzioni di natura penale, comminate dall’autorità giudiziaria, in favore di misure di natura amministrativa, di competenza degli enti pubblici»<sup>91</sup>.*

Ma che l’illecito sia passato dal piano penale a quello amministrativo non inficia il grado di afflizione che quella determinata conseguenza sfavorevole prevista dall’ordinamento giuridico avrà per il trasgressore: altrimenti detto, la portata punitiva di una sanzione non viene meno per il solo mutamento qualitativo della stessa, atteso che tutti i precetti che impongono una punizione a quanti trasgrediscono una regola possono essere ascritti nel novero delle sanzioni in senso stretto, ossia provvedimenti aventi natura afflittiva. Pertanto, *«l’essenza del potere sanzionatorio amministrativo sta, dunque, nel punire, e prima ancora prevenire, le condotte che siano potenzialmente idonee a porre in pericolo il bene finale, differenziandosi dal diritto penale solo per la natura dell’interesse tutelato»<sup>92</sup>.*

Il discrimine tra il provvedimento sanzionatorio emesso dell’autorità amministrativa e la sanzione penale comminata dall’autorità giudiziaria è da rinvenirsi, dunque, nel fatto che il primo è finalizzato a garantire la protezione dell’interesse che l’amministrazione procedente ha in cura, laddove il secondo mira a garantire l’ordine pubblico: a differire, dunque, è solo l’effetto che si produce a seguito della violazione del medesimo precetto: quella che resta inalterata, invece, è la finalità (prevenire e punire la commissione di un fatto). È, dunque, evidente che a determinare il passaggio di una fattispecie dall’ambito delle sanzioni penali a quello delle sanzioni amministrative sia, in

---

<sup>91</sup>*Ibidem.*

<sup>92</sup>*Ivi.*

buona sostanza, un giudizio strettamente connesso ad una diversa ponderazione, da parte del legislatore, delle contingenze etiche e sociali<sup>93</sup>.

Tema strettamente connesso alla depenalizzazione, è quello relativo all'impropria successione tra sanzioni penali ed amministrative.

Nello specifico, il problema che si pone è individuare quale regime debba trovare applicazione nell'ipotesi in cui la depenalizzazione intervenga dopo la commissione dell'illecito, ma prima che il procedimento penale giunga a conclusione.

Com'è intuibile, questo tema involge strettamente sia il principio del *favor rei* (il quale, pur essendo previsto in maniera esplicita per la sola materia penale all'art. 2 c.p., trova applicazione, in via interpretativa, anche alle sanzioni amministrative) che quello dell'irretroattività dei provvedimenti sanzionatori, sia di natura penale che amministrativa<sup>94</sup>.

Orbene, non vi è alcun dubbio che, qualora nel corso di un giudizio penale un fatto previsto come reato venga depenalizzato e traslato sul piano amministrativo, non possa più applicarsi la disposizione penale che, al momento in cui quella determinata condotta è stata posta in essere, vigeva e ciò proprio in applicazione del principio del *favor rei*. Invece, laddove un reato venga depenalizzato ed una determinata condotta assuma valore unicamente sul piano amministrativo, si è in presenza di particolare vicenda, espressamente disciplinata dal legislatore all'art. 40 della legge n. 689/1981, che definisce il regime transitorio da applicare. Nello specifico, la richiamata norma stabilisce che *«le disposizioni di questo capo si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento non sia stato definito»*.

---

<sup>93</sup>VALAGUZZA S., *op. cit.*, p. 63.

<sup>94</sup>DOGLIANI M., *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. pubbl.*, 2008, p. 93.

Dunque, allorquando intervenga una legge di depenalizzazione di uno o più reati, a norma dell'art. 40 legge n. 689/1981, opererà in via retroattiva l'illecito amministrativo, così da scongiurare un vuoto di tutela.

Se, da un lato, secondo un'interpretazione ristretta del principio di legalità e dei suoi corollari (tra cui, per l'appunto, il principio di irretroattività), nessuno può essere destinatario di una sanzione amministrativa non contemplata dall'ordinamento nel momento in cui il fatto è stato commesso, nell'ipotesi della depenalizzazione in disamina, il trasgressore non potrebbe essere destinatario né di una sanzione penale (in virtù del principio del *favor rei*) né di quella amministrativa (per il principio di irretroattività delle sanzioni amministrative)<sup>95</sup>.

Il tema dell'unitarietà del sistema sanzionatorio è tornato alla ribalta attraverso una serie di arresti emessi dalla Suprema Corte a Sezioni Unite, tra cui si ricorda la pronuncia n. 25457/2012, nell'ambito della quale il Collegio, dopo aver dichiarato l'assoluzione dell'imputato perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato, afferma di astenersi dalla rimessione degli atti all'autorità amministrativa per la relativa sanzione, allorquando la normativa depenalizzatrice non contenga norme transitorie analoghe a quelle di cui all'art. 40, l. n. 689/1981<sup>96</sup>.

In opinione del Collegio, *«il divieto di irretroattività delle sanzioni amministrative, sancito dall'art. 1 della legge n. 689/1981, non può essere interpretato come riferito esclusivamente all'introduzione di previsioni amministrative sanzionatorie di fatti prima del tutto leciti. Il principio deve, invece, operare anche laddove, a seguito di una diversa valutazione del disvalore sociale del fatto, venga meno la rilevanza penale, senza però che l'ordinamento rinunci a punire il comportamento antiggiuridico, introducendo un illecito amministrativo del tutto nuovo, per il quale devono trovare*

---

<sup>95</sup> VALAGUZZA S., *op. cit.*, pp. 64-65.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

*applicazione, in assenza di deroghe espresse, tutte le previsioni dettate dalla legge in materia di sanzioni amministrative». Invero, a voler ammettere soluzioni di senso contrario, «il cittadino si troverebbe a subire delle sanzioni amministrative per atti o fatti compiuti quando, non essendovi ancora una legge che tali sanzioni prevedesse, non aveva avuto la possibilità di autodeterminarsi responsabilmente in riferimento ad esse».*

Questa posizione della giurisprudenza di legittimità ha sollevato non poche perplessità in dottrina.

Per alcuni autori, infatti, non è punibile una condotta che, nel passaggio da illecito penale ad illecito amministrativo resti antiggiuridica: laddove «*la depenalizzazione o decriminalizzazione di cui si discute si limiterebbe, a mutare le conseguenze derivanti dalla commissione di un determinato fatto, che mantiene la sua carica offensiva, assumendo soltanto un diverso “grado” di disvalore, senza che si possa rinunciare all’esercizio della funzione punitiva, seppure la competenza sia “trasferita” all’ente pubblico*»<sup>97</sup>.

La tesi più accreditata, aderendo alla prospettiva dell’unitarietà del sistema punitivo globalmente inteso (e quindi tanto delle sanzioni penali quanto di quelle amministrative), ritiene maggiormente coerente con l’intero sistema concludere in favore della continuità «*tra il “vecchio illecito penale” e il “nuovo illecito amministrativo”, dovendosi ravvisare nella depenalizzazione una vicenda meramente modificativa delle conseguenze previste per la violazione di un determinato precetto*»<sup>98</sup>.

Ove così non fosse, verrebbe a crearsi un punto di rottura tra il sistema sanzionatorio penale e quello amministrativo, in virtù del quale verrebbero a verificarsi disparità di trattamento tra quanti hanno commesso il fatto prima dell’intervento della legge di depenalizzazione nel corso del procedimento penale e quanti, invece, solo successivamente.

---

<sup>97</sup>SPASIANO M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, p. 61.

<sup>98</sup>GIOVAGNOLI R., FRATINI M., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009, p. 138.

## **CAPITOLO SECONDO**

### **POTERI E ATTRIBUZIONI**

#### **2.1. Le autorità amministrative indipendenti trasversali con funzione di vigilanza**

L'ampia diffusione del fenomeno delle autorità indipendenti vede come sua eziopatogenesi la necessità da parte dello Stato di affidare la gestione di settori delicati per i già precari equilibri degli intrinseci interessi socioeconomici. È da questo assunto che parte la volontà di servirsi di organismi dotati di alte

competenze tecnico-specialistiche, equidistanti rispetto agli interessi sul campo, indipendenti dalle correnti politiche dominanti.<sup>99</sup>

Di fatto si manifesta come una risposta a concrete esigenze nella realtà giuridica. Una funzione delle cosiddette autorità indipendenti viene riconosciuta nella garanzia della correttezza delle interazioni fra le posizioni conflittuali. Nei confronti delle quali esse si pongono in una posizione terza<sup>100</sup>

Tali enti risultano la migliore soluzione per il controllo e la gestione di settori strategici - in quanto ponendosi in una posizione di piena indipendenza e neutralità rispetto al potere politico ed ai gruppi d'interesse privato, si dimostrano in grado di prendere decisioni finalizzate unicamente al corretto funzionamento del mercato. L'epifania degli organismi in disamina ha, inevitabilmente, comportato l'abdicazione da parte dello Stato della dirigenza nell'economia e alla corrispettiva attribuzione di poteri alle autorità indipendenti. Poteri riconducibili ad una funzione di garanzia e promozione della libertà economica finalizzati ad un'efficienza di mercato. In una economia di mercato caratterizzata dalla concorrenza, lo Stato può assumersi un ruolo di controllore bensì non può assumere un ruolo imprenditoriale.

L'amministrazione indipendente trova il suo fondamento nel principio di buon andamento e imparzialità della Pubblica Amministrazione.

L'articolo 97 della Costituzione cita testualmente: «*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*»<sup>101</sup>.

La trattazione di materie amministrative ad alta complessità tecnica e caratterizzata da una elevata sensibilità costituzionale agli interessi che

---

<sup>99</sup>MANETTI M., *Le autorità indipendenti*, cit., pp. 13 e ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto: modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008, p. 79.

<sup>100</sup>N. LONGOBARDI, *La regolamentazione ed i controlli: le Autorità amministrative indipendenti*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., pp. 247 e ss.;

<sup>101</sup>Art. 97 della Costituzione

giustificano l'attribuzione della tutela e della gestione delle stesse ad autorità caratterizzate da autonomia politica. Tali autorità vedono la propria origine dal processo di liberalizzazione dei servizi nazionali di pubblica utilità, cui consegue la nuova funzione di regolazione affidata allo Stato. Si tratta di una funzione tecnica, di regolazione economica, che ha richiesto l'istituzione di soggetti giuridici sottratti dal circuito politico.<sup>102</sup>

Pertanto, tali organismi risultano caratterizzati da atti connotati, non da discrezionalità amministrativa, bensì da discrezionalità eminentemente tecnica derivata pertanto da giudizi tecnici su fatti valutabili in mercati estremamente complessi. Ne deriva, dunque, che siano organi a svolgimenti di competenze meramente tecniche che non necessitano controllo da parte dell'esecutivo.

La dottrina ha dovuto riempire il vuoto legislativo nella definizione di tali enti. In merito una gran parte della dottrina ritiene che il carattere dominante di questa categoria sia l'indipendenza, intesa come mancanza di asservimento all'ingerenza dell'autorità governativa.<sup>103</sup>

La capacità di determinare la propria organizzazione senza interferenze del potere regolamentare del Governo e nel solo rispetto della legge.<sup>104</sup>

Da ciò scaturisce l'esclusione dalla responsabilità politica per ciascuna delle singole autorità. Una indipendenza tanto organizzativa quanto funzionale.<sup>105</sup>

Preme sottolineare la circostanza che affinché possa ritenersi soddisfatto il requisito dell'indipendenza si rende necessario e, allo stesso tempo, sufficiente il soddisfacimento di almeno un minimo delle caratteristiche riguardanti la categoria. Pur consentendo diverse gradazioni di intensità nell'indipendenza delle varie autorità.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup>F. DE LEONARDIS, in *Dir. econ.*, n. 1/2019.

<sup>103</sup>V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle amministrazioni indipendenti*,

<sup>104</sup>G. C. DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., pp. 294 e ss.;

<sup>105</sup>P. SCHLESINGER, *Il nuovo diritto dell'economia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 55;

<sup>106</sup>G. C. DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., pp. 295;

Volendo ulteriormente indagare, e specificatamente, il profilo dello “stato giuridico” dei titolari degli uffici di vertice, si evidenzia come la riconducibilità di alcuni procedimenti di elezione ad una derivazione governativa non inficino nella sua sostanza il tratto dell’indipendenza dell’autorità.<sup>107</sup>

Nella fattispecie, sono altri i requisiti atti a garantire l’impermeabilità dei vertici da influenze esterne quali i requisiti soggettivi per essi richiesti come la durata della carica e la rinnovabilità della nomina.<sup>108</sup>

Forti perplessità sono state sollevate circa gli ampi poteri attribuibili a tali organismi. Un fenomeno che, di fatto, rappresenta una indubbia anomalia se si tengono in debita considerazione i principi fondanti dello Stato di diritto - come ad es. il principio della divisione dei poteri, il quale contrasta in maniera lapalissiana con la particolare concentrazione in capo ad esse di diverse di funzioni nella direzione dei settori di loro competenza.<sup>109</sup>

Nei riguardi degli organi rappresentativi tali organismi risultano titolari di funzioni consultive e di collaborazione, funzioni rappresentate dalle relazioni periodiche sulle attività al Governo e alle Camere, dai poteri di segnalazione di effetti distorsivi della concorrenza conseguentemente a norme legislative o provvedimenti amministrativi, pareri riguardo misure legislative preventive o correttive.<sup>110</sup>

Risulta utile indagare il fondamentale potere di vigilanza che esercitano sull’area amministrativa di competenza. Una vigilanza che si può differenziare in cartolare – che dunque va a realizzarsi sulla documentazione – oppure ispettiva che va a compiersi in loco. Una posizione di garanzia che utilizza un ventaglio di poteri che va dai più penetranti - ispezioni, autorizzazioni, diffide,

---

<sup>107</sup>G. GRASSO, *L’indipendenza delle autorità amministrative indipendenti tra forma di Stato, forma di governo e trapasso dei sistemi elettorali. Un’indagine comparata*, in AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, cit., pp. 101 e ss

<sup>108</sup>F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., p. 71. Sull’influenza delle procedure di nomina sull’indipendenza delle autorità

<sup>109</sup>L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 10 e ss.

<sup>110</sup>M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., pp. 147-148.

ingiunzioni, fino all'applicazione di sanzioni per i comportamenti devianti - a quelli meno intrusivi - la richiesta di informazioni a soggetti pubblici o privati, la segnalazione di anomalie e gli inviti ad effettuare correzioni di queste ultime.

111

Tali organismi constano di una intrinseca peculiarità, sono caratterizzati dall'insieme di più poteri come quello di regolazione-normazione ed il cosiddetto potere giustiziale. La funzione che suscita perplessità – e non soltanto per il cumulo di poteri – è la funzione regolativa la quale viene esercitata ogni qualvolta le autorità statuiscono regole.<sup>112</sup>

L'intento del legislatore nel conferire tali poteri alle autorità amministrative indipendenti è garantirgli la possibilità di disciplinare preventivamente l'esercizio delle funzioni provvedimentali al fine di regolamentare direttamente rapporti giuridici che interessano soggetti terzi.<sup>113</sup>

Attività normativa che risulta marcata in maggior modo nelle ipotesi in cui occorra correggere situazioni di asimmetria nel contraddittorio tra le parti al fine di creare a monte i requisiti utili al mercato per divenire concorrenziale. Nello specifico è di nostro interesse trattare le autorità amministrative indipendenti che possono essere classificate in trasversali con attribuzione di vigilanza sul rispetto delle regole da parte degli operatori. Autorità, dunque, a prevalenza sanzionatoria. Volendo incominciare la disamina con autorità con competenze generali, consideriamo i poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) i quali risultano in gran parte previsti dalla legge istitutiva (L. n. 287 del 1990, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, c.d. legge Antitrust), in attuazione dei principi dei Trattati europei, poi

---

<sup>111</sup>N. LONGOBARDI, *La regolamentazione ed i controlli: le Autorità amministrative indipendenti*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridicoistituzionale*, cit., p. 251;

<sup>112</sup>G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, pp. 739 e ss.

<sup>113</sup>G. C. DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., pp. 272 e ss.

confluiti nella materia della concorrenza, di competenza esclusiva dello Stato.<sup>114</sup>

L'Agcm ha la funzione di vigilare sulla concorrenza e sul corretto funzionamento del mercato in generale. Ciò implica che l'attività di vigilanza di tale autorità possa attenersi al corretto funzionamento del mercato in specifici settori economici (come ad esempio, il mercato degli strumenti finanziari).

Contestualmente, il codice del consumo attribuisce a tale autorità la funzione di tutela del consumatore da specifiche condotte abusive attuabili nei più disparati settori economici, funzione attribuibile tramite il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori e microimprese, la tutela dalla pubblicità ingannevole e comparativa.

Di fatto, tale organismo ha facoltà di vietare o autorizzare concentrazioni, svolgere indagini conoscitive di natura generale o con la finalità di verificare infrazioni ai divieti di intese restrittive o abuso di posizione dominante. Ha, altresì, facoltà di acquisire mezzi istruttori e disporre ispezioni, esercitare poteri cautelari per rischio di *vulnus* grave e irreparabile ai danni della concorrenza e di sospensione delle operazioni di concentrazione. Inoltre, può esercitare poteri di diffida e sanzionatori e ricorrere - legittimazione processuale - contro atti in violazione delle norme di tutela della concorrenza e del mercato. Infine, ha facoltà di esercitare potere regolamentare (come per la materia di rating di legalità delle imprese).

Sugli atti delle autorità indipendenti il giudice ha sì facoltà di effettuare una valutazione di legittimità ma resta un controllo della ragionevolezza e completezza dell'istruttoria compiuta dall'organismo – di fatto, il giudice effettua una verifica del vizio di eccesso di potere che l'azione sia stata effettuata mediante rigore metodologico e coerenza applicativa, con la finalità di esercitare pienamente la discrezionalità tecnica loro riconosciuta dal diritto

---

<sup>114</sup>*Corte Cost., sent. 29 maggio 2020, n. 103.*

scongiurando di ricadere nell'arbitrio specialistico. All'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), istituita con L. n. 249 del 1997, è stata attribuita una funzione di controllo del mercato delle telecomunicazioni, sul rispetto dell'art. 21 Cost. e dei principi del Codice delle comunicazioni elettroniche. Tale organo si fa garante della libertà di comunicazione attraverso il mantenimento dell'integrità e della sicurezza delle reti di comunicazione elettronica, ha, altresì, l'onere della tutela la libertà d'iniziativa economica e il suo esercizio in regime di concorrenza, garantendo il rispetto di criteri obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità (d. lgs. n. 259 del 2003, art. 4) al fine di un lecito accesso al mercato delle reti e servizi di comunicazione elettronica.<sup>115</sup>

Il predetto organismo, si assicura non siano presenti posizioni dominanti nel settore radiotelevisivo e, nell'eventualità in cui dovesse riscontrare delle irregolarità, adotta i provvedimenti correttivi del caso di specie, anche in via cautelare. Ad esso sono state attribuite, inoltre, competenze in materia tariffaria, di garanzia di un elevata qualità del servizio erogato e di controllo degli operatori del mercato. Nel tempo, tale organismo ha assunto anche funzioni di regolamentazione del settore postale, funzione precedentemente svolta da una specifica Agenzia nazionale.

Le competenze attribuite all'Autorità in materia di tutela dei consumatori nell'ambito dei servizi di comunicazione elettronica si trovano in netta sovrapposizione con le funzioni che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato si vede assegnate dal codice del consumo.

La diatriba circa la corretta appartenenza della competenza tra le due Autorità è stata nel corso del tempo dipanata dalla giurisprudenza. In un primo momento, la competenza in materia di attività anticoncorrenziale dei gestori degli impianti di telecomunicazioni è stata riconosciuta in capo all'Autorità di

---

<sup>115</sup>G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2012, p. 229 ss.;

settore, in applicazione del principio di specialità sebbene vada tenuto debitamente conto dei principi di proporzionalità ed adeguatezza dei mezzi utilizzati rispetto alla tutela della concorrenza.<sup>116</sup>

Più recentemente, la pratica commerciale aggressiva è stata ritenuta di competenza dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcm), invece la violazione degli obblighi informativi su servizi telefonici è stata ritenuta di competenza dell’Autorità di settore.<sup>117</sup>

Nella sua qualità di autorità di regolazione, è nelle facoltà dell’Agcom intimare il termine di comportamenti lesivi dei diritti dei consumatori al soggetto esercente il servizio, imponendo l’obbligo di corresponsione di un’indennità per il danno subito. In merito si è espressa la giurisprudenza dissipando ogni qualsivoglia dubbio: non si tratta di un potere implicito né di potere sanzionatorio. E, di conseguenza, sfugge al principio di tipicità proprio delle sanzioni. Nel caso di specie dell’Agcm, il potere di cui è investita l’autorità è teso ad assicurare la promozione della concorrenza mediante la definizione di sistemi tariffari certi, trasparenti e basati su criteri predefiniti per i servizi erogati e nel contempo assicurare la tutela degli interessi dei fruitori. Nello specifico le funzioni di garanzia e regolazione dell’Agcom riguardano l’utilizzo di tecnologie digitali. Una funzione che richiede l’utilizzo di un ventaglio di azioni molto ampio le quali vanno dall’attività di repressione dell’utilizzo improprio di dati ed informazioni, alla tutela dell’utente fino alla garanzia della libertà d’informazione.

Una tematica in questo periodo storico divenuta meritevole di interesse è la disciplina sulla responsabilità nell’utilizzo delle piattaforme online.

Al fine di promuovere l’autoregolamentazione di queste ultime l’Autorità ha costituito il «*Tavolo per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell’informazione sulle piattaforme digitali*» un nuovo approccio di

---

<sup>116</sup>Cons. St., Ad. plen., n. 11/2012.

<sup>117</sup>Cons. St., Ad. plen., n. 3/2016.

cooperazione tra autorità indipendenti per l'individuazione e il contrasto ai fenomeni di disinformazione online. L'istituzione di un coordinamento permanente sulla materia con l'Agcm e il Garante per la protezione dei dati personali è stata individuata come la modalità migliore al fine superare la natura settoriale delle competenze. Tale coordinamento ha funzioni congiunte come l'indagine conoscitiva sullo sviluppo dell'economia digitale –e le conseguenti implicazioni per la privacy, la regolazione delle attività di informazione, la tutela del consumatore e della concorrenza.

## **2.2. ... E quelle con funzione di regolazione: le autorità amministrative indipendenti settoriali**

In un passato piuttosto recente, la dottrina ha nutrito ampie perplessità circa la natura di tali autorità, oggigiorno unanime è il riconoscimento della natura amministrativa delle stesse. L'orientamento del giudice amministrativo, in merito, si è dimostrato coerente nel tempo.<sup>118</sup>

Numerose le volte in cui si è affermato il principio per cui le autorità amministrative indipendenti sono da considerarsi quale osservatorio privilegiato dei mutamenti contemporanei del diritto pubblico in generale e del diritto amministrativo in particolare. Non da meno è stata l'espressione della

---

<sup>118</sup>*Cons. Stato, sez. VI, sent. 29 maggio 2008, n. 2548*

giurisprudenza ordinaria, la quale ha chiarito che le autorità indipendenti sono da considerarsi di natura amministrativa, non esistendo nel nostro ordinamento giuridico un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione.<sup>119</sup>

Nel coacervo di funzioni attribuite alle autorità amministrative indipendenti, nonostante il dipanamento della *vexata quaestio* da parte della dottrina e della giurisprudenza, la tematica della potestà normativa – ampiamente approfondita - continua ad inasprire opinione controverse concernenti il fondamento di tale potere normativo ma non da meno il conseguente esercizio concreto di quest'ultimo.<sup>120</sup>

La discussione riguardo al potere normativo delle autorità indipendenti non può non essere inserita all'interno della più estesa disputa in merito alla figura delle autorità amministrative indipendenti<sup>121</sup>, le quali costituiscono un peculiare modello di azione indipendente e di organizzazione amministrativa esortato a compiere, funzioni di regolazione in settori di peculiare elevato grado di competenza tecnica.

Le funzioni attribuite alle autorità amministrative indipendenti richiedono elevate e specifiche competenze che non possono essere considerate di pertinenza né del legislatore né da una qualsiasi amministrazione pubblica.<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup>Cass., sez. I, sent. 30 giugno 2001, n. 8889; F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in Accademia dei Lincei, *Lo Stato delle istituzioni italiane: problemi e prospettive*, Atti del Convegno 30 giugno – 3 luglio 1993, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 389 ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. IV, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondato da G. Treccani, 1995; S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, ETS, 1996; R. TITOMANLIO, *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2000; G. NAPOLITANO – A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi: per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, Il Mulino, 2009.

<sup>120</sup>N. MARZONA, *La potestà normativa delle amministrazioni indipendenti*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI, *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, cit., 46 ss.; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, Cedam, 2002; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2002; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità amministrative indipendenti e contratto*, Napoli, Esi, 2008;

<sup>121</sup>M. FOGLIA, *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, in Quaderni regionali, 2008, 559 e ss.

<sup>122</sup>P. DE LISE, *Audizione nell'Indagine conoscitiva sulle Autorità Amministrative Indipendenti in corso dinanzi alla Camera dei Deputati*, Roma, 6 aprile 2011, in [giustiziaamministrativa.it](http://giustiziaamministrativa.it);

Inoltre, la loro azione richiede – per le tematiche trattate e per la complessità degli interessi in gioco – una rapidità nella predisposizione di interventi regolamentari e di vigilanza rispondente alla continua evoluzione che si registra nei settori di specie. Tutto quanto premesso, impone pertanto delle tempistiche tecniche decisamente incompatibili sia per quanto concerne l'attività regolatoria con le tempistiche parlamentari che per quanto concerne ai profili di vigilanza e di garanzia dei mercati con le tempistiche degli ordinari della pubblica amministrazione.<sup>123</sup>

Il ricorso ad organismi di alta specializzazione origina da questo presupposto come una necessità avvertita per il raggiungimento della finalità di predisporre specifiche regole tecniche rivolte agli operatori del settore. Quanto detto, a condizioni che le tematiche attribuite alle autorità amministrative indipendenti non siano sottoposte a riserva di legge e che si chiarissero precisi criteri per l'esercizio di tali funzioni nella normativa primaria e nella legge istitutiva dell'Autorità.<sup>124</sup>

La caratteristica propria delle autorità indipendenti è individuata nella garanzia e nell'espletamento delle funzioni di amministrative regolatorie quale manifestazione di una *vision* moderna e democratica della amministrazione.

Un'amministrazione in cui il legislatore non funga da primo attore, ma che veda protagoniste le autorità con un'indipendenza scevra da condizionamenti dalla maggioranza politica. Modelli di «una amministrazione e di un diritto dell'amministrazione all'altezza dei tempi».<sup>125</sup>

Una formula in linea con la Costituzione e pioniera di un nuovo *concept* di amministrazione, dedita alla società e alla tutela dei diritti individuali e

---

<sup>123</sup>N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, 86 ss.; F. MERUSI, *F. MERUSI, Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, Il Mulino, 2000, 12.

<sup>124</sup>D. BORSELLINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale: dal difensore civico alla tutela del risparmio*, Padova, Cedam, 2007.

<sup>125</sup>N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, cit., 76 e ss.

collettivi. Un concetto in grado di incarnare non soltanto formalmente anche nella sostanza i valori costituzionali. L'affermarsi nel corso di un certo lasso di tempo di forme di partecipazione procedimentale impegnate a fornire la garanzia di un contributo fattivo dei portatori di interessi, ha garantito a questi ultimi un ruolo non meramente difensivo bensì strettamente collaborativo.<sup>126</sup>

È nelle garanzie procedimentali che consta la peculiarità delle autorità amministrative indipendenti, le quali erigono la loro legittimazione proprio sul principio di democrazia procedimentale. A tal proposito è stato affermato che la legittimazione delle autorità avviene per una legittimazione democratica *a posteriori*<sup>127</sup> così come esplicitato da autorevole dottrina, secondo cui: «*la legittimità democratica non dipende solo dell'applicazione dell'istituto della rappresentanza politica, ma anche da un processo partecipativo all'elaborazione ed applicazione delle regole improntato a criteri di correttezza e giustizia*».<sup>128</sup>

Non deve, poi, trascurarsi che le autorità amministrative indipendenti sono vincolate ai procedimenti di garanzia della partecipazione dei portatori di interesse in ogni singola azione, dunque anche durante l'espletamento di funzioni decisorie quali l'emanazione di provvedimenti siano essi di natura interdittiva o pecuniaria e, contestualmente, garantendo in ogni momento il diritto alla difesa secondo criteri di correttezza e giustizia. Nonostante l'ampio riconoscimento del potere di regolazione del settore di competenza attribuito alle autorità indipendenti la dottrina resta frammentata nel dar corpo alla corretta definizione di tale loro funzione. Secondo una parte della dottrina, è

---

<sup>126</sup>S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, cit., p. 42.

<sup>127</sup>M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999; cit., p. 19; R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti, Relazione al Convegno "Imparzialità ed indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali ed amministrative"*, Roma, Consiglio di Stato, 14 dicembre 2005, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it);

<sup>128</sup>N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, cit., 36.

compresa nell'attribuzione di regolamentazione sia l'azione di garanzia dell'efficienza del mercato sia l'intervento pubblico tradizionale di regolamentazione.<sup>129</sup>

Si ravvisa un secondo orientamento secondo il quale i principi di rappresentanza politica e di legalità costituzionalmente garantiti entrino in contrapposizione con l'esteso potere normativo attribuito alle autorità amministrative indipendenti.<sup>130</sup>

Il parere di questa parte della dottrina è che tali autorità si pongano al di fuori del principio di divisione dei poteri, del principio di responsabilità e quello di legittimazione democratica e pertanto siano da considerarsi in aperto contrasto con la Costituzione.<sup>131</sup>

Tale fazione tende a giustificare la sua posizione inquadrando le norme attributive alle autorità come «*nudi elenchi di valori*».<sup>132</sup>

Come osservato da alcuni, il timore che maggiormente trapela dalle file di parte della dottrina che afferma questa *vision* è che le attribuzioni risultino di fatto elargizioni alla singola autorità di un'estesa discrezionalità: «*il pericolo dal quale le Autorità ci vogliono proteggere, cioè una disciplina sulle libertà obbediente al dictat della politica, non è meno grave del rischio di una regolazione sostanzialmente primaria, svincolata dal comando politico, autoreferenziale e quindi inidonea a comporre l'oggetto di un giudizio di responsabilità politica?*»<sup>133</sup>

---

<sup>129</sup>L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002, 72.

<sup>130</sup>M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994; S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le Autorità indipendenti*, Pisa, Ets, 1996; AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, Cedam, 1999.

<sup>131</sup>F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000; G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in Onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2012, 721 ss.

<sup>132</sup>L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, 444; G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova, Cedam, 1993, 272.

<sup>133</sup>G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in Onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2012, cit., 723.

Questa fazione tende ad intravedere un'illimitata discrezionalità nelle azioni intraprese dalle autorità indipendenti, e ad attribuire al processo decisionale una conclusione mediante «un atto volitivo».<sup>134</sup>

D'altro canto la nuova veste del dibattito sulle autorità amministrative indipendenti non deve sorprendere, non si può negare che la materia in trattazione sia indubbiamente un tema centrale degli studi di diritto pubblico – trattasi di una tematica che pare venir confinato nell'ombra per la necessità di questioni indifferibili ma che d'un tratto ritorna prepotentemente all'attenzione degli studiosi. Oggetto di una letteratura a dir poco sconfinata, continuano a suscitare teorie dicotomiche, originanti dalle stridenti dissonanze rispetto al circuito della legittimazione democratica e all'apparato dei poteri statuali – dissonanza talmente evidente da indurre autorevole dottrina a definirlo un autentico dilemma costituzionale.<sup>135</sup>

Quella parte della dottrina a cui le autorità amministrative risultano invise, evidenziano come il regolamento dell'autorità indipendente attribuisca agli interessi in campo consistenza, la quale non può essere ricondotta al legislatore in quanto è considerato inidonea a svolgere tali prestazioni nell'ambito societario – prestazione conflittuali con la funzione di garanzia ai cittadini di diritti di natura civilistica e sociali di impianto costituzionalistico.<sup>136</sup>

E, dunque, la potestà normativa delle autorità indipendenti verrebbe a delinearsi come «*polo normativo autosufficiente*», unico attore di un processo normativo destinato a concretizzare in azioni delle scelte di natura politica. Nella fattispecie agendo in assenza di *legem*, i regolamenti delle autorità indipendenti, si porrebbero come fonte unica della disciplina sostanziale della materia in esame.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup>*Ibidem.*

<sup>135</sup>E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti: problemi e conseguenze*, in [www.Astrid-on line](http://www.Astrid-online.it), 2006.

<sup>136</sup>A. SANDULLI, *Funzioni pubbliche (e servizi pubblici)*, in *Dizionario enciclopedico del diritto*, Padova, 1996, vol. I, 720-721.

<sup>137</sup>G. DE MINICO, *Regole. Comando e Consenso*, Torino, Giappichelli, 2005, 17 ss.

Sicché, la delega di poteri indefiniti e la riluttanza nell'applicazione di stringenti forme di controllo hanno inevitabilmente rallentato l'assorbimento di siffatto modello nel tessuto ordinamentale.<sup>138</sup>

E tali incertezze continuano ad essere portate all'attenzione degli studiosi proprio in virtù dalle costanti osservazioni che dottrina e giurisprudenza continuano ad effettuare sulla tematica in esame. Appare, dunque, largamente evidente dalle considerazioni fatte quanto sia impellente la necessità di ordinare in un quadro unitario modelli e politiche delle diverse autorità amministrative indipendenti. Considerazioni funzionali all'inasprirsi della critica relativa alla mancanza di legittimazione democratica rivolta sin dalla loro epifania alle autorità.

Il Consiglio di Stato ha chiaramente affermato quanto di seguito: «*il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti non può imporsi su fonti di rango primario*». L'attribuzione di potere normativo ad un soggetto diverso dal legislatore deve obbligatoriamente avere fondamento in una previsione di legge, a tutela dei principi fondamentali dello Stato di diritto, sanciti dalla Costituzione.<sup>139</sup>

Nell'ampia dissertazione da parte della dottrina sulla tematica autorità indipendenti, il dibattito si basa sul fondamento di tale potere normativo, sulla costituzione e sulla collocazione dei regolamenti di tali organi nel panorama delle fonti nonché, infine, dal ruolo svolto dalle amministrazioni indipendenti. È di tutta evidenza, dunque, che nell'effettuare un'accurata analisi del potere normativo delle autorità indipendenti non si può prescindere dalla valutazione del ruolo e della collocazione delle medesime nel sistema istituzionale e, più in

---

<sup>138</sup>M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, Relazione per il corso di formazione per Magistrati amministrativi organizzato dall'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa in collaborazione con il TAR Lombardia, svoltosi il 14 e 15 febbraio 2019 presso il TAR Lombardia.

<sup>139</sup>Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5622; Consiglio di Stato, Sezione per gli atti normativi, parere del 14 febbraio 2005, n. 11603.

generale dalla funzione propria che si intendere assegna alle autorità indipendenti.<sup>140</sup>

Il *format delle* autorità amministrative indipendenti è stato in dottrina ampiamente dibattuto. Alla parte della dottrina, già in precedenza ampiamente trattata, fautrice della teoria della incostituzionalità intrinseca in tali autorità che le vede assegnatarie di un potere che nel nostro ordinamento giuridico dovrebbe sostanzarsi in maniera esclusiva all'interno del circuito della rappresentanza politica si contrappongono le teorie volte alla constatazione che tali organismi operino in adempimento di principi costituzionali quali il già citato art. 97 Cost. o l'art. 3, secondo comma, Cost. - e svolgano una funzione di tutela di valori costituzionalmente protetti come nel caso dell'art. 41 Cost.<sup>141</sup>

La dottrina prevalente riconosce la volontà di attribuire ad organismi preposti la gestione di settori altamente tecnici, e portatori di ampi interessi, come una forma di tutela di diritti costituzionalmente riconosciuti che va concretizzarsi proprio attraverso l'espletamento da parte delle autorità amministrative indipendenti della funzione di controllo e di garanzia del corretto funzionamento del libero mercato e quella di contrasto a situazioni di disequilibrio quali le circostanze di monopolio o di oligopolio.<sup>142</sup>

Il motivo dell'attribuzione di poteri regolatori - normativi, sanzionatori, provvedimentali, etc. - che consentano l'esplicazione della funzione di

---

<sup>140</sup>A. PREDIERI, *La posizione della Consob nell'apparato amministrativo*, in G. M. FLICK (a cura di), *La Consob. L'istituzione e la legge penale*, Milano, Giuffrè, 1987, 218 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle amministrazioni indipendenti*, *ibidem*, 1 ss.; P. VOICI, *Le prospettive delle amministrazioni pubbliche indipendenti*, in Archivio giuridico "F. Serafini", 1991, 335 ss.; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, 3.

<sup>141</sup>G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Aic, Autorità indipendenti e principi costituzionali*, in Riv. trim. dir. Pubbl., 1997, 146 ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, 1994, 93 ss.; F., Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico rappresentativo*, CEDAM, 2000, 76 ss.; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, 1997, 4 ss..

<sup>142</sup>M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, Il Mulino, 2005, 57 ss.; v. già ID., *Le Autorità indipendenti raccontate agli economisti*, in Diritto Amministrativo, 1993, 18 ss.; F.G. SCOCA, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Studi in tema di liberalizzazioni*, Torino, Giappichelli, 2007.

regolazione è da ricercarsi in tale finalità. Inoltre, è da tenersi in debita considerazione il fatto che le autorità non esercitano funzioni libere nel fine bensì contribuiscano ad attuare l'indirizzo politico espresso mediante atti legislativi di conseguenza esse non ne sono sottratte. Ciò diventa evidente laddove si sposi la teoria che l'indirizzo politico si sostanzia nell'individuazione dei fini dell'azione dei pubblici poteri.<sup>143</sup>

Il potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti rinvia un saldo fondamento nella facoltà del legislatore d'istituire fonti subordinate alla legge.<sup>144</sup>

L'attribuzione di poteri normativi, per le fonti subordinate alla legge, è da individuarsi nel principio di legalità e si collega alla distribuzione di funzioni pubbliche a soggetti «anche al di fuori dell'apparato governativo e ministeriale».<sup>145</sup>

Le Autorità indipendenti, fornendo una risposta alle esigenze manifestate dalla comunità, si aprono ad un'interazione con soggetti "esterni" al circuito rappresentativo, quest'ultimo consente il reale approfondimento delle problematiche del settore alla cui tutela sono preposte e le conseguenti formulazioni di politiche di regolazione settoriale consapevoli e mirate.

Parte della dottrina ha ritenuto criterio fondante delle autorità amministrative indipendenti così come si sono sviluppate in altri paesi – come ad esempio in Francia, Stati Uniti e Gran Bretagna come soluzioni improntate alla limitazione dell'ingerenza del potere politico in ambiti riguardanti tematiche altamente tecniche oltre che delicate per gli interessi sui quali influiscono. Una *vision* che scaturisce da una concezione di Stato diversa, non più attore nella gestione

---

<sup>143</sup>E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Iovene, 2020, 164 e ss.. T. MARTINES, voce *Indirizzo politico*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1971, 134 e ss..

<sup>144</sup>S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2002, 114 e ss.

<sup>145</sup>Cons. St., parere n. 11603 del 2004.

dell'economia e dei pubblici servizi ma controllare l'attività di imprese e gestori privati <sup>146</sup>

Un modello in espansione anche in ragione del requisito specifico delle autorità di mantenere una netta separazione tra la pubblica amministrazione e gli organi politici, nella sua forma di adeguata soluzione alla comprovata insufficienza delle tradizionali formule organizzative nel garantire di fatto il principio di distinzione tra politica ed amministrazione. <sup>147</sup>

Inoltre, costituiscono canali informativi contraddistinti da un elevato livello di competenze tecnico-settoriale, i quali canali forniscono dei dati non condizionati dal governo, dai partiti, dai gruppi d'interesse. A conferma che tali organi costituiscono nuove realtà in linea con la Costituzione esistono numerose disposizioni costituzionali, ulteriore testimonianza di una nuova elaborazione concettuale dell'amministrazione rispettosa dei diritti individuali, antesignane di una emergente nuova concezione dell'amministrazione, ancorata al rispetto dei diritti individuali. <sup>148</sup>

L'introduzione di organismi neutrali quali si prefigurano le autorità amministrative indipendenti rinviene la propria giustificazione nell'esigenza di sottrarre all'ingerenza del potere esecutivo l'esecuzione della legge in ambiti considerati altamente sensibili, per attribuirli ad organismi caratterizzati dal requisito della neutralità rispetto ai contendenti ed ai diversi interessi dei quali questi ultimi siano portatori. <sup>149</sup>

---

<sup>146</sup>A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, 2000, 61 ss.; A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1964, 261 ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, 1994, 3 ss.

<sup>147</sup>N. LONGOBARDI, *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata. Temi, sintesi, approfondimenti*, considerazioni, Giuffrè, 2007, cit., 84 ss.

<sup>148</sup>N. LONGOBARDI, *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata. Temi, sintesi, approfondimenti*, considerazioni, Giuffrè, 2007, 108 ss.

<sup>149</sup>A. M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di A. Segni*, Milano, Giuffrè, 1967, 241 ss.; N. LONGOBARDI, *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata. Temi, sintesi, approfondimenti*, considerazioni, Giuffrè, 2007, 105; G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari (1948)*, Napoli, Jovene, 1990, 152 ss..

Affinché si sostanzi il carattere della neutralità è indispensabile il soddisfacimento di due requisiti:

- posizione di indipendenza dell'organismo – assenza di subordinazione ad altri soggetti in grado di influenzarne l'operato o l'indirizzo;
- assoluta estraneità ed indifferenza nei riguardi degli interessi la cui attività di regolamentazione è diretta.

Ciò che preminentemente caratterizza le autorità amministrative indipendenti è un preponderante grado di indipendenza, la quale inevitabilmente discende dalla tipologia di attività che tali autorità espletano dalla fondamentale funzione regolamentale e di protezione di interessi collettivi in taluni settori altamente tecnici e socialmente rilevanti. Proprio in virtù dell'espletamento di tale funzione si rende necessario un'estesa libertà di azione libera da condizionamenti da parte del potere politico, della burocrazia amministrativa e dei gruppi privati dominanti con la nobile finalità di garanzia verso i cittadini dagli abusi di posizione.<sup>150</sup>

La natura *super partes* assegnata alle autorità amministrative indipendenti dal legislatore, è la *conditio sine qua non* per adempiere efficacemente al ruolo attribuitegli. Le autorità sono organismi che è bene non si trovino in condizioni di subordinazione nei confronti del potere politico come ci ricordano la loro stessa denominazione.

Denominazione utile a ricordare la totale assenza di dipendenza da indirizzi di natura politica, la neutralità tecnica e politica dell'azione da queste ultime esercitata.<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup>C. FRANCHINI, Le autorità amministrative indipendenti, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, n.3, 1988, 549 ss.; G. SILVESTRI, *Poteri attivi e poteri moderatori: attualità della distinzione*, in L. LUATTI (a cura di) *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, 29.

<sup>151</sup>A. M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in Riv. dir. Proc., 1964, 241 ss.

Una concreta esplicitazione di poteri neutrali si riscontra maggiormente nei momenti di crisi della politica, *«quando la razionalità dell'azione dei pubblici poteri si offusca e la legge stenta a realizzare sintesi durevoli e soddisfacenti dell'interesse generale»*<sup>152</sup>

I poteri neutrali sono in realtà titolari di decisioni politiche partecipanti a pieno titolo all'esercizio della sovranità. Come si è detto in dottrina, *«l'indipendenza e la neutralità sono diventate, così, le nuove 'categorie del Politico', i nuovi fondamenti della legittimazione di un sistema istituzionale, prima ancora che normativo, alternativo alla tradizione democratica»*<sup>153</sup>.

Altri autori, parimenti espressi sul punto, hanno osservato che: *«Le autorità amministrative indipendenti sono l'effetto di una crisi della rappresentanza, acuito dalla crisi del sistema dei partiti italiano, che porta alla richiesta di risposta tecnica e indipendente, non politica, alle domande della società»*<sup>154</sup>.

E, ancora, si è osservato che lo Stato: *«gestisce, cerca di gestire, la ricerca del continuo equilibrio fra organizzazioni politiche, sociali, economiche, fra stato e mercato, fra pubblico e privato, fra associazioni, partiti, mercati, imprese, tutte organizzazioni della politeia, dello spazio pubblico, che sta fra stato apparato e società»*<sup>155</sup>.

Una parte della dottrina – come abbiamo ampiamente detto - ha adottato un'impostazione teorica ampiamente critica nei riguardi delle autorità amministrative indipendenti in quanto estranee al circuito della rappresentanza politica considerandole, pertanto, prive di legittimazione democratica. Ritenendo tali organismi organi surrogato del potere politico nei casi in cui quest'ultimo si riveli incapace di adempiere al proprio ruolo.

---

<sup>152</sup>C. SCHMITT, *Das Problem der innerischen Neutralität des Staates* (1930), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, 1958, 41 ss., e in ID., *Il custode della Costituzione* (1931), Milano, Giuffrè, 1981, 149 ss

<sup>153</sup>F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, CEDAM, 2000, 113 ss.

<sup>154</sup>A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, 1997, 40.

<sup>155</sup>*Ibidem*

Nonostante l'ampia letteratura in merito, il dibattito riguardante il fenomeno delle autorità indipendenti corre il rischio di non essere ben sviscerato e ridursi ad una mera monolitica e semplicistica argomentazione. Mentre, al contrario, la tematica risulta complessa per la concomitanza di molteplici istanze: devono coesistere in equilibrio l'esigenza "tecnocratica"; l'autentica affermazione del principio liberale di separazione tra politica e amministrazione; le difficoltà di governo delle società complesse; il mutamento del sistema economico. Mutamento inevitabile causato dal viraggio da un modello di economia diretta - nel quale lo Stato rivestiva il ruolo di attore principale nell'economia - ad un modello in cui lo Stato svolge le funzioni di regolatore del mercato. Ineluttabilmente avviene un secondo mutamento riguardante la concezione delle funzioni amministrative e dei modi del loro esercizio. Le autorità vengono considerate organismi ancorate al diritto ambientate nello stesso *humus* della giurisdizione. Ma nel quale, come affermano alcuni autori,

*«la pienezza del sindacato giurisdizionale, anche nei confronti di una amministrazione (parzialmente) giustiziale, è assolutamente necessaria, giacché garantisce dal rischio, molto concreto, di alterazione dell'equilibrio dei poteri a scapito del giudice e dal rischio, ancora più concreto, specie nel nostro Paese, di uso improprio delle nuove realtà amministrative»<sup>156</sup>*

Tentativi di spiegazioni che vengono ritenute confluenti nella interpretazione più profonda del fenomeno proprio perché trae dall'interno dell'ordinamento i segnali di un mutamento del concetto delle funzioni amministrative e dell'esplicazioni delle sue azioni. Per quanto concerne la giurisprudenza è utile citare sentenza del Consiglio di Stato che recita come segue: *«l'attività di controllo, esercitata in posizione neutra da un organismo indipendente, implica la rigorosa separatezza fra controllore e controllato»<sup>157</sup>.*

---

<sup>156</sup>N. LONGOBARDI, *Amministrazioni indipendenti*, 173 ss.; ID., *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata. Temi, sintesi, approfondimenti*, considerazioni, Giuffrè, 2007, 97ss.

<sup>157</sup>Consiglio di Stato Sez. VI, sent. n. 5106 del 2011

Come si evince da quanto riportato innanzi, il Consiglio di Stato considera la funzione di tutela di valori costituzionalmente garantiti - in particolar modo dagli artt. 21, 31 e 41, 97 Cost. - in attuazione dei quali la legge assegna alle autorità poteri di regolazione e di vigilanza, il motivo fondante per cui vanno riconosciuti alle autorità amministrative indipendenti piena autonomia e indipendenza di giudizio e di valutazione.

Un fenomeno in espansione grazie a due tra loro contrapposte linee di sviluppo<sup>158</sup>:

- da un versante un repentino ampliamento dei settori di grande rilievo sociale, attribuiti al governo di autorità indipendenti - un ampio ventaglio di settore che spazia dalla borsa alle assicurazioni, dal trattamento dei dati personali alle comunicazioni, dai servizi di pubblica utilità agli appalti pubblici, dall'esercizio del diritto di sciopero alla concorrenza, e così via.;
  
- dall'altro la rivendicazione da parte delle diverse autorità amministrative indipendenti di un'autonomia sempre più estesa, che ha visto un conseguente ampliamento della propria sfera d'azione.

Da questa dicotomia emerge la complessità della fenomenologia in trattazione. Espressione di un pluralismo istituzionale che caratterizza gli ordinamenti giuridici contemporanei ripercuotendosi sulla configurazione degli assetti istituzionali.<sup>159</sup>

Dottrina e giurisprudenza hanno dibattuto largamente sulla partecipazione di atti di potestà normativa derivanti dalle autorità. Che tratti di provvedimenti,

---

<sup>158</sup>F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, 10.

<sup>159</sup>A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, 1997, 35 ss.

delibere, decisioni o regolamenti la questione relativa alla partecipazione o meno di tali atti alla categoria delle fonti del diritto è da sempre una tematica di interesse. Unitamente alla tematica riguardante la la collocazione dei regolamenti delle amministrazioni indipendenti. La dottrina si è interrogata sul corretto inquadramento dei regolamenti delle amministrazioni indipendenti non riuscendo a decidere tra tre diversi inquadramenti: atti normativi, atti amministrativi a contenuto generale concreto ma non normativo, atti normativi meramente interni (e dunque non fonti del diritto per l'ordinamento generale. Non è possibile esimersi dal fare delle considerazioni riguardo la scelta di operare una distinzione tra atti amministrativi generali a contenuto normativo e quelli non aventi tale contenuto. Operando tale distinzione di riflesso può venir riconosciuta soltanto ai primi *efficacia erga omnes* mentre l'operatività dei secondi concerne i soli soggetti degli stessi destinatari, si configura esclusivamente per i primi il ricorso in Cassazione per violazione di legge in caso di erronea interpretazione degli stessi da parte dei giudici di merito ed è soltanto per questi ultimi che si applicano le disposizioni preliminari al codice civile - art. 10: pubblicazione, *vacatio*, interpretazione, etc., inoltre non si configura una immediata impugnabilità davanti al giudice amministrativo.

Nella loro qualità di atti normativi secondari<sup>160</sup> i regolamenti necessitano di ricevere in merito a tale quesito una risposta poiché per la loro appartenenza alle fonti del diritto possono godere del relativo *status* giuridico<sup>161</sup>: l'applicazione del principio *iura novit curia* - art. 10 disp. prel. cod. civ., dei principii sulla interpretazione ex art. 12 disp. prel. cod. civ., del principio *nemo jus ignorare censetur* e dell'art. 360 cod. proc. civ. e art. 111 Cost. E cioè la

---

<sup>160</sup>V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959; G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998.

<sup>161</sup>S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, I ed., Milano, Società ed. Libreria, 1901, 18, ss.

ricorribilità in Cassazione per mancata o falsa applicazione delle relative norme.<sup>162</sup>

Restando nel merito del discernimento fra atti normativi secondari e atti amministrativi generali non normativi, è doveroso tenere in mente che i primi si differenziano dai secondi per la generalità ed astrattezza della normativa in esse contenute carattere discendente dall'attribuzione con legge della relativa competenza.<sup>163</sup>

Lo stesso Sandulli, che in precedenza aveva criticato quegli orientamenti dottrinali che ravvisano nella volontà normativa o nella causa normativa o in dati formali l'elemento proprio dell'atto regolamentare afferma<sup>164</sup>: *«rispetto ai provvedimenti concreti della pubblica amministrazione, essi [gli atti della Amministrazione che sono fonti secondarie di produzione giuridica] si distinguono per una forza giuridica peculiare, che consiste appunto nella possibilità di innovare (o completare) l'ordinamento - forza che, in tanto può venir estrinsecata, in quanto l'ordinamento l'abbia espressamente attribuita a una certa autorità, conferendo a questa la cosiddetta potestà regolamentare»*<sup>165</sup>.

In precedenza parte della dottrina aveva affermato: *«rappresenta un truismo l'affermazione che nel regolamento si riscontrano una volontà e una causa (o scopo o funzione) legislativa. Per contro non è certo la presenza o la mancanza di una intenzione legislativa nell'agente a far sì che una disposizione, o un corpo di disposizioni acquisti o non (a seconda appunto di tale intenzione)*

---

<sup>162</sup>A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Padova, Cedam, 1957, 449, ss.; A. CERRI, *Regolamenti*, Enc. giur., XXX, Roma, 1991, 3.

<sup>163</sup>V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *Le fonti normative*, Padova, Cedam, 1984; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970.

<sup>164</sup>A. DE VALLES, *Regolamenti ministeriali e ordinanze generali*, in *Foro italiano*, 1951, IV, 97 ss.; ID., *La norma giuridica*, in *Scritti in onore della Cedam*, vol. II, Padova, Cedam, 1953, 402 ss.; M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro italiano*, 1953, III, 18 ss.

<sup>165</sup>A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1970, 5.

*natura regolamentare. la certezza del diritto esige che tale natura inerisca ai caratteri obbiettivi - e immediatamente rilevabili - delle disposizioni; e appunto in tali sensi è orientata la normazione sulla produzione giuridica»<sup>166</sup>.*

È stato ampiamente individuato come il termine regolamento sia presente in ogni atto normativo distinto dalla legge. Per la sua emblematica eterogeneità - sia per il ventaglio di soggetti titolari sia per la varietà degli atti di esplicazione di tale potere - la potestà regolamentare è facilmente definita. In seguito numerosi sono stati gli ulteriori criteri utilizzati dalla dottrina per individuarne l'azione regolamentare.<sup>167</sup>

Tra tutti, particolarmente sentito è l'azione regolamentare di introdurre precetti *erga omnes*.<sup>168</sup>

Secondo questa teoria, la generalità dell'atto normativo trova riscontro in un elemento identificativo del potere la capacità di rivolgersi a tutti i soggetti dell'ordinamento e per tanto di introdurre norme generali.<sup>169</sup>

La lungimiranza intuitiva di Esposito dell'eguaglianza come pari soggezione formale alla legge, elemento connotativo dei moderni ordinamenti deriva dalla evidente circostanza che unicamente atti dotati di tale capacità possono porre precetti suscettibili di entrare a far parte del sistema normativo generale.

Nel ritrovarsi ad esprimere un giudizio relativamente alla natura di un decreto ministeriale valutato dal giudice di primo grado: «*atto generale, rivolto agli operatori del settore fotovoltaico, piuttosto che atto normativo indirizzato a tutti i consociati*», il Consiglio di Stato ha ritenuto che laddove la legge si limiti a parlare di decreti pur tuttavia non specificandone il carattere regolamentare,

---

<sup>166</sup>A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1970, 448-449.

<sup>167</sup>G. GRECO, *I regolamenti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 2001; F. CERRONE, *La potestà regolamentare fra forma di governo e sistema delle fonti*, Torino, Giappichelli, 1991, 12 ss.

<sup>168</sup>A. DE VALLES, *Regolamenti ministeriali ed ordinanze generali*, in *Foro italiano*, 1951, IV, 97, e A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile, sub artt. 1- 9, vol. I*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1977, 16.

<sup>169</sup>C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 30 ss.

qualora questi ultimi si connotino di un contenuto normativo, si ritrovano a non poter acquisire connotazione regolamentare anche se manchevoli di tale qualificazione da parte del legislatore.<sup>170</sup>

La natura regolamentare dell'atto non può venire esclusa unicamente per la circostanza che questo si applichi solo agli operatori di un determinato ambito, e non ai consociati, poiché siffatta considerazione risulterebbe negare natura normativa ad ogni previsione settoriale. La teoria che circoscrive la natura di atto normativo ai meri casi in cui lo stesso riguardi tutti i consociati è considerata inammissibile dal Consiglio di Stato, il quale, sull'argomento si esprime come segue: «[...] *Non può certamente essere condivisa la conclusione secondo cui un atto può essere qualificato come normativo soltanto se si indirizza, indistintamente, a tutti i consociati. L'ordinamento conosce innumerevoli casi di disposizioni "settoriali" della cui natura normativa nessuna dubita. Ciò in quanto la "generalità" e l'"astrattezza" che, come comunemente si riconosce, contraddistinguono la "norma", non possono e non devono essere intesi nel senso di applicabilità indifferenziata a ciascun soggetto dell'ordinamento, ma, più correttamente, come idoneità alla ripetizione nell'applicazione (generalità) e come capacità di regolare una serie indefinita di casi (astrattezza). Il carattere normativo di un atto non può pertanto essere disconosciuto solo perché esso si applica esclusivamente agli operatori di un settore (nelle specie ai titolari di impianti per la produzione di energia da fonte solare) dovendosi, al contrario, verificare, se, in quel settore, l'atto è comunque dotato dei sopradescritti requisiti della generalità e dell'astrattezza. In relazione a tale profilo, non può non richiamarsi l'elaborazione giurisprudenziale che ormai da tempo, utilizza, proprio, al fine di distinguere tra atto normativo e atto amministrativo generale, il requisito della indeterminabilità dei destinatari, rilevando che è atto normativo quello i*

---

<sup>170</sup>Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 9 del 4 maggio 2012.

*cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori(essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti»<sup>171</sup>.*

In questa espressione il Consiglio di Stato si è rifatto gli esiti della giurisprudenza, la quale per discernere tra atto normativo e atto amministrativo generale, ricorre al requisito della indeterminabilità dei destinatari. Differenziando l'atto normativo per la presenza di destinatari indeterminabili sia *a priori* che *a posteriori* - conseguenza della generalità e dell'astrattezza - dall'atto amministrativo generale i quali destinatari indeterminabili *a priori*, ma indubbiamente determinabili *a posteriori* in quanto atto finalizzato a regolare in linea con la sua natura amministrativa una determinata vicenda, e non un ventaglio indeterminati di casi, esaurita la quale i suoi effetti terminano.<sup>172</sup>

Queste chiare espressioni non si limitano a confutare la natura normativa dei regolamenti delle autorità indipendenti bensì forniscono un chiaro ed utile criterio di distinzione degli stessi atti delle varie amministrazioni indipendenti fra atti regolamentari e atti amministrativi generali. Indubbiamente è necessario approfondire il dibattito disquisendo relativamente la questione della distinzione degli atti amministrativi normativi, da altri tipi di atti amministrativi e in particolare dagli atti amministrativi generali privi di contenuto normativo.<sup>173</sup>

---

<sup>171</sup>*Ibidem*

<sup>172</sup>G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000.

<sup>173</sup>C. TUBERTINI, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della pubblica amministrazione*, in *Rivista di diritto processuale amministrativa*, 1999, 1076 ss.

Riuscire a determinare una linea di demarcazione tra le due diverse tipologie di atti amministrativi è un'impresa per ragioni molteplici. Occorre tenere presente debitamente che di frequente le stesse autorità amministrative indipendenti utilizzano sia l'una che l'altra tipologia di atti non operando di fatto alcuna distinzione tra i due generi, né nel *nomen iuris*, né nell'*iter* formativo dell'atto. Frequentemente la legge stessa permette tale azione della cosiddetta fuga di regolamento ponendo norme generiche ed indeterminate che rendono l'individuazione della natura dell'atto ostica all'interprete. Distinzione non agevole in ragione dell'esistenza di provvedimenti amministrativi con rilevanza normativa solo indiretta, che si presenta come una categoria intermedia fra le due tipologie.<sup>174</sup>

Nell'operare una distinzione dell'atto regolamentare dagli altri atti amministrativi non normativi risulta fondamentale una duplice caratteristica:

- che l'atto sia dotato di forza innovativa - e dunque sia in grado di innovare l'ordinamento giuridico - carattere intrinseco a tutte le fonti di produzione giuridica indipendentemente dal fatto che le stesse abbiano di fatto carattere normativo;
- che l'atto sia dotato di una funzione normativa - e dunque abbia come scopo l'introduzione di norme giuridiche. Funzione presente in tutte le fonti giuridiche ma necessaria esclusivamente nelle fonti secondarie<sup>175</sup> la caratteristica è la loro finalità - fin dall'atto legislativo in cui trovano fondamento - introdurre norme giuridiche.

---

<sup>174</sup>A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1970, 11 ss.

<sup>175</sup>3 A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Padova, Cedam, 1957, 451-452.

Questo è un elemento distintivo degli atti regolamentari rispetto agli atti amministrativi.<sup>176</sup>

Quanto sopra trattato invita a concludere che anche il potere regolamentare delle amministrazioni indipendenti ha una funzione normativa – è fatto loro obbligo giuridico di adozione di norme utili a regolare gli ambiti di appartenenza ed il cui contenuto trova nella legge attributiva di competenza il proprio fondamento, e l'attribuzione di disciplina della materia. Il loro potere normativo viene così a configurarsi come espletamento di una funzione che ha il suo vincolo nella Costituzione. Va tenuto conto, come sopra precedentemente argomentato, in merito alla distinzione fra atti amministrativi generali e regolamenti<sup>177</sup> che sono esclusivamente questi ultimi a godere anche del carattere della astrattezza sicché trattano una disciplina astratta. Altresì, gli atti amministrativi generali vengono utilizzati per situazioni già definite, la cui disciplina è stata già prevista nell'antecedente fonte giuridica in cui il potere amministrativo stesso trova il suo cardine. Citando autorevole dottrina «*la "forza innovativa" (id est, il "carattere di fonte di produzione") "va considerata come sufficiente elemento di differenziazione della categoria, la concretezza della fattispecie avuta di mira va considerata come attributo essenziale degli atti che in essa rientrano "e quindi come indizio di riconoscimento"*»<sup>178</sup>

Gli atti amministrativi generali secondo Sandulli non possono mai considerarsi atti normativi proprio in considerazione della circostanza che l'astrattezza inerisce al concetto di norma. Ai fini della determinazione della normatività dell'atto il carattere della astrattezza dimostra che l'atto è manchevole della capacità di rivolgersi ad una generalità di soggetti non individuati - né individuabili - *a priori*. Il requisito della generalità appartiene anche ai meri atti amministrativi generali i quali soddisfano specifiche esigenze pubbliche.

---

<sup>176</sup>F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, 2.

<sup>177</sup>Coniglio di Stato, *Adunanza Plenaria*, sentenza n. 9 del 4 maggio 2012.

<sup>178</sup>A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Padova, Cedam, 1957, 452.

Sandulli aggiunge che «*Rientrano nella categoria dei meri atti amministrativi generali i bandi di concorso o di gare (che sono dei veri e propri inviti alla generalità), gli ordini di censimento, gli ordini di mobilitazione civile e quelli di precettazione generale, i blocchi e gli sblocchi di merci in periodo di contingentamento, gli ordini di conferimento di merci agli ammassi, i provvedimenti apertura, di chiusura o di limitazione della caccia e della pesca, le fissazioni e le proroghe di termini (non disposti in via normativa) di adempimenti cui siano tenuti soggetti indeterminati (presentazione di domande per pubblici concorsi o gare, denunce e pagamenti di tributi, compilazione e i questionari di censimento, ecc.).*»<sup>179</sup>

Il Sandulli, dunque, ritiene che trattasi di atti volti a risolvere esigenze pubbliche pur rivolgendosi a soggetti istituzionalmente non individuati *a priori* dalla Amministrazione. Non si dimostra sufficiente che l'atto si rivolga ad una generalità di soggetti affinché possa parlarsi di atto regolamentare, si rende necessario che le disposizioni siano indirizzate a regolare in astratto una serie di circostanze future. Sandulli fa rientrare tra i regolamenti le disposizioni sulla circolazione per le vie cittadine impartite mediante i regolamenti di polizia urbana (art. 109 n. 5 reg. com. e prov.) e nell'applicazione di questi, le disposizioni sull'orario di apertura e di chiusura dei pubblici esercizi (art. 96 TUPS), le determinazioni delle aliquote dei tributi, le determinazioni dei prezzi di autorità *et similia*. Contrariamente a quanto ritenuto da Giannini il quale, non unica voce fuori dal coro, dissente dal ritenere che la stessa natura regolamentare delle disposizioni riguardante la pubblica circolazione possa traslarsi alla determinazione delle aliquote tributarie.<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup>A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Padova, Cedam, 1957, 453.

<sup>180</sup>M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro italiano*, 1953, III, 19; A. DE VALLES, *Regolamenti ministeriali e ordinanze generali*, in *Foro italiano*, 1951, IV, 98; M.S. GIANNINI, *Sulla potestà normativa in materia tributaria delle Regioni*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, 1223; G. GUARINO, *Legge e regolamento*, in *Foro italiano*, 1953, I, 121; R. TREVES, *Regolamenti in deroga alla legge*, in *Giurisprudenza italiana*, 1953, I, 2,

La dottrina sostiene che sia la natura politica delle decisioni sia un elemento caratterizzante dell'attività legislativa, mentre la normazione secondaria può considerarsi quale espressione di un'autonomia fondata nella legge e di conseguenza trattasi di attuazione delle scelte politiche compiute da quest'ultima. Coerentemente con quanto postulato dal principio di legalità ogni potere normativo secondario necessita di trovare il proprio fondamento nella legge.<sup>181</sup>

Principio che viene utilizzato in un'accezione meramente formale allorquando si ritiene sufficiente l'attribuzione di potere regolamentare da parte della legge pur senza alcun vincolo di contenuto, nell'accezione sostanziale quando alla legge viene richiesto il vincolo di palesare anche i criteri a cui l'atto regolamentare deve attenersi, i limiti di intervento della fonte secondaria e la disciplina generale della materia. Non è mancato da parte della dottrina il dibattito sulla tematica del significato del principio di legalità ed il ruolo di quest'ultimo in un ordinamento democratico.<sup>182</sup>

A tal proposito, sempre il Sandulli afferma: «*Il principio di legalità negli ordinamenti democratici contemporanei comporta che la potestà di normazione in questione non possa svolgersi se non "sul fondamento" di una legge e "nel rispetto delle leggi" (a quest'ultimo riguardo v. l'art. 4 delle disposizioni sulla legge in generale: "i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni di legge")*»<sup>183</sup>

Principio riconosciuto unanimemente<sup>184</sup> ma che non ha asfaltato la tendenza degli esecutivi di espandere la propria potestà regolamentare e nemmeno si è

---

13; E. TOSATO, *Sulla natura giuridica delle leggi tributarie*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, Cedam, 1950, I, 617.

<sup>181</sup>V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Cedam, 1963, 223 ss.; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967, 434 ss.; A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1970, 7 ss.

<sup>182</sup>S. FOIS, Legalità (principio di), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 659 ss.;

<sup>183</sup>A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1970, 8.

<sup>184</sup>L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, 1966, 120 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, I, Premesse

smesso di registrare tesi dottrinali volte a giustificare l'esistenza di una potestà normativa dell'esecutivo.

Il legame fra legge e regolamento ha costituito un dibattito dottrinale ampio e di non semplice risoluzione, non potendo essere misurato con i nodi teorici quali il rapporto fra principio democratico ed esigenze della efficienza, fra competenze tecnico-professionali e il principio della rappresentanza politica e della legittimazione democratica, le problematiche relative a tale rapporto vanno esaminate con riferimento alla fotografia del momento storico in cui le stesse si sono riscontrate. Tale consapevolezza spinge alcuni autori a teorizzare l'ambivalenza delle relazioni implicate<sup>185</sup> ed utilizza un approccio prudente e realistico che eviti l'inefficienza, l'incapacità di far fronte ai problemi conduce al deperimento dei valori della democrazia ma anche la incapacità di controllare le forze interne ed esterne all'apparato pubblico. Negando il pluralismo giuridico si giunge ad una impensabile struttura di mero comando, la sua esasperazione opera il deperimento di un potere responsabile e governante. In epoca monarchica, una volta operata una limitazione alla contrapposizione fra due tesi: la prima riteneva necessario l'intervento dell'atto legislativo, la seconda tesi ravvisava il fondamento del potere regolamentare nella discrezionalità di cui gode l'esecutivo.

Tale dicotomia rispecchiava la evidente competizione per la supremazia nel potere fra Parlamento e monarchia.<sup>186</sup>

Nel periodo statutario - periodo di subordinazione della pubblica amministrazione al governo la tensione dialettica per la contrapposizione fra le tesi che individuavano nella potestà regolamentare della pubblica

---

generali, Padova, Cedam, 1967; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, 1967, 94 ss.

<sup>185</sup>CERRI A., Regolamenti, in Enc. giur. Treccani, XXVI, Roma, 1991, 4.

<sup>186</sup>G. ZANOBINI, *Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in Archivio giuridico "F. Serafini", 1922; G. ZANOBINI, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, 145 ss.; A. DE VALLES, *Il fondamento del potere regolamentare*, in Rivista di diritto pubblico, 1930, 145.

amministrazione un'erogazione del potere altamente discrezionale<sup>187</sup> e le tesi ritenevano necessaria un'attribuzione di competenza da parte della legge al potere esecutivo rispecchiavano il conflitto fra parlamento ed esecutivo. Tra le antitetiche ricostruzioni si fecero strada una moltitudine di teorie fra cui riscosse maggior successo quella sposata anche da Cammeo il quale afferma: «*il potere regolamentare non esiste che laddove sia appositamente accordato; ma questa autorizzazione non ha d'uopo d'essere espressa e speciale e di derivare da una legge; può essere tacita e generale, può fondarsi direttamente sulla costituzione o sulla consuetudine*»<sup>188</sup>

Le due teorie venivano contrapposte dal Cammeo denominando le due rispettivamente “teoria autoritaria” e “teoria democratica”. Va valutata su questa specifica tematica l'inesattezza di quella parte della dottrina che afferma la completa subordinazione della pubblica amministrazione al governo. Queste posizioni dottrinali risultano completamente dimentiche del modello di pubblica amministrazione tratteggiato nella Costituzione repubblicana. La quale rigetta il postulato della assimilazione esecutivo-pubblica amministrazione e della assoluta subordinazione della seconda al primo.<sup>189</sup>

Precedentemente all'intervento della Costituzione, al potere regolamentare era già stato attribuito un ruolo diverso in ragione dei molteplici rapporti intercorrenti fra ordinamento particolare e ordinamento generale. In merito Santi Romano precisa: «*In generale può dirsi che i regolamenti sono una manifestazione tipica delle particolari autonomie, cioè delle potestà di darsi*

---

<sup>187</sup>A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento*, in Scritti di diritto pubblico, Città di Castello, 1900, 33 ss. G. ZANOBINI, *Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in Archivio giuridico “F. Serafini”, 1922; A. De Valles, *Il fondamento del potere regolamentare*, in Rivista di diritto pubblico, 1930, 145.

<sup>188</sup>F. CAMMEO, *Le manifestazioni di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in Trattato di diritto amministrativo, vol. III, Milano, 1901, 147.

<sup>189</sup>M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra Costituzione formale e costituzione materiale*, in Studi in memoria di V. Bachelet, vol. II, Milano, Giuffrè, 1987; M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione della)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. I, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondato da G. Treccani, 1988; M.S. GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, Padova, Cedam, 1988; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, 63 ss.

*da sé un ordinamento giuridico, che lo Stato attribuisce a taluni suoi uffici o istituti, ad enti pubblici con propria personalità, talvolta anche a privati che esercitano funzioni e servizi pubblici»<sup>190</sup>.*

A seguire Santi afferma che la facoltà regolamentare è circoscritta da un criterio negativo e da diversi criteri positivi. Il criterio negativo è costituito dal concernere una materia che non sia totalmente precisata da altre norme giuridiche, specialmente legislative. Il criterio positivo è costituito dai limiti di tali materie, la potestà regolamentare può esercitarsi secondo principi che sono diversi per i regolamenti con efficacia soltanto interna ed i regolamenti con efficacia più generale. Non si può esimersi dal considerare che in tale occasione Romano ricorda, anche se in maniera problematica la *administrative legislation* affermatasi negli Stati Uniti.<sup>191</sup>

Basandosi sulla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, Santi Romano considerala potestà regolamentare della pubblica amministrazione fondata sul principio di autonomia di quest'ultima. Ciononostante ritiene necessaria una legge affinché la potestà regolamentare abbia facoltà di esplicare i propri effetti anche nell'ordinamento generale.

Tali riflessioni hanno avuto risonanza fino all'epoca repubblicana. L'attribuzione di un potere regolamentare quale espressione di una sfera di autonomia costituzionalmente fondata, pur necessitando di un fondamento legislativo, può considerarsi un'azione ampiamente giustificata con il principio pluralistico affermato nella Costituzione del 1948.

Nuovi orizzonti problematici sono esplorati dalla Costituzione è più precisamente il fondamento del potere regolamentare dal ruolo della legge nel sistema delle fonti ad una organizzazione del sistema delle fonti del diritto non strutturato secondo il principio gerarchico, ma costituito dal principio di

---

<sup>190</sup>S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1947, 283.

<sup>191</sup>S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1947, 283; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico (1918)*, Milano, Giuffrè, 1962

competenza; dal riconoscimento delle autonomie (art. 5 Cost.) all'esplicitazione di numerosi poteri regolamentari. Discorso differente va operato per l'ordinamento repubblicano, all'interno del quale anche il problema del fondamento del potere regolamentare assume un significato diverso, giacché la Costituzione, da un lato, traccia il livello primario delle fonti del diritto – sistema che si presenta tendenzialmente chiuso mentre lascia aperto il livello secondario concedendo alla legge la possibilità di istituire fonti secondarie.<sup>192</sup> La legge, pertanto, non riveste più il ruolo di massima fonte dell'ordinamento, venendo inserita all'interno di un quadro non caratterizzato esclusivamente dal principio gerarchico bensì pluralistico, in cui fattore principale diviene il principio di competenza quale criterio di ripartizione dei settori di influenza delle diverse fonti dell'ordinamento.<sup>193</sup>

### **2.3. La sanzione commiata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ad Intesa San Paolo per pratiche commerciali scorrette: il provvedimento n. 28156 del 18 febbraio 2020**

La sanzione commiata dall'Agcom ad Intesa San Paolo S.p.A. (d'ora innanzi ISP) nell'ambito del provvedimento n. 28156 del 18 febbraio 2020 ha avuto ad oggetto una serie di condotte poste in essere da quest'ultima, a decorrere dal mese di aprile dell'anno 2017, nell'ambito della principale attività cui la società è dedita, ossia la commercializzazione di contratti di mutuo immobiliare<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup>S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 691; G.U. RESCIGNO, *I regolamenti ministeriali secondo la Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, 1055; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II*, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II*, 1, Cedam, 1963, 134; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1987 - XII,5 ss..

<sup>193</sup>F. SORRENTINO, *Fonti del diritto*, Genova, Ecig, 1986.

<sup>194</sup> *Intesa San Paolo – Vendita abbinata ai mutui: provvedimento n. 28156/2020*, p. 1, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

In particolare, la contestazione elevata consisteva in «*aver indotto i consumatori intenzionati a stipulare i suddetti contratti di mutuo immobiliare, a sottoscrivere polizze assicurative di vario genere, tra cui, ad esempio, incendio e scoppio, polizze a garanzia del credito e polizze sulla vita, commercializzate dalla Banca, ponendo tale sottoscrizione come condizione di fatto per la concessione del finanziamento*»<sup>195</sup>.

In forza di ciò, il giorno 12 giugno 2019 veniva avviato un procedimento istruttorio nei confronti di ISP, nell'ambito del quale si procedeva allo svolgimento di una serie di accertamenti, dalle cui risultanze si evinceva che:

- nel mese di aprile dell'anno 2017, l'IVASS trasmetteva la segnalazione di un consumatore secondo cui l'ISP era da ritenersi responsabile di attuare pratiche scorrette.
- Secondo il segnalante, infatti, quest'ultima aveva subordinato la concessione del mutuo in proprio favore alla stipulazione di un'assicurazione che gli avrebbe garantito copertura assicurativa nelle ipotesi di morte, invalidità permanente e disoccupazione, come pure comprovato dalla documentazione a corredo di tale segnalazione. Nel medesimo senso deponiva il tenore della lettera trasmessa dalla stessa filiale di ISP al consumatore, nell'ambito della quale si ribadiva *apertis verbis* la subordinazione del mutuo alla stipulazione di tale polizza;
- a ciò si aggiunsero, nell'intervallo di tempo luglio 2017-settembre 2019, molte altre segnalazioni, effettuate da molti altri soggetti, aventi ad oggetto tutti il medesimo schema, ossia la veicolazione dell'erogazione del mutuo alla sottoscrizione di una polizza assicurativa.
- Nel mese di dicembre 2018, in seguito all'avvio di un'indagine avviata da Altroconsumo circa gli abbinamenti tra surroghe e polizze assicurative, *ivi* comprese le assicurazioni relative ad incendi e scoppi,

---

<sup>195</sup> *Ibidem*.

con riferimento agli accertamenti effettuati presso la sede ISP di Milano si evinceva che quest'ultima *«non aveva proposto alla sua clientela la possibilità di trasferire la polizza incendio e scoppio originariamente stipulata con la banca che ha erogato il mutuo oggetto di sostituzione, vincolando l'erogazione alla sottoscrizione di una nuova polizza incendio e scoppio offerta e commercializzata da ISP»*<sup>196</sup>.

- Sul piano prettamente commerciale, le evidenze acquisite relativamente alla politica di abbinamento delle polizze adottate da ISP hanno evidenziato come quest'ultima operasse al sol fine di massimizzarne quanto più possibile la vendita ricollegandole alle pratiche di concessione mutui e surroghe. Più nel dettaglio, i monitoraggi attenzionati hanno rivelato che *«le azioni attivate per il raggiungimento dell'obiettivo erano piuttosto articolate e prevedevano:*
  - *la presenza dello specialista in specifici incontri volti a sensibilizzare la rete vendita;*
  - *il monitoraggio costante per la verifica delle motivazioni delle mancate coperture dei mutui con le polizze a protezione del finanziamento;*
  - *l'intervento dello specialista direttamente rivolto ai gestori meno propensi alla proposizione delle stesse polizze, per cui, non infrequentemente, in fase di acquisizione della domanda di mutuo si programmava anche l'intervento del direttore della filiale o del coordinatore per rafforzare la proposizione»*<sup>197</sup>.
- Nondimeno, l'istruttoria svolta aveva portato alla luce una notevole mole di reclami diretti a ISP, aventi ad oggetto, per la maggiore, l'obbligatorietà di vendite promosse come facoltative ma, sul piano sostanziale, strettamente interconnesse alla concessione del mutuo.

---

<sup>196</sup> Intesa San Paolo – Vendita abbinata ai mutui: provvedimento n. 28156/2020, p. 2, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>197</sup> Intesa San Paolo – Vendita abbinata ai mutui: provvedimento n. 28156/2020, p. 4, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

Inoltre, la Relazione sui presidi di conformità Intermediazione assicurativa e previdenziale poneva in luce *«una ripetuta proposizione commerciale non corretta da parte del personale della Banca, i cui comportamenti anomali nella proposizione commerciale (cd. misselling) sono un ambito specifico del collocatore dei prodotti assicurativi»*<sup>198</sup>.

A ciò si aggiungevano le preoccupazioni emerse dall'esame della corrispondenza della banca, la quale si rivelava fortemente preoccupata di un probabile intervento regolatorio da parte delle Autorità. Difatti, con nota del 28 dicembre 2018, quest'ultima si rivolgeva alle proprie filiali asserendo: *«Tenuto anche conto della particolare attenzione riservata dai Regolatori alla tematica e con l'obiettivo di intercettare tempestivamente possibili situazioni di misselling, dovranno essere monitorate accuratamente le modalità con le quali le filiali perseguono gli obiettivi di budget per accedere al sistema incentivante»*<sup>199</sup>.

In punto di diritto, atteso che le prassi commerciali scorrette attengono alla materia bancaria, come disposto dall'art. 27, co. 1-bis, codice del consumo, si provvedeva, in relazione alla vicenda *de qua* alla richiesta di formulazione di parere alla Banca d'Italia. Pertanto, in data 6 febbraio 2020, tale ultima Autorità osservava che la normativa attinente alla trasparenza nel compimento di operazioni bancarie, permette a quanti operano nei servizi di intermediazione finanziaria di offrire alla propria clientela non solo dei contratti di finanziamento, ma anche pattuizioni aggiuntive (incluse quelle di natura amministrativa), ferma, in ogni caso, l'osservanza di procedure interne volte a garantire:

- *«una valutazione dei rischi (anche legali e reputazionali) connessi con l'offerta contestuale di più contratti);*

---

<sup>198</sup> *Ibidem.*

<sup>199</sup> *Ivi.*

- *la comprensibilità per i clienti della struttura, delle caratteristiche e dei rischi tipicamente connessi con la combinazione dei prodotti offerti contestualmente;*
- *la corretta inclusione del TAEG dei costi dei servizi accessori connessi con il contratto di credito;*
- *il rispetto, nell'ambito delle procedure di commercializzazione, dei principi di trasparenza e correttezza;*
- *che le forme di remunerazione e valutazione del personale e della rete non incentivino la vendita congiunta in misura maggiore rispetto alla vendita separata qualora il contratto offerto congiuntamente al finanziamento sia facoltativo. Con specifico riguardo al credito immobiliare ai consumatori, in base all'art. 120-octiesdecies del Testo Unico Bancario, i pacchetti che prevedono un abbinamento con altri prodotti o servizi finanziari distinti possono essere offerti e commercializzati purché il contratto di credito sia disponibile per i consumatori anche separatamente»<sup>200</sup>.*

Nel merito, l'Agcm ha osservato che l'attività di commercializzazione posta in essere da ISP rientrava nell'ambito di un contesto rispetto al quale il potenziale cliente rivestiva una posizione di forte vulnerabilità. Invero, nell'ambito di trattative che attengono alla stipulazione di un mutuo, quandanche ci si riferisca ad ipotesi di surroga, il consumatore rappresenta la parte più debole di un rapporto *ex sé* sbilanciato, dal momento che quest'ultimo non gode di alcuna certezza né rispetto alla concessione del mutuo né tantomeno può contare sulla tempestività dello stesso, in quanto entrambi gli ultimi aspetti sono, allo stato dell'arte, rimessi ad una decisione unilaterale dell'istituto di credito<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> *Intesa San Paolo – Vendita abbinata ai mutui: provvedimento n. 28156/2020*, pp. 10-11, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>201</sup> *Ibidem*.

Seppur palesemente squilibrata, quella descritta è una relazione che si inserisce all'interno di un contesto giuridico nell'ambito del quale la vendita congiunta di mutui (o surroghe) – polizze assicurative è pienamente consentita, sebbene esclusivamente nel rispetto di alcune precise condizioni, dettate dall'art. 120-*octiesdecies* del Testo Unico Bancario (recante «*Pratiche di commercializzazione abbinante*»), il quale consente espressamente la vendita abbinata di un contratto di credito ed altri prodotti finanziari, sempre che il contratto venga reso disponibile per il consumatore anche separatamente.

Ad opera dell'art. 28 del D. l. 24 gennaio 2012, tale principio è stato integrato da ulteriori disposizioni, in ossequio alle quali: «*le banche e gli intermediari finanziari possono condizionare l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo alla stipula di un contratto di assicurazione ovvero possono abbinare un contratto di assicurazione all'erogazione del mutuo o del credito purché accettino, senza variare le condizioni offerte per l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo, la polizza che il cliente vorrà presenterà o reperirà sul mercato; in tali casi, la polizza presentata dal cliente deve avere contenuti minimi corrispondenti a quelli richiesti*». Nel medesimo senso si esprime l'art. 120 *quinquies* del codice delle assicurazioni private («*Vendita abbinata*»), il quale, al comma terzo, sancisce che: «*se un prodotto assicurativo è accessorio rispetto a un bene o un servizio diverso da un'assicurazione, come parte di un pacchetto o dello stesso accordo, il distributore di prodotti assicurativi offre al contraente la possibilità di acquistare il bene o il servizio separatamente*».

Ebbene, osserva l'Agcm, sulla scorta del quadro normativo richiamato, non esiste alcuna preclusione normativa alla pratica osservata dall'ISP di porre in essere vendita abbinata di mutui immobiliari e polizze assicurative, sempre che il consumatore sia posto nella condizione di scegliere e di poter reperire sul mercato, in maniera autonoma, una polizza assicurativa che egli ritenga più conveniente di quella propostagli dall'istituto erogante il credito. È proprio

nell'ottica di tale funzione, infatti, che l'ordinamento ha previsto, a tutela del consumatore, una copiosa modulistica informativa e contrattuale, nell'ambito della quale deve darsi atto della natura facoltativa delle polizze assunte a protezione del finanziamento.

Tanto premesso e con riferimento alle condotte concretamente attuate da ISP, *«dalle risultanze istruttorie è emerso un complesso di elementi probatori che indica come ISP abbia svolto pressioni per condizionare indebitamente i consumatori ad acquistare, in abbinamento al mutuo o alla surroga, polizze assicurative di incendio o scoppio a protezione del finanziamento, emesse da compagnie assicurative dello stesso gruppo societario e collocate dalla stessa banca. Ciò risulta dimostrato dall'adozione di politiche aggressive nel collocamento abbinato a fronte di numerosi reclami e in presenza di un chiaro interesse economico della banca in un contesto di elevate percentuali di abbinamento tra mutui/surroghe e polizze assicurative, monitorate dalla stessa banca, peraltro consapevole delle criticità connesse. Non rileva, quindi, ai fini della configurabilità di una pratica aggressiva, la circostanza che le vendite abbinate in esame, come detto, siano consentite dall'ordinamento e che le informative documentali e la modulistica contrattuale di ISP siano asseritamente conformi alle previsioni normative. Parimenti, non rileva il fatto che le polizze a protezione del finanziamento siano qualificate come facoltative»<sup>202</sup>.*

Del pari, l'Autorità osserva che, contrariamente a quanto dedotto a propria discolpa dall'istituto bancario suddetta attività, qualificabile come di controllo e di implementazione, non rientra nel perimetro dell'ordinaria tensione commerciale finalizzata a collocare il prodotto polizza assicurative in abbinamento ad ulteriori prodotti (mutui/surroghe). Essa, infatti, *«considerati i dati quantitativi sugli abbinamenti, è, invece, finalizzata a mettere in atto un*

---

<sup>202</sup> Intesa San Paolo – Vendita abbinata ai mutui: provvedimento n. 28156/2020, p. 12, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

*sistema di vendita che, sfruttando il potere della banca, altera la scelta consapevole dei consumatori ad acquistare polizze assicurative in abbinamento a mutui/surroghe»<sup>203</sup>.*

Neppure, prosegue il provvedimento, appare condivisibile la tesi di ISP secondo cui l'attività esercitata a livello inter-regionale rappresenterebbe un'iniziativa commerciale autonoma della Direzione coinvolta, in quanto non rientrante nei suoi strumenti di rendicontazione.

All'uopo, infatti, viene sottolineato che *«la banca, in quanto organizzazione complessa, che peraltro ha fornito prova di aver impartito alle direzioni regionali indicazioni, orientamenti ed ordini in senso diverso da quanto anzidetto, deve in ogni caso ritenersi responsabile delle azioni commerciali compiute dai suoi direttori di area, di filiale e di dipendenti con funzione di vendita»<sup>204</sup>.*

Un profilo non trascurabile è quello relativo all'interesse economico, ambito rispetto al quale viene evidenziato come la pratica commerciale analizzata abbia avuto luogo nell'ambito di un contesto caratterizzato da un concreto interesse economico della banca a collocare polizze incendio e scoppio a protezione del credito sul mercato, come comprovato da molteplici provvigioni, alcune anche di elevati importi, che le compagnie assicurative hanno corrisposto ad ISP.

Concludendo, l'Agcom ha osservato che se, da un lato, il quadro normativo di riferimento consente agli istituti di credito di operare un contestuale collocamento di polizze assicurative con la concessione di mutui, dall'altro non poteva non osservarsi che *«il complesso degli elementi probatori acquisiti dev'essere valutato unitariamente all'adozione di politiche aggressive, in un contesto di elevate percentuali di abbinamento mutui/surroghe e polizze assicurative monitorate dalla stessa banca, peraltro consapevole delle criticità*

---

<sup>203</sup> *Ibidem.*

<sup>204</sup> *Ivi.*

*connesse, dimostra come quest'ultima abbia sfruttato la propria posizione di potere, esercitando sui consumatori un'indebita pressione, in modo da limitarne notevolmente la capacità di prendere una decisione consapevole e non consentendo loro di poter scegliere liberamente polizze di terzi e non della banca stessa»<sup>205</sup>.*

Sulla scorta di tutto quanto dedotto, dunque, l'Autorità concludeva per la violazione degli artt. 24 e 25 codice del consumo da parte della banca ISP e, tenuto conto della gravità e della durata della violazione accertata, provvedeva a sanzionare quest'ultima per il compimento di pratiche commerciali scorrette.

## **CAPITOLO TERZO**

### **PROFILI CONTROVERSI**

#### **3.1. Il problema della legittimità costituzionale**

In virtù delle osservazioni rese fino a questo momento, appare condivisibile la posizione di quanti sostengono che la potestà sanzionatoria delle Autorità amministrative indipendenti non debba essere considerata unicamente secondo un'accezione negativa. Invero, com'è stato opportunamente osservato, il potere sanzionatorio attribuito a quest'ultime risponde, da un lato, all'esigenza di assicurare il regolare svolgimento delle attività di pubblico interesse, dall'altro a quella di preservare l'interesse pubblico all'identificazione (e conseguente punizione) di quanti non osservano le regole sottese ai procedimenti pubblici<sup>206</sup>. In tale prospettiva, dunque, *«le autorità indipendenti possono essere considerate, in qualche misura, un settore nel quale si sperimentano modelli innovativi di esercizio del potere sanzionatorio»<sup>207</sup>.*

---

<sup>205</sup> *Intesa San Paolo – Vendita abbinata ai mutui: provvedimento n. 28156/2020*, pp. 13-14, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>206</sup> TRIMARCHI M., *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in «Il diritto dell'economia», v. 26, n. 82, 2013, p. 85.

<sup>207</sup> CLARICH M., *Presentazione*, in FRATINI M. (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, pp. 31 ss.

Nonostante ciò, l'orientamento prevalente ha preso le distanze dalla tesi che, facendo leva sulla funzione meramente strumentale che la potestà sanzionatoria delle Autorità amministrative indipendenti assolve rispetto a quella di regolazione, afferma che tale ultimo potere venga a declinarsi secondo modelli pratici del tutto differenti rispetto a quelli tracciati dalla legge n.689/1981. All'uopo, deve tenersi in considerazione che il complesso di disposizioni normative e di istituti cui, in genere, si ancora il potere di regolazione delle *authorities* dipende, in buona sostanza, dalla disciplina che regolamenta il procedimento entro il quale quel determinato potere trova espressione e non dalla sanzione come atto finale e/o i presupposti che ne legittimano l'adozione. Ne consegue che, qualora il potere di istruire la pratica e quello di determinazione della sanzione vengano a coincidere in capo al medesimo soggetto, ciò significa, in buona sostanza, che il momento di determinazione della sanzione da parte dell'Autorità è concepito come una particolare *species* della più ampia attività di vigilanza e controllo che quest'ultima svolge, senza che alcun rilievo venga attribuito alla funzione assolta dalla sanzione irrogata<sup>208</sup>.

Altresì, per completezza espositiva, deve darsi atto che a sancire il definitivo superamento della soluzione organizzativa prospettata innanzi è stato l'intervento della legge n.262/2005, il cui art. 24 ha sancito *apertis verbis* che tutti i procedimenti a carattere sanzionatorio promossi innanzi alle autorità Consob, Covip, Isvap e Banca d'Italia devono aver luogo nella piena osservanza del principio di separazione tra quanti assumono le decisioni nella fase istruttoria e quanti, invece, in quella di individuazione della sanzione, alla stregua di quanto l'ordinamento giuridico italiano prevede per la determinazione della pena. Trattasi di una regola che, come stabilito dalla delibera Agcm n.23863 del 6 settembre 2012, trova applicazione anche nelle

---

<sup>208</sup>*Ibidem.*

ipotesi in cui il procedimento di accertamento dell'infrazione venga interrotto per intervento di una decisione con impegni. In merito, la citata comunicazione recita: *«Resta fermo che le decisioni concernenti gli impegni devono accertare che l'intervento dell'Autorità non è più giustificato, senza giungere alla conclusione dell'eventuale sussistenza dell'infrazione. Il rapporto di mutua esclusione che esiste tra questo tipo di decisione e l'irrogazione della sanzione non consente, infatti, di inferire dalla disciplina alcunché in ordine alla funzione della sanzione come atto [...] La predisposizione dei programmi di clemenza nel diritto antitrust indubbiamente evoca un utilizzo in chiave promozionale del potere sanzionatorio ed è espressione di un sistema che non assume come propria funzionalità principale quella di infliggere una punizione al trasgressore, ma non incide sulla funzione della sanzione una volta irrogata»*. Se ne deduce, quindi, che la strumentalità della funzione di regolazione che le Autorità svolgono attiene perlopiù alla disciplina del potere, incidendo ben poco sulla sanzione strettamente intesa come atto<sup>209</sup>. Ma se così è, come alcuni autori hanno osservato, *«non sembra corretto traslare sul piano della natura della sanzione, intesa come atto, elementi che appaiono significativi esclusivamente sul piano della descrizione dei proli funzionali dell'attività sanzionatoria delle Autorità indipendenti complessivamente considerata»*<sup>210</sup>.

Ebbene, a tale osservazione altra parte della dottrina ha prontamente replicato che tra le molteplici argomentazioni invocate a suffragio della propria tesi dai sostenitori della natura strumentale della potestà sanzionatoria delle Autorità amministrative indipendenti ne ricorrono alcuni che non attengono al potere di infliggere sanzioni considerato ad ampia sfera, quanto, più segnatamente, al provvedimento punitivo in quanto tale. Di contro, però, non può non darsi atto del dato per cui *«il principale di tali argomenti, desumendo la strumentalità*

---

<sup>209</sup>TRIMARCHI M., *op. cit.*, p. 86.

<sup>210</sup>CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 162 ss.

*della sanzione alla regolazione dalla discrezionalità di cui le Autorità indipendenti sono titolari nella determinazione del quantum, si fondi su una distinzione invero assai controversa: quella tra discrezionalità amministrativa, che si vorrebbe sussistente nelle sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti, e discrezionalità giudiziale, che si vorrebbe sussistente – in analogia alla pena – nelle sanzioni disciplinate dalla l. n. 689/1981»<sup>211</sup>.*

Ad alimentare le numerose perplessità manifestate dalla dottrina prevalente circa la validità della tesi secondo cui la funzione assolta dalle sanzioni comminate dalle Autorità sia del tutto differente rispetto a quella delle sanzioni amministrative di natura ordinaria ricorrono non solo gli «*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento n.1/2003*», designati, nel 2006, dalla Commissione Europea, ma anche il dato per cui «*le istituzioni hanno funzioni manifeste, osservabili o attese, e funzioni latenti, non riconosciute e non intenzionali. La punizione, in particolare, non svolge semplicemente l'ovvia funzione di castigo del criminale e di deterrente generale contro il crimine, ma anche quella di preservare i sentimenti collettivi o valori condivisi. Essa ha la funzione di mantenere tali sentimenti allo stesso livello di intensità, che sarebbe inevitabilmente destinato a diminuire se le offese arrecate a questi sentimenti non venissero punite*»<sup>212</sup>.

Stante questa premessa, dunque, è di agevole intuizione come la pretesa di individuare per ogni tipologia di sanzione prevista dall'ordinamento italiano una o più funzioni principali, in forza delle quali poterne escludere, semmai, delle ulteriori, si riveli, essenzialmente, vana.

Invero, i modelli classificatori incentrati sul solo criterio funzionale, si rivelano di un'utilità sempre più dubbia, dal momento che, quantomeno in generale, all'individuazione della specifica funzione che una sanzione assolve sul piano

---

<sup>211</sup>*Ibidem.*

<sup>212</sup>*Ivi.*

delle concretezze non è ricollegata alcuna conseguenza in punto di diritto, eccezion fatta per le ipotesi in cui sia lo stesso ordinamento a stabilire, a monte, che un provvedimento punitivo rivesta una ben specifica e predeterminata funzione, come avviene per l'art. 27, comma 3, Cost. (disposizione che, com'è noto, cristallizza la funzione di rieducazione sociale del condannato della sanzione penale)<sup>213</sup>.

Quel che occorre tenere ben presente, dunque, è che la plurifunzionalità della sanzione non è prerogativa esclusiva della potestà punitiva delle Autorità indipendenti: difatti, *«ritenere che il sistema sanzionatorio descritto dalla legge n. 689/1981 assolva principalmente ad una funzione general e special preventiva, non implica affermare un'estraneità della funzione sanzionatoria rispetto al quadro dell'amministrazione e dei suoi modelli di attività. Quando la sanzione sia posta a garanzia di interessi devoluti a un'amministrazione, l'attribuzione ad essa di una funzione sanzionatoria può significare un completamento nel quadro degli strumenti dell'amministrazione per la tutela di quel certo interesse, e in particolare può consentire all'amministrazione di realizzare un intervento più adeguato (...). Se invece la sanzione amministrativa è posta a garanzia di interessi di ordine diverso (ipotesi verificatasi con frequenza in occasione delle depenalizzazioni), l'attribuzione all'amministrazione della funzione sanzionatoria comporta di regola anche la devoluzione all'amministrazione della cura dell'interesse protetto dalla norma sanzionatoria»*<sup>214</sup>. A ben vedere, trattasi della medesima *ratio* sottesa alla sanzione penale, la quale, a norma dell'art. 27, comma 3, Cost., *«non tende principalmente o tantomeno esclusivamente all'accertamento della giusta punizione, essendo rivolta prima di tutto, alla rieducazione, ossia ad un*

---

<sup>213</sup>TRIMARCHI M., *op. cit.*, pp. 87-88.

<sup>214</sup>TRIMARCHI M., *op. cit.*, p. 89.

*interesse pubblico specifico, distinto dall'interesse alla realizzazione di un'astratta giustizia ordinamentale»<sup>215</sup>.*

Emerge con evidenza, dunque, la difficoltà di operare una distinzione, sul piano funzionale, tra le sanzioni che le Autorità amministrative indipendenti hanno il potere di infliggere e quelle previste *ex lege* n.689/1981.

Nel medesimo senso si esprime anche la normativa sovranazionale, come comprovato dall'art. 65, par. 1, Direttiva 2013/36/UE adottata in data 26 giugno 2013, disposizione in cui le istituzioni comunitarie riconoscono espressamente in capo agli Stati membri dell'UE la facoltà di non procedere con provvedimenti di natura amministrativa alla repressione di condotte a fronte delle quali i singoli legislatori nazionali hanno già disposto l'intervento di sanzioni di matrice penalistica.

Di qui è agevole dedurre come la tendenziale fungibilità che intercorre tra la sanzione penale e quella amministrativa di carattere generale operi anche con riferimento alle sanzioni amministrative adottate dalla Autorità amministrative indipendenti, circostanza che consente di concludere per l'inesattezza della tesi che vuole la funzione di tali ultimi provvedimenti sanzionatori differente rispetto a quelle delle cd. sanzioni amministrative ordinarie<sup>216</sup>. Dunque, se, da un lato, non è errato affermare che, attraverso l'esercizio della potestà sanzionatoria le Autorità amministrative indipendenti riescano a connotare di effettività la propria potestà di regolazione, è altrettanto vero, dall'altro, che i provvedimenti sanzionatori adottati non possono ritenersi non afflittivi nei confronti di coloro che ne sono destinatari né tantomeno può ritenersi che essi non assolvano una funzione di deterrenza e prevenzione<sup>217</sup>.

Tanto premesso e dedotto, deve poi rilevarsi come le Autorità amministrative indipendenti non siano andate esenti da critiche per quel che concerne il profilo

---

<sup>215</sup>*Ibidem.*

<sup>216</sup>TRIMARCHI M., *op. cit.*, pp. 89.

<sup>217</sup>*Ibidem.*

della legittimità costituzionale, dal momento che le stesse non solo non sono espressamente contemplate nell'ambito della Carta fondamentale, ma sono anche titolari di funzioni che, prescindendo dall'ordinaria ripartizione dei poteri tra i diversi organi dello Stato, risultano in grado di incidere, anche in maniera piuttosto significativa, sui diritti e sulle libertà fondamentali. Di qui, i principali noti problematici attinenti alla legittimità delle stesse sul piano costituzionale e alla loro legittimazione<sup>218</sup>.

Invero, in virtù della particolare collocazione di cui quest'ultime godono nell'organizzazione statale e dei particolari compiti di controllo e garanzia che esse sono chiamate a svolgere, le Autorità costituiscono un'eccezione di non scarso rilievo al tradizionale modello amministrativo dello Stato italiano, ragion per cui si pone, rispetto alle stesse, da un lato il problema della loro legittimità costituzionale, dall'altro, quello della loro legittimazione democratica.

A ben vedere, il primo profilo risulta scarsamente problematico: la carenza di legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti sul piano costituzionale è diretta conseguenza dell'assenza di un esplicito riferimento alle stesse nella Carta costituzionale: difatti, a farne espressa menzione sono solo le leggi ordinarie dello Stato, rispetto alle quali si rende necessario, di volta in volta, verificare tanto la conformità dei poteri che la legge parlamentare attribuisce a ciascuna Autorità con le norme costituzionali quanto il grado di incidenza dei poteri loro conferiti sui diritti e sulle libertà fondamentali degli individui la cui tutela, per espressa previsione della stessa Costituzione, è riservata ad altri organi o enti<sup>219</sup>.

In termini nettamente più delicati, invece, si pone la questione relativa alla legittimazione democratica.

---

<sup>218</sup>SCREPANTI S., *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, n. 4, p. 376 ss.

<sup>219</sup>*Ibidem*.

Ebbene, muovendo dall'assunto della necessità di una legittimazione in quanto imprescindibile giustificazione di potere, non può non tenersi in debita considerazione che, in deroga all'ordinaria organizzazione dell'apparato amministrativo del sistema nazionale, le Autorità amministrative indipendenti godono di poteri e funzioni che, come più volte osservato, sono in grado di incidere direttamente sul piano costituzionale. Quel che preme porre in rilievo, dunque, è il dato per cui la riflessione sulla legittimazione di cui le Autorità godono sul piano democratico non può prescindere dal ricondurre a sistema il ruolo che esse rivestono nell'organizzazione dei pubblici poteri così com'è declinata nell'attuale forma governativa del Paese, ossia, altrimenti detto, in riferimento al rapporto libertà-autorità. Ne deriva che, nell'accezione qui d'interesse, la legittimazione debba essere intesa come unità di misura del consenso di cui le Autorità godono e, conseguentemente, come parametro di accettazione delle stesse<sup>220</sup>.

Ma trattandosi di due profili indissolubilmente interconnessi tra loro, ecco che, com'è stato opportunamente posto in evidenza da alcuni autori, il profilo della legittimità costituzionale e quello inerente la legittimità democratica finiscono, inevitabilmente, per sovrapporsi.

È innegabile che nell'*iter* di legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti un ruolo di primo piano sia stato assolto dalla Riforma del Titolo V della Costituzione (legge cost. n. 3/2001), grazie alla quale quest'ultime hanno trovato un pieno riconoscimento dal punto di vista funzionale quali organi deputati a migliorare, attraverso il loro operato, la protezione dei diritti e dei valori cristallizzati nella Carta costituzionale, sancendone, in definitiva, il ruolo di organi di garanzia<sup>221</sup>.

In seguito alla proposizione della questione di legittimità costituzionale sollevata dall'AGCM (ordinanza n. 1/2018), il Giudice delle leggi è stato

---

<sup>220</sup>SCREPANTI S., *op. cit.*, p. 378.

<sup>221</sup>*Ibidem*.

nuovamente investito dell'argomento, pronunciandosi in ordine ai provvedimenti disciplinari adottati dal Consiglio notarile di Milano relativi alla sussistenza di intese restrittive della concorrenza.

Più segnatamente, in disamina ateneva all'art. 93-ter, co.1 bis, legge n.89/1913, a tenore del quale: «*Agli atti funzionali al proponimento del procedimento disciplinare si applica l'art. 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287*», il quale, a sua volta, prevede che: «*le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizione di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati*».

Per effetto della norma da ultimo richiamata, dunque, il potere disciplinare di cui ciascun Consiglio notarile gode nei confronti dei notai iscritti presso il proprio distretto, non essendo soggetto al controllo *antitrust*, è, per l'effetto, esente anche dal controllo da parte dell'AGCM.

Ebbene, nell'ordinanza di risposta (n.13/2019), la Consulta ha escluso la legittimazione dell'AGCM al sollevamento della questione di costituzionalità della procedura sanzionatoria finalizzata ad indagare l'esistenza di intese aventi natura restrittiva e ciò in virtù della natura «*spiccatamente amministrativa*» delle Autorità.

L'argomentazione addotta dalla Corte presta il fianco ad una serie di riflessioni suppletive circa non solo la natura della Autorità e della funzione che esse svolgono nell'impianto normativo interno, di cui si è ampiamente detto in precedenza, quanto, soprattutto, in relazione al profilo qui di precipuo interesse. Com'è noto, la ragion d'essere delle *authorities* è da ricercare nel modello dello Stato regolatore proprio del diritto d'oltreoceano, ossia di un ordinamento che, in maniera deliberata, sceglie di non dedicarsi alla gestione diretta delle attività di natura economica e sociale, ma di limitare, piuttosto, il proprio impegno alla predisposizione di tutto l'impianto normativo e strumentale necessario allo

svolgimento di tali compiti da parte dei privati, senza che ne conseguano pregiudizi per interessi pubblici considerati di primaria rilevanza (quali la tutela della salute, dell'ambiente e dei consumatori)<sup>222</sup>.

Come pure già si è detto, ad ulteriore garanzia della neutralità del ruolo tecnico che esse svolgono, il legislatore ha previsto l'indipendenza della autorità, rimettendo l'organizzazione e la regolazione dei settori cd. sensibili in cui esse operano ad organismi terzi (e dunque sostanzialmente indifferenti) rispetto agli interessi regolati. Ed è proprio in virtù della posizione di terzietà ed imparzialità riconosciuta alle Autorità, nonché alla particolare funzione para-giurisdizionale che esse rivestono che l'ordinanza del Giudice delle leggi dev'essere interpretata.

Invero, nell'ambito del provvedimento n.13/2019, la Corte costituzionale ha escluso la legittimazione dell'AGCM alla proposizione della questione di legittimità costituzionale, ritenendo che, seppur, da un lato, è dato incontrovertibile che, rispetto a tutte le altre Autorità indipendenti costituite per la regolazione dei mercati, l'AGCM detenga poteri del tutto peculiari, potendo persino, nell'ambito dell'assolvimento della propria funzione principale (ossia garantire la corretta applicazione della normativa disciplinante la libera concorrenza), ricorrere a poteri analoghi a quelli che l'ordinamento pone in capo alla sola autorità giudiziaria (si pensi, ad esempio, all'adozione di poteri di natura inibitoria, ordinatoria e sanzionatoria di cui agli artt. 15 e 19 legge n.287/90), dall'altro, prosegue la Corte, non può non darsi atto del dato per cui tale funzione sia più correttamente configurabile come para-giurisdizionale<sup>223</sup>.

Ma dal momento che, in passato (sul punto si rimanda, per una più approfondita disamina, all'*infra* 3.3), la nozione di giudice *a quo* accolta dalla giurisprudenza costituzionale era certamente molto più ampia (arrivando, finanche, a

---

<sup>222</sup>GRASSO, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale all'Autorità antitrust. Considerazioni a margine della sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Giuris. Cost.*, n.1/2019, pp. 138-140.

<sup>223</sup>*Ibidem*.

comprendere, soggetti privati come le commissioni e i collegi arbitrali), la perentoria esclusione, ad opera della stessa Consulta, di spazi residui di legittimazione alla proposizione della questione di legittimità costituzionale in capo all'AGCM ha destato non poche perplessità in capo alla dottrina.

Sul punto, infatti, si è osservato che *«l'AGCM agisce su un piano di terzietà soggettivo caratterizzato, più che dalla ponderazione, dall'indifferenza rispetto agli interessi coinvolti. Dunque, da un lato, il ruolo delle authorities nell'ordinamento non è limitato al momento difensivo di un diritto o di una libertà costituzionale o ad interventi che creino le condizioni per il pieno esercizio di quel diritto o quella libertà, ma si spinge oltre, arrivando a risolvere contenzioni insorti fra privati, imprese ed altri utenti attraverso quello che è stato definito un sillogismo tipico del ragionamento giudiziario»*. Dall'altro, il procedimento davanti all'AGCM è creato sul modello del giusto processo, nel rispetto delle garanzie del diritto di difesa e del contraddittorio (che si esplica in una serie di atti quali l'accesso al fascicolo, deposito di memorie, partecipazione all'istruttoria, audizione in contraddittorio tra le parti)»<sup>224</sup>.

A ciò deve aggiungersi un'ulteriore (ma di pari rilievo) prospettiva d'analisi: l'esclusione di qualsivoglia spazio residuo di legittimazione in capo all'AGCM in ordine alla facoltà di sollevare la questione di legittimità costituzionale innanzi al Giudice delle leggi si riflette, in senso fortemente deresponsabilizzante, sulla possibilità di instaurare un dialogo costruttivo tra le autorità e i singoli Giudici costituzionali nazionali, profilo rispetto al quale la Corte di Giustizia dell'UE si è più volte espressa<sup>225</sup>.

In particolare, secondo la giurisprudenza sovranazionale, pur qualificandosi come amministrativi da un punto di vista formale, i provvedimenti di natura

---

<sup>224</sup>CHIEPPA, GIOVAGNOLI R., *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 2010, p. 42.

<sup>225</sup>*Ibidem*.

sanzionatoria adottati dall'AGCM devono essere, più correttamente, considerati come sostanzialmente penali, atteso che essi «*perseguono il duplice obiettivo di prevenire e reprimere le condotte anticoncorrenziali con sanzioni di carattere afflittivo*». Per questo stesso motivo, infatti, tali provvedimenti soggiacciono alle medesime garanzie che l'art. 6 CEDU prevede per la sanzione penale.

Allo stato dell'arte, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie si attestano concordi nel ritenere soddisfatto il requisito del sindacato "pieno" del giudice sull'esercizio di discrezionalità tecnica antecedente all'adozione di un provvedimento di ordine sanzionatorio allorquando ricorra la valutazione dell'attendibilità (o anche della plausibilità) della scelta tecnica operata dall'AGCM, ossia, detto altrimenti, ove sia stata accertata «*la compatibilità della stessa con i margini di elasticità del concetto giuridico indeterminato*»<sup>226</sup>.

### **3.2. Nodi critici circa la funzione normativa**

Sovente la dottrina maggioritaria si è detta concorde nel ritenere le autorità amministrative indipendenti un osservatorio privilegiato per i mutamenti che interessano il diritto pubblico e, in maniera particolare, il diritto amministrativo.

In particolare, ad essere, ancora oggi, oggetto di accesi dibattiti è proprio la funzione normativa degli enti in disamina, dal momento che, rispetto a tale profilo, vengono posti una serie di rilievi critici sia con riferimento all'esercizio della stessa che in ordine al fondamento giuridico dello stesso<sup>227</sup>.

Come già detto, un'attenta analisi profilo *de quo* non può prescindere da una riflessione circa il compito che, nell'ambito del nostro ordinamento, le autorità amministrative indipendenti sono chiamate a svolgere, che si sostanzia, in una

---

<sup>226</sup>CAMILI L., CLARICH M., *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in *Arbitri e mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, p. 32.

<sup>227</sup>GRASSO G., *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006, p. 17.

funzione di regolazione di ambiti caratterizzati da elevato tecnicismo. Più segnatamente, «*il proprium delle autorità indipendenti è individuato nella garanzia e nell'espletamento delle funzioni di administrative regulation quale espressione di una moderna e democratica visione dell'amministrazione, non più mero "braccio operativo" delle scelte compiute dalla maggioranza politica, bensì modelli di un'amministrazione e di un diritto dell'amministrazione all'altezza dei tempi, che costituiscono una formula in linea con la Costituzione, nonché antesignana di una emergente, nuova concezione dell'amministrazione, ancorata alla società e al rispetto dei diritti individuali [...] Una concezione, in sintesi, in grado di realizzare finalmente, nella sostanza, i valori costituzionali*»<sup>228</sup>.

Nel corso degli anni sono andate affermandosi diverse forme di partecipazione al procedimento amministrativo dei soggetti interessati, finalizzate a garantire una maggior collaborazione (e non una mera strategia difensiva) di quest'ultimi con l'amministrazione procedente. Ed è proprio nelle garanzie che assistono il procedimento innanzi alle *authorities*, dunque, che la dottrina ha finito per individuare la legittimazione alla potestà normativa delle Autorità, ossia nella cd. democrazia procedimentale<sup>229</sup>.

Secondo i sostenitori di questo orientamento, dunque, «*le autorità ricevono una legittimazione democratica a posteriori. Inoltre, bisogna aggiungere che nell'esercizio delle funzioni decisorie (ad es. adozione di provvedimenti sanzionatori, di carattere interdittivo o pecuniario), le autorità indipendenti sono tenute a seguire procedimenti caratterizzati da elevate garanzie di partecipazione degli interessati. Questa attività, definita dal modello*

---

<sup>228</sup>TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale*, legalità "procedurale" e funzione di regolazione, in *Nomos – La struttura del diritto*, 2017, n. 1. p. 3.

<sup>229</sup>FOGLIA M., *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni regionali*, 2008, p. 559 ss.

*statunitense adjudication, si svolge garantendo il più ampio diritto di difesa non solo agli interessati, ma anche ai controinteressati»<sup>230</sup>.*

Allo stato dell'arte, alcun dubbio più si profila in capo alla dottrina per quanto attiene al riconoscimento di una funzione di regolazione in capo alle Autorità amministrative indipendenti, laddove ancora piuttosto controversa rimane la definizione dei compiti che, nell'esercizio di tale funzione, spettano loro.

Difatti, secondo alcuni, per funzione normativa deve intendersi non solo il tipico intervento pubblico di regolamentazione, bensì anche tutti quei casi rispetto ai quali i soggetti pubblici, allo scopo di garantire la massima efficienza del mercato, assumono una posizione "esterna" allo stesso<sup>231</sup>.

Per altri, invece, l'attribuzione di un così ampio potere normativo in capo alle *authorities* si pone in contrasto con i principi costituzionali di rappresentanza politica e, ancor prima, col principio di legalità<sup>232</sup>. In tale ultima prospettiva, dunque, *«le leggi attributive alle autorità indipendenti della funzione normativa, limitandosi a creare nudi elenchi di valori, sono da considerarsi momenti di assegnazione alla singola autorità di un'ampia discrezionalità»<sup>233</sup>.*

Ne consegue, dunque, che l'esercizio della potestà normativa da parte delle Autorità si contraddistingue per un notevole margine di discrezionalità (e ciò già dalla fase preliminare di rilevazione dei dati), ragion per cui il relativo processo decisionale verrebbe, in ogni caso, a concludersi con l'adozione di un atto volitivo<sup>234</sup>.

Quella parte di dottrina che critica aspramente la potestà normativa riconosciuta alle Autorità invoca a proprio conforto l'assunto secondo cui il regolamento delle autorità amministrative indipendenti conferisca maggiore concretezza

---

<sup>230</sup>GIANI L., *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, p. 72.

<sup>231</sup>*Ibidem*.

<sup>232</sup>DE MINICO G., *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2012, p. 721 ss.

<sup>233</sup>*Ibidem*.

<sup>234</sup>DE MINICO G., *op. cit.*, p. 724.

agli interessi controversi, tale che «*la potestà normativa delle autorità indipendenti verrebbe a configurarsi quale polo normativo autosufficiente, che decide di intraprendere, avviare e portare a compimento un processo normativo destinato a concretizzare scelte politiche*»<sup>235</sup>. Muovendosi in uno spazio caratterizzato dal vuoto normativo (si ricordi, infatti, che la legge si limita esclusivamente a conferire alle Autorità un potere normativo in determinati ambiti, null'altro disponendo, sul piano sostanziale, ai fini della regolamentazione della materia), i regolamenti adottati delle Autorità verrebbero, di fatto, a costituire il solo faro normativo di riferimento per l'ambito di regolazione loro devoluto.

Sul piano delle concretezze, la potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti si sostanzia nell'adozione di una serie di atti (delibere, decisioni, provvedimenti e regolamenti), rispetto ai quali, più volte, dottrina e giurisprudenza si sono confrontate, allo scopo di determinare se tali atti potessero (o meno) essere ricondotti nell'alveo delle fonti del diritto e, nell'ambito di tale gerarchia, se dovessero essere qualificati come regolamenti delle autorità indipendenti o, piuttosto, come atti amministrativi generali.

Trattasi, a ben vedere, di un quesito di non scarso momento, atteso che, com'è noto, il nostro sistema giuridico prevede l'applicazione di alcuni principi cardine dell'ordinamento (quali il principio *iura novit curia* ex art. 10 disp. prel. c.c.; il principio *nemo jus ignorare censetur* ex art. 12 disp. prel. c.c., nonché il principio della ricorribilità in Cassazione per mancata o falsa applicazione della legge ex artt. 11 Cost. e 360 c.p.c.) con esclusivo riferimento ad atti giuridici aventi natura normativa. A ciò si aggiunga, poi, che con l'espressione regolamento suole indicarsi qualsivoglia atto normativo diverso dalla legge e (eccezion fatta per alcuni casi tassativi) a quest'ultima subordinato<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup>DE MINICO G., *Regole. Comando e Consenso*, Torino, 2005, pp. 17 ss.

<sup>236</sup>TITOMANLIO R., *op. cit.*, p. 10.

A contraddistinguere la potestà regolamentare, dunque, è proprio la sua eterogeneità, che attiene non solo al novero dei soggetti che possono esserne titolari, ma anche all'ampio catalogo di atti che, di tale potere, sono estrinsecazione. All'uopo si è osservato che *«la generalità di un atto normativo si risolve nella capacità dello stesso di rivolgersi a tutti i soggetti dell'ordinamento. Questa "capacità" viene, dunque, a costituire l'elemento di identificazione del potere di introduzione di norme generali»*<sup>237</sup>.

Dal canto suo, anche il Consiglio di Stato ha ribadito<sup>238</sup> che non può ritenersi accettabile né tantomeno condivisibile la tesi secondo cui un atto possa qualificarsi come normativo al ricorrere della sola ipotesi in cui esso si rivolga alla generalità dei consociati, atteso che *«il carattere normativo di un atto non può essere disconosciuto solo perché esso si applica esclusivamente agli operatori di un settore [...] dovendosi, al contrario, verificare se, in quel settore, l'atto è comunque dotato dei requisiti di generalità ed astrattezza»*. Nel prosieguo, richiamandogli orientamenti più risalenti della giurisprudenza in materia di distinzione tra atto normativo e atto amministrativo generale, ha posto l'accento sul particolare requisito dell'indeterminabilità dei destinatari, affermando che debba considerarsi normativo *«qualunque atto in cui i destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti»*.

È di agevole intuizione, dunque, stante quanto disposto dal Consiglio di Stato, come l'orientamento maggioritario deponga in favore della natura normativa

---

<sup>237</sup>GRECO G., *I regolamenti amministrativi*, Torino, 2001, p. 98.

<sup>238</sup>Cfr. Cons. Stato., Ad. Plen., sent. n.9/2012.

dei regolamenti delle autorità amministrative indipendenti, fornendo, al tempo stesso dei validi elementi di distinzione tra atti amministrativi aventi natura generale e atti amministrativi di tipo regolamentari. A ben vedere, infatti, operare una distinzione tra le due tipologie è un'operazione che si attesta tutt'altro che semplice.

Invero, non solo occorre avere riguardo al dato per cui, nella prassi, è assai frequente che le stesse Autorità amministrative indipendenti utilizzino in maniera indistinta l'una o l'altra tipologia di atti, prescindendo, quindi, sia dal *nomen iuris* che dal procedimento di formazione dell'atto; dall'altro lato, poi, spesso è la stessa legge che, ponendo norme generiche ed indeterminate, agevola la prassi della cd. "fuga dal regolamento", rendendo ancor più difficile l'operazione di esatta individuazione della natura giuridica dell'atto da parte dell'interprete. Invero, «*se la necessaria "capacità innovativa dell'atto" viene a costituire l'elemento di differenziazione dell'atto regolamentare dagli atti che normativi non sono, deve ritenersi, in conformità a quanto sostenuto da autorevole dottrina che, nella distinzione dell'atto regolamentare dagli altri atti amministrativi non-normativi, è necessaria l'esistenza di una duplice caratterizzazione e cioè che l'atto sia dotato, oltre che di "forza innovativa" (e cioè della capacità di innovare l'ordinamento giuridico quale carattere proprio ed essenziale di tutte le fonti di produzione giuridica, indipendentemente dal fatto che le stesse abbiano, poi, concretamente carattere normativo), anche una "funzione normativa" e cioè di avere come scopo l'introduzione di norme giuridiche. Siffatta funzione (normale in tutte le fonti giuridiche) è essenziale soltanto alle fonti secondarie, essendo queste "destinate" fin dall'atto legislativo in cui trovano fondamento ad introdurre norme giuridiche (esecutive, attuative, integrative, etc.). Ed è dunque questa*

*caratteristica l'elemento distintivo degli stti regolamentari rispetto agli atti amministrativi»<sup>239</sup>.*

In virtù di tutto quanto sino ad ora dedotto ed in risposta alle perplessità manifestatesi in dottrina di cui si è dato atto in premessa, è possibile concludere che a consentire l'individuazione del fondamento giuridico della potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti nei precetti di rango costituzionale che istituiscono tali enti e che provvedono alle attribuzioni delle relative funzioni sono, essenzialmente, due fattori, ossia:

- la specifica collocazione di cui le Autorità godono nell'ambito dell'assetto istituzionale;
- il peculiare contenuto di cui la funzione di regolazione si connota in relazione a quest'ultime<sup>240</sup>.

Siffatta giustificazione del potere normativo delle autorità amministrative indipendenti non può, in alcun modo, eludere il problema della necessaria osservanza del principio di legalità: deve, in ogni caso, sussistere una legge che attribuisca quel potere. Ma se ciò è vero (come, di fatto, è vero), è parimenti vero che *«l'espresso riconoscimento del fondamento costituzionale del ruolo assolto dalle autorità amministrative indipendenti, consente di assegnare al sempre necessario intervento legislativo un significato differente. [...] L'individuazione di uno specifico ruolo istituzionale dell'organo titolare del potere regolamentare non opera, pertanto, quale ragione giustificatrice dell'assenza di un fondamento legislativo (e dunque quale limite o negazione dello stesso principio di legalità), ma conduce a riconoscere il duplice fondamento (costituzionale e legislativo) del potere normativo delle autorità indipendenti, giacché l'assegnazione alle medesime del compito di regolazione*

---

<sup>239</sup>DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, 2000, p. 1076 ss.

<sup>240</sup>FENUCCI F., *I regolamenti di autonomia locale*, Milano, 2005, p. 197.

*e di tutela di ambiti espressamente protetti in Costituzione non solo giustifica la relativa potestà normativa, ma ne postula la necessità»<sup>241</sup>.*

Un ulteriore profilo degno di analisi è rappresentato dal fatto che, fin dal loro avvento nel nostro ordinamento giuridico, nella quasi totalità dei casi, i procedimenti svolti innanzi alle Autorità amministrative indipendenti si sono contraddistinti per l'ampia garanzia riservata ai principi costituzionali del regolare contraddittorio tra le parti e dell'effettiva partecipazione di tutti i soggetti interessati (cd. legalità procedurale).

In forza di ciò, dunque, la dottrina ha ritenuto "sanato" quell'originario difetto di legalità sostanziale della potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti, ritenendo, per l'effetto, colmato anche il *deficit* di legittimazione democratica delle stesse<sup>242</sup>.

Tali garanzie, declinandosi diversamente a seconda della funzione (autorizzatoria, normativa o sanzionatoria) che la singola Autorità amministrativa indipendente svolge, prestando il fianco all'introduzione di concetti quali quelli di «*contraddittorio verticale*» (che attiene alle garanzie previste a supporto del diritto di difesa dei singoli e delle imprese che vengano coinvolti nell'esercizio del potere normativo da parte di una determinata autorità) e «*contraddittorio orizzontale*» (che attiene, più dettagliatamente, alle varie forme di partecipazione collaborativa contemplate per i soggetti interessati a fronte delle funzioni di *regulation* delle Autorità amministrative indipendenti)<sup>243</sup>.

Ai sensi dell'art. 23 legge n. 262/2005 (recante «Procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali») ha espressamente sancito che tutti gli atti a contenuto generale e regolamentare (e non, dunque, quelli relativi

---

<sup>241</sup>GRECO G., *I regolamenti amministrativi*, Torino, 2004, p. 659 ss.

<sup>242</sup>CLARICH M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti*, intervento al Convegno *Le autorità amministrative indipendenti* presso il Consiglio di Stato, 9 maggio 2003.

<sup>243</sup>CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 162 ss.

all'organizzazione interna) adottati da Consob, Cosvip, Isvap e Banca d'Italia, «devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono». Altresì, secondo quanto disposto dal comma secondo, a corredo di tali atti dev'essere disposta una relazione che ne illustri le conseguenze in relazione ai seguenti profili:

- regolamentazione generale;
- attività svolte dalle imprese e degli operatori;
- interessi degli investitori e dei risparmiatori.

Ebbene, com'è stato opportunamente osservato in dottrina<sup>244</sup>, la richiamata disposizione ha codificato un principio di carattere generale che assolve la funzione di linea-guida per le Autorità amministrative indipendenti all'atto dell'individuazione del contenuto degli atti di regolazione generale. Difatti, a venire così sancito è il principio di proporzionalità, qualificato come «*criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minor sacrificio possibile degli interessi dei destinatari*»<sup>245</sup>.

Sulla stessa linea si pone, inoltre, l'apposizione del vincolo legislativo all'esercizio della potestà normativa di cui le Autorità godono, consistente proprio nel minor sacrificio possibile degli interessi di coloro che dell'*emanando* provvedimento sono destinatari.

Nel medesimo senso, poi, depongono le prassi della consultazione degli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori, nonché la previsione che periodicamente (o comunque ogni triennio) le Autorità operino una "revisione" del contenuto dei propri atti di regolazione, allo scopo di «*adeguarli all'evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori*»<sup>246</sup>.

---

<sup>244</sup>TITOMANLIO M., *op. cit.*, p. 22.

<sup>245</sup>*Ibidem*.

<sup>246</sup>GAMBARDELLA F., *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio*, 2006, p. 3152.

L'applicazione dei principi di cui all'art. 23 l. n. 262/2005 (ossia motivazione, proporzionalità, relazione illustrativa) è rimessa alla potestà di cui le singole autorità godono, fermo l'onere di dar conto di tutti i casi in cui, in virtù di particolari esigenze riconnesse a casi di necessità, urgenza o riservatezza, l'Autorità procedente deroghi a suddetti principi. Altresì, ancora ai sensi della norma di cui sopra, la potestà regolamentare riconosciuta alle autorità amministrative indipendenti attiene anche all'individuazione delle modalità ritenute più opportune al raggiungimento dell'obiettivo che i procedimenti normativi di loro competenza si propongono di perseguire.

A ciò si aggiunga che, come pure è stato evidenziato in dottrina che «*se la partecipazione degli interessati assicura ai processi decisionali una “adeguata ponderazione”, l'analisi della regolazione (Air) impone alle autorità indipendenti una valutazione ex ante dei possibili effetti dell'atto normativo in corso di adozione, con riguardo ai concreti interessi regolati (ad esempio, in termini di costi/benefici sui cittadini, amministrazioni pubbliche ed imprese)*»<sup>247</sup>.

Se ne deduce, dunque, che se, da un lato, si impone la necessità di operare una distinzione tra le attività cd. di *adjudication* (che consiste nell'adozione di provvedimenti di natura sanzionatoria o inibitoria) rispetto a quella definita di *rule making* (ossia normativa in senso stretto), dall'altro deve senz'altro ribadirsi l'imprescindibile rilevanza che le garanzie partecipative assolvono nell'ambito dei procedimenti innanzi alle autorità indipendenti.

Non a caso, infatti, «*è proprio grazie a tale modulo d'azione che le regole procedurali vengono a svolgere la funzione di correttivo alla perdita di legalità sostanziale e al deficit di legittimazione democratica delle autorità amministrative indipendenti*»<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup>TITOMANLIO M., *op. cit.*, p. 23.

<sup>248</sup>SCREPANTI S., *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, n. 4, p. 377 e ss.

Invero, è proprio la centralità che viene conferita al rispetto del principio del contraddittorio a consolidare, sul piano costituzionale, la *ratio* giustificatrice delle Autorità amministrative indipendenti nella loro declinazione di strumenti di democraticità a presidio della libertà economica dei cittadini. E ciò perché «nei procedimenti che si svolgono dinanzi alle autorità amministrative indipendenti e destinati all'adozione di atti normativi, il principio del giusto procedimento e più specificatamente il principio del contraddittorio vengono a svolgere il ruolo di elemento indefettibile<sup>249</sup>.

L'osservanza di tale principio dev'essere garantita in tutte le fasi in cui si articola il procedimento amministrativo teso all'adozione del regolamento, ragion per cui all'Autorità procedente è fatto onere di *«rendere espliciti, prima dell'adozione delle decisione definitiva, i presupposti e le finalità che giustificano l'intervento pubblico di regolazione. Dopo tale illustrazione, l'Autorità deve sottoporre alla consultazione preventiva dei soggetti interessati (ossia di tutti quanti operano nel settore oggetto di regolazione) la versione dell'atto normativo che intende adottare, affinché i soggetti interessati possano contribuire o essere messi in condizione di partecipare alla formazione della regola della quale risulteranno destinatari»*<sup>250</sup>.

Da ultimo, l'Autorità procedente ha l'obbligo di partecipare le ragioni addotte a supporto della decisione assunta attraverso la motivazione dell'atto adottato, nell'ambito della quale occorrerà dar conto anche dei motivi per cui l'amministrazione ha ritenuto (eventualmente) non condivisibili i contributi forniti in fase di consultazione preventiva<sup>251</sup>.

Ai sensi della legge n. 262/2005 l'obbligo motivazionale è considerato un principio applicabile a tutte le tipologie di atti che le Autorità amministrative indipendenti hanno facoltà di emanare (dunque sia atti aventi contenuto

---

<sup>249</sup>*Ibidem.*

<sup>250</sup>TITOMANLIO M., *op. cit.*, p. 25.

<sup>251</sup>Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 2007 dell'11 aprile 2006.

normativo che non), ragion per cui esso è espressamente contemplato anche all'interno dei regolamenti di funzionamento di ciascuna di esse. Ciò si spiega tenendo conto della funzione che la motivazione assolve nell'ambito del nostro ordinamento giuridico, consiste, nella specifica declinazione qui d'interesse, non solo nel fornire ai controinteressati le ragioni giustificatrici delle decisioni assunte dall'Autorità procedente ma, ancor prima di ciò, le ragioni di interesse pubblico che legittimano l'intervento di quest'ultima.

È proprio sulla motivazione degli atti a contenuto normativo adottati dalle Autorità amministrative indipendenti, infatti, che si innesta, in un'eventuale fase giudiziale, il sindacato giurisdizionale.

Difatti, attesa anche l'estrema rilevanza degli interessi economici in gioco, sul punto la giurisprudenza amministrativa e quella ordinaria si attestano concordi nel ritenere che le funzioni normative attribuite alle Autorità *«non possono più ritenersi di spettanza esclusiva di soggetti dotati di rappresentatività, giacché il policentrismo normativo che caratterizza il nostro ordinamento giuridico (e che si collega alla sempre più vasta distribuzione di funzioni pubbliche fra una pluralità di di soggetti, anche al di fuori dell'apparato governativo e ministeriale) giustifica il potere normativo delle amministrazioni indipendenti, le quali costituiscono una tipologia speciale di soggettività pubblica, che deve sempre avere in un profilo legislativo primario la fonte attributiva del potere e i criteri di fondo che devono presiedere all'esercizio di detto potere. E nella giurisprudenza amministrativa si riconosce che l'esercizio di poteri normativi sia “insito nella natura e nel ruolo delle autorità” in quanto chiamate a regolare e quindi anche a regolamentare, in conformità alle esigenze che via via si pongono nel settore di afferenza, anche e soprattutto sulla base del dato dell'esperienza, della prassi, dell'azione di quanti vi operano. Il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti è dunque giustificato in quanto ricompreso all'interno della funzione di regolazione, il cui esercizio*

*impone il rispetto (controllato dal giudice amministrativo) delle regole del giusto procedimento»<sup>252</sup>.*

Sul punto, l'apporto fornito dal Consiglio di Stato è stato fondamentale, in quanto più volte, all'interno dei propri arresti, il massimo organo di giustizia amministrativa dell'ordinamento giuridico italiano ha ribadito la primaria rilevanza rivestita dalla trasparenza nell'ambito dei procedimenti amministrativi, la cui garanzia soggiace, da un lato, alla piena osservanza delle garanzie partecipative poste a tutela di tutti i soggetti interessati, dall'altro, all'obbligo di motivare (e dunque, in buona sostanza, di giustificare) l'esercizio dei poteri che la legge conferisce alle Autorità amministrative indipendenti.

Ove così non fosse, infatti, quest'ultime risulterebbero *«poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del criterio di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost., secondo cui lo strumento di partecipazione dei soggetti interessati è sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative e costituisce un meccanismo di democrazia sostitutivo rispetto a quello fondato sulla rappresentanza popolare, giacché le regole di formazione amministrativa dell'autorità indipendente provocano una “caduta” della legalità sostanziale, che viene compensata con un rafforzamento della legalità procedurale sotto forma di garanzie del contraddittorio»<sup>253</sup>.*

In buona sostanza, a parere del Consiglio di Stato, l'esercizio della potestà normativa da parte delle Autorità amministrative indipendenti impone l'osservanza di un procedimento di tipo “aperto”, nell'ambito del quale, per conseguenza, trova ampia garanzia anche la legalità sostanziale.

Invero, *«quanto meno è garantita la legalità sostanziale, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme*

---

<sup>252</sup>Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 5622 dell'11 novembre 2008.

<sup>253</sup>Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 2201/2006.

*di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un rilevante impatto sull'assetto del mercato»<sup>254</sup>.*

### **3.3. Tra «strette» e «porte chiuse»: le autorità amministrative indipendenti al vaglio della giurisprudenza costituzionale**

Il tema inerente l'esercizio della potestà normativa e sanzionatoria delle Autorità amministrative indipendenti ha destato nel corso del tempo, anche l'interesse del Giudici delle leggi.

Com'è noto, infatti, secondo quanto previsto dal combinato disposto di cui agli artt. 1 della legge costituzionale n. 1/1948 e 23 della legge n. 87/1953, la proposizione della questione di legittimità innanzi alla Corte costituzionale può essere sollevata, in via incidentale, unicamente nel corso di un giudizio pendente innanzi ad un'autorità giurisdizionale.

L'orientamento assunto, nel corso del tempo, dalla giurisprudenza costituzionale rispetto a tali nozioni si è attestato piuttosto ondivago, circostanza che ha ulteriormente acuito le difficoltà relative all'individuazione di una di unanime linea operativa in materia che fosse sufficientemente definita.

Sicché, mentre in un primo momento la giurisprudenza si è, essenzialmente, orientata per l'adozione di un criterio piuttosto elastico, il quale, basandosi su interpretazioni estensive, ha consentito il superamento di tutte quelle «*strette*

---

<sup>254</sup>Cfr. Consi. Stato, Sez. VI, n. 7972/2006.

*derivanti dalla distinzione tra le varie categorie di giudizi e processi, dai contorni piuttosto incerti e contestati»<sup>255</sup>.*

Successivamente, come già si è avuto modo di sottolineare in altri punti della trattazione, allo scopo di evitare che potessero sopravvivere delle zone “franche” alla verifica di costituzionalità, la Consulta si è lasciata alle spalle questo approccio prevalentemente formalistico, operando un ampliamento dei soggetti legittimati a sollevare il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Alcuni hanno osservato che, con elevata probabilità, *«la ratio sottesa a tale scelta, che potrebbe definirsi “a maglie larghe”, risultava dettata dalla necessità di estendere il proprio campo di azione, al fine di evitare conseguenze gravi, come l’inosservanza dei principi definiti dalla Carta. Un rischio che, ad ogni modo, tende ad essere arginato da un elevato dominio sull’accesso, da parte della Consulta, tale da condurre parte della dottrina ad includere quest’ultima nell’alveo dei «sistemi “forti” di giustizia costituzionale»<sup>256</sup>.*

Ebbene, nell’ambito di uno scenario con tali contorni, il controllo operato dal Giudice delle leggi attiene, in primo luogo, alla sussistenza del requisito oggettivo, consistente nel tipo di funzione esercitata dal rimettente la questione: perché possa sussistere legittimazione attiva ad adire la Corte costituzionale, infatti, quest’ultimo deve ricoprire *«funzioni giudicanti per l’obiettiva applicazione della legge»*.

---

<sup>255</sup>FABRIZI F., *La Corte costituzionale giudice dell’equilibrio tra poteri. Dinamiche istituzionali e conflitti di attribuzione nella più recente giurisprudenza*, Torino, 2019, p. 29 ss.

<sup>256</sup>MARZOCCA M.C., *La Corte Costituzionale fa il punto sulla (non) legittimazione delle autorità indipendenti come giudice a quo*, in rivista AIC, 2020, n. 1, p. 205.

Segue l'accertamento della presenza del requisito di natura soggettiva, consistente nella verifica che il procedimento si stia svolgendo «*alla presenza o sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale*»<sup>257</sup>.

Ebbene, i diversi orientamenti che la giurisprudenza costituzionale ha assunto nel corso del tempo con riferimento alla materia *de qua* si caratterizzavano per protendere perlopiù alla valorizzazione di uno solo dei citati requisiti, approccio, tuttavia, definitivamente superato in seguito.

Invero, fu in seguito all'adozione della decisione n. 129 del 1957 che prese avvio quella che è stata definita la fase di maggiore "apertura" della giurisprudenza costituzionale: in essa, veniva affermato che «*niente c'è nella Costituzione e nelle leggi che regolano la competenza della Corte costituzionale (leggi costituzionali e legge ordinaria), che imponga di escludere i procedimenti di giurisdizione volontaria dal novero di quelli nel corso dei quali possa sorgere una questione di legittimità costituzionale*».

In proposito, il Giudice della legge ha successivamente precisato che «*i termini "giudizio" e "causa" tanto nella legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1, quanto nella legge 11 marzo 1953, n. 87 (art. 23) [...], vengono adoperati in maniera generica e con vario significato*»<sup>258</sup>.

In virtù del richiamato arresto ed in aderenza a quanto *ivi* espresso, la giurisprudenza costituzionale cominciò, dunque, a conferire un maggior rilievo al criterio del preminente interesse pubblico alla certezza del diritto, ampliando il perimetro della giurisdizione volontaria fino a ricomprendere tutti i procedimenti dai quali, in virtù della particolare natura degli stessi, potesse scaturire una questione di legittimità costituzionale.

L'ampliamento del novero dei soggetti ritenuti legittimati a sollevare, in via incidentale, il giudizio di costituzionalità innanzi alla Corte si ebbe pochi anni

---

<sup>257</sup>PATRONI GRIFFI A., *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sent. n. 13/2019 della Corte Costituzionale sull'AGCM: alcune considerazioni in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)*, 2019, n. 3, p. 1.

<sup>258</sup>*Ibidem*.

dopo, ad opera dei noti arresti Mortati (sent. n. 83/1966) e Crisafulli (n.226/1976).

Più segnatamente, nell'ambito del primo tra i richiamati arresti, la Consulta stabiliva che «*per autorità giurisdizionale devono intendersi anche quegli organi che pur estranei all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura, ricoprono una posizione super partes, in quanto sono investiti di una funzione giudicante per l'obiettivo applicazione della legge*»<sup>259</sup>. In tal modo, il perimetro dell'ambito oggettivo del sindacato di costituzionalità della Corte veniva esteso a «*qualsiasi procedimento compiuto alla presenza e sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale*»<sup>260</sup>.

Di qui in poi, la Corte costituzionale prese a valorizzare in maniera precipua la sussistenza del requisito soggettivo ai fini della valutazione dei presupposti necessari al proprio sindacato.

Le medesime motivazioni vennero ripercorse, seppur a grandi linee, nell'ambito della sentenza Crisafulli del 1976, che suscitò molto interesse sia in dottrina che in giurisprudenza atteso che, fu proprio con tale ultima pronuncia, che la Consulta operò un'inversione di rotta rispetto a quanto sostenuto in precedenza. Difatti, nell'ambito della pronuncia n. 226/1976 i giudici costituzionali sancirono, per la prima volta l'assoluta rilevanza rivestita, ai fini della proponibilità della questione di legittimità costituzionale innanzi alla Consulta, del potere decisorio proprio dell'autorità rimettente.

Per un lungo periodo la giurisprudenza costituzionale si era assestata su tale posizione, fino a quando, con un'ulteriore revisione del proprio orientamento, avvenuto con la sent. n. 164/2008, la Corte costituzionale ha negato a

---

<sup>259</sup>Corte Cost., sent. n. 83/1966.

<sup>260</sup>*Ibidem*.

legittimazione del rimettente che goda del solo requisito soggettivo a proporre la questione di legittimità costituzionale innanzi al Collegio<sup>261</sup>.

Malgrado in precedenza l'organo giudicante abbia adottato un'interpretazione particolarmente estensiva, con la pronuncia in esame ha stabilito che le funzioni richieste ad un giudice non devono mai limitarsi a mere azioni amministrative, ossia ad operazioni contraddistinte da procedure «*prive di forme di contraddittorio ed attraverso determinazioni finali prive dei caratteri di decisorietà e di definitività*»<sup>262</sup>. Ciò ha posto le basi per un differente orientamento giurisprudenziale, atteso che lo stesso sottolineava l'essenza del giudice a quo finanche per le figure magistratuali a cui fossero, in una certa misura, riconosciute «*funzioni analoghe*»<sup>263</sup> a quelle menzionate; il tutto allo scopo di evitare, come sostenuto nel presente elaborato, la persistenza di aree non soggette all'accertamento di costituzionalità.

Ebbene, nel suddetto scenario si è introdotta l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che ha richiesto l'intervento della Corte: la decisione di adire il giudice era motivata dalla possibilità di esaminare la legittimità costituzionale dell'anzidetto art. 93 *ter*, comma 1 *bis* L. n. 8930/1913 e del connesso art. 8, comma 2 L. n. 287/1990. La stessa Autorità sottolineava che le prescrizioni impugnate potessero in qualche modo limitare l'osservanza e l'applicazione della L. n. 287 del 1990: in tal modo si infrangeva quanto disposto a livello costituzionale, ossia quanto previsto agli artt. 3, 41 e 117 Cost.<sup>264</sup>.

---

<sup>261</sup>ROMBOLI R., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, 1996, p. 63.

<sup>262</sup> Corte cost., sent. n. 164 del 2008, punto 2.2 del Considerato in diritto. La Corte ha evidenziato che l'assenza di «*un momento suscettibile di configurarsi come propriamente decisorio*» (in relazione all'attività svolta dagli Uffici elettorali circoscrizionali) e «*l'eventuale emanazione di un provvedimento finale privo [...] della definitività*» (Collegio centrale di garanzia elettorale) costituissero un significativo motivo ostativo per il riconoscimento della natura di giudici a quibus agli stessi.

<sup>263</sup> Cfr., STAIANO S., *Essere giudice «a limitato fine». Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 14/2018, pp. 6 ss.; Sul punto, Corte cost., sent. n. 226 del 1976, punto 3 del Considerato in diritto.

<sup>264</sup> Nell'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018, infatti, l'AGCOM ha rilevato come il richiamo all'art. 8, comma 2, della legge n. 287 del 1990 previsto dal co. 1-bis della disposizione succitata (che prevede l'inapplicabilità delle regole antitrust verso quelle imprese che esercitano la «gestione di servizi di interesse economico

Riaffermando la necessità di «*ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che [...] più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte*»<sup>265</sup>, la ricorrente ha rilevato che la mancata analisi della questione avrebbe potuto escludere «*la possibilità di sottoporre la suddetta previsione al sindacato di costituzionalità*»<sup>266</sup>, se non tramite una «*eventuale iniziativa giurisdizionale, del tutto discrezionale, del soggetto privato segnalante, peraltro parte non necessaria del procedimento*»<sup>267</sup>.

In ordine alle presenti considerazioni preliminari, la suddetta Autorità ha evidenziato in che modo la sua operazione fosse estranea a «*qualsiasi condizionamento e controllo dal potere politico, (rendendo nota la propria) soggezione (unicamente) alla legge*»<sup>268</sup>.

Per l'AGCOM si è dinanzi ad una funzione caratterizzata da una specifica ed esclusiva autonomia tanto da esser attribuibile a quell'attività degli organi giurisdizionali, giacché la suddetta Autorità non predilige ma contempera gli eterogenei interessi concorrenti, dovendo (come i giudici e le Corti nazionali) attuare quanto stabilito dalle fonti giuridiche alle ipotesi concrete.

In relazione a tale profilo, tale Autorità Garante ha affermato una «*discrezionalità di tipo tecnico, derivante dall'applicazione di regole tecniche di natura economica*»<sup>269</sup>, probabilmente in occasione dell'intervento della Corte, ovvero al fine di sollecitare quest'ultima a stabilire le stesse considerazioni giurisprudenziali della pronuncia del 1976<sup>270</sup>, considerando che

---

generale») avesse determinato un «*contesto di incertezza in ordine alla competenza dell'Autorità ad esercitare i poteri di cui alla l. n. 287 del 1990 avverso condotte dei Consigli notarili che, benché adottate nel formale contesto dell'attività di vigilanza, non ne condividono le finalità di tutela di interessi pubblici e che, in quanto incidono sulle attività economiche dei notai, sono suscettibili di rilevare ai sensi di tale legge*»

<sup>265</sup> Tale assunto è stato ripreso dall'Autorità rimettente dalla decisione n. 226 del 1976 della Corte (ribadito dai Giudici, di recente, attraverso le sentenze nn. 181 del 2015 e 89 del 2017).

<sup>266</sup> *Ibidem*

<sup>267</sup> *Ibidem*

<sup>268</sup> *Ibidem*

<sup>269</sup> *Si v.*, <https://www.jusforyou.it/giurisprudenza/diritto-amministrativo/autorita-indipendenti/lagcm-e-un-giudice-legittimato-a-sollevare-questione-di-legittimita-costituzionale/>

<sup>270</sup> Cfr., sent. 226/1976 in <https://www.giurcost.org/decisioni/1976/0226s-76.html#:~:text=Sentenza%20n.,226%20del%201976&text=nel%20giudizio%20di%20legittimit%C3%A0%>

fu deliberata la straordinaria opportunità (per la Corte dei conti) di introdurre un giudizio incidentale di costituzionalità, sebbene fosse un organo «*estraneo all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibito a compiti di diversa natura*»<sup>271</sup>.

Per di più e al fine di consolidare la propria elaborazione esplicativa e descrittiva, il medesimo organo ha asserito un «*grado di indipendenza pari alla terzietà che deve avere un giudice* (ovvero ha richiesto che fosse riconosciuto) *ampio spazio ai principi del contraddittorio e della parità delle armi, di chiara derivazione processuale*»<sup>272</sup>. Ciononostante il giudice competente, con sent. n. 13/2019, ha evidenziato che non sussiste alcun elemento relativo alla condizione di terzietà del ricorrente, contestando le trattazioni presentate dalla stessa; tra l'altro la stessa Corte ha sostenuto che la mancanza di terzietà<sup>273</sup> è deducibile dalla posizione assunta dall'AGCOM, giacché siffatto organo rappresenta la controparte del provvedimento contenente l'impugnazione dei suoi provvedimenti. Inoltre, la Consulta ha dimostrato che, in conformità alla lettera dell'art. 21 *bis* L. n. 287/2000, l'Autorità consegue di diritto finanche il ruolo processuale ricorrente nelle ipotesi di impugnativa (innanzi al giudice amministrativo) dei provvedimenti adottati dalle PP.AA. potenzialmente in grado di non rispettare quanto stabilito dalle prescrizioni a tutela della concorrenza e del mercato.

---

20costituzionale%20dell'art.&text=477%20(Delega%20al%20Governo%20per,unico%2C%20primo%20comma%2C%20n.

<sup>271</sup> *Ibidem*.

<sup>272</sup> <http://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/5774807785CDD1CBC1258287005737F3/%24File/o00001.pdf>.

<sup>273</sup> In relazione a tale elemento parte della dottrina sostiene che «*la nozione di "terzietà", identificata a livello costituzionale come proprium della giurisdizione [...]. È stato osservato che il requisito in parola si distingue da quello dell'indipendenza, completandolo nella descrizione della giurisdizione, e che tale carattere si attuerebbe rispettando tre principi di stretto diritto processuale: (i) il principio della domanda (ii) il principio dell'equidistanza, realizzato attraverso quell'equilibrio che solo l'assenza di interessi propri alla decisione può garantire (iii) il principio della c.d. forza della prevenzione*», laddove il rispetto di quest'ultimo avviene «*evitando, per quanto possibile, che un magistrato possa decidere nuovamente, o in nuova forma, una questione già sostanzialmente decisa dal medesimo in altro processo*»; cfr. APERIO BELLA F., *Ceci n'est pas une note de jurisprudence: riflessioni critiche a margine del tentativo dell'Agcm di farsi giudice a quo*, in *Diritto e Società*, n. 2/2018, p. 297.

Partendo da queste considerazioni preliminari, l'organo giudicante ha riaffermato la mera e circoscritta autonomia dell'AGCOM specialmente in ordine al rapporto funzionale che unisce l'organo decisionale (ossia il Presidente) col Segretario.

Siffatte premesse hanno spinto la Corte a contraddire *in toto* le argomentazioni fornite dalla rimettente: con particolare riferimento alla sezione in cui l'Autorità si autoproclamava, in relazione alla realizzazione delle proprie funzioni, alla stregua di un organo giurisdizionale, atteso che non vi era una reale estraneità ed imparzialità della stessa.

Tale conclusione è stata altresì comprovata da altre pronunce giurisprudenziali<sup>274</sup>, le quali hanno asserito nuovamente una «*ontologica incompatibilità tra la posizione di giudice e di parte processuale nel giudizio avverso i propri provvedimenti*»<sup>275</sup>.

Per valicare i confini della censura riguardante la persistenza di questioni estranee al controllo di legittimità, la Corte ha dichiarato che «*esiste una sede giurisdizionale agevolmente accessibile*»<sup>276</sup> nella quale si può sollevare la questione di legittimità costituzionale purché l'iniziativa provenga dal privato o dall'organo giudicante competente a proferire.

In sostanza, l'atteggiamento e la decisione della Consulta non stupisce: di fatto, l'incompletezza e l'infondatezza della richiamata ordinanza si evidenziano francamente nella parte del costrutto secondo cui, occupando una posizione di garanzia, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dovesse esser attribuita una qualche «*indipendenza pari alla terzietà che deve avere un giudice*»<sup>277</sup>. Il tutto era sin dal principio destinato ad esser smentito, soprattutto se si teneva conto della natura dei procedimenti che si attuano (e si concludono)

---

<sup>274</sup> Si v., Cass., I Sez. Civ., sent. n. 12461 del 21 maggio 2018; nonché Cass. SS.UU., sent. n. 1716 del 24 gennaio 2013

<sup>275</sup> Corte cost., sent. n. 13 del 2019, punto 6.1 del Considerato in diritto

<sup>276</sup> [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU\\_299\\_Giudice\\_processo\\_quo.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_299_Giudice_processo_quo.pdf)

<sup>277</sup> <http://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/5774807785CDD1CBC1258287005737F3/%24File/o00001.pdf>

presso l'AGCOM: si parla di procedimenti che in alcun modo sono equiparabili ad una fase processuale, ovvero al processo inteso *in stricto sensu*; nondimeno, l'Autorità identifica (e riveste) il ruolo di «*arbitro*»<sup>278</sup>, siccome assume una veste assolutamente inconciliabile la figura processuale dell'organo magistratuale.

Ammesso che l'essenza dell'ordinanza appaia, in molti aspetti, alquanto coraggiosa, è anche certo che, in ordine alla natura delle Autorità amministrative indipendenti, le posizioni giurisprudenziali sono frequentemente contrastanti.

In tale sentenza, appunto, la Consulta ha nuovamente asserito che l'AGCOM possiede delle funzioni di natura discrezionale: con tali considerazioni la Corte ha assunto una posizione diversa rispetto a quanto dichiarato in altre sentenze<sup>279</sup>, ossia a quelle pronunce in cui è stata sottolineata la funzione prettamente di garanzia delle Autorità.

Ulteriormente, l'estromissione di quest'ultima dal gruppo del giudice a quo è stata motivata dalla presenza di funzioni «*pararegolatori e consultivi* (ovvero sono state dedotte dal grande) *margini di discrezionalità amministrativa*, (la quale contraddistingue l'insieme dei poteri riconosciuti all'AGCOM)»<sup>280</sup>: siffatti poteri comporterebbero la qualificazione della rimettente come

---

<sup>278</sup> In ordine alla funzione di arbitro, il percorso segnato dalla Corte costituzionale ha condotto all'«affrancamento» dello stesso dalla «*funzione negoziale alla funzione giurisdizionale*» (FROSINI T.E., *Arbitrato rituale e giurisprudenza costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 23/2018), riconoscendo come tale istituto abbia mutuato dalla giurisdizione pubblica «*alcuni meccanismi al fine di pervenire a un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del dictum del giudice statale*», atteso che l'art. 824-bis c.p.c., attribuisce al lodo, fin dalla sua sottoscrizione, gli effetti della sentenza pronunciata dall'A.G. (*cf. in terminis* Corte cost., sent. n. 223 del 2013, punto 4 del Considerato in diritto richiamando, in argomento, il precedente n. 376 del 2001). Pertanto, un ulteriore profilo di cui tenere conto ai fini della configurabilità dell'AGCOM quale giudice a quo risiede nella natura dell'attività esercitata, se si considera la circostanza che i provvedimenti adottati dalla stessa non sono idonei a produrre in senso stretto gli effetti del giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c., non costituendo un'attività giurisdizionale propriamente detta, secondo la prospettiva indicata dall'art. 102 Cost.

<sup>279</sup> Si fa riferimento, in particolare, alle decisioni n. 32/1992 (punto 4.1 del Considerato in diritto, in riferimento alla Commissione di garanzia sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali); n. 482/1995 (punto 9 del Considerato in diritto, in relazione all'attività svolta dall'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici); n. 41/2013 (punto 6 del Considerato in diritto, laddove ha rilevato come le attribuzioni dell'Autorità di regolazione dei trasporti esprimano una «funzione di garanzia»).

<sup>280</sup> [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU\\_299\\_Giudice\\_processo\\_quo.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_299_Giudice_processo_quo.pdf)

«portatrice di un interesse pubblico specifico»<sup>281</sup>, considerando che il consociato (ossia il soggetto privato) entra in relazione con «soggetto che, nell'irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità»<sup>282</sup>.

Dunque le menzionate deduzioni giurisprudenziali hanno fatto sì che l'organo giudicante non riconoscesse una posizione d'imperturbabilità e imparzialità all'Autorità amministrativa indipendente nell'esecuzione della propria funzione pubblica.

Ciò nonostante, siffatto orientamento non appare essenzialmente in grado di respingere *in toto* la nota terzietà dell'AGCOM, poiché il difetto di una vera «estraneità dell'interesse in ordine al quale dà la sua pronunzia»<sup>283</sup>, identifica la condizione di autonomia che differenzia il ruolo assunto dall'Autorità in ordine agli interessi contrastanti e alle questione che è invitata a definire.

Di conseguenza, non si esclude *a priori* che la Consulta possa pronunciarsi *ex novo* sul punto, dal momento che si registra la grande tendenza giurisprudenziale a rinnovare il confine incidentale «*caso per caso*»<sup>284</sup>.

---

<sup>281</sup> *Ibidem.*

<sup>282</sup> *Ivi.*

<sup>283</sup> *Ibidem.*

<sup>284</sup> PATRONI GRIFFI A., *op. cit.*, p. 9.

## CONCLUSIONI

Scopo dell'elaborato proposto è indagare, senza alcuna pretesa di esaustività, le modalità con cui la potestà sanzionatoria delle Autorità amministrative indipendenti si declina nell'ambito del nostro ordinamento giuridico, riflessione rispetto alla quale un presupposto imprescindibile è stato rappresentato dall'individuazione dei tratti distintivi e delle peculiarità che rendono tali enti delle figure *sui generis* nel panorama amministrativo italiano. Avendo cura di non trascurare i molteplici profili di criticità che si innestano sull'ambito esaminato, primo fra tutti quello relativo al fondamento costituzionale delle Autorità e conseguentemente dei poteri loro conferiti, si è visto come, in buona sostanza, la potestà loro attribuita sia essenzialmente normativa e finalizzata a coinvolgere nel procedimento di adozione dell'atto amministrativo relativo alle aree di mercato di interesse di ciascuna Autorità quanti, essendone i futuri destinatari, vi abbiano interesse.

Nel corso dell'indagine svolta ci si è, a più riprese, focalizzati anche sulle molteplici garanzie che assistono il procedimento innanzi alla Autorità amministrative indipendenti (come la necessaria separazione tra chi esercita la funzione istruttoria e quella decisoria; il contraddittorio con i controinteressati; la necessità di garantire la completezza delle informazioni raccolte in fase probatoria; le garanzie che assistono il giusto processo) quali baluardi a garanzia della trasparenza dell'azione amministrativa.

Altresì, le considerazioni rese consentono di concludere che, attesa le particolarità della potestà sanzionatoria di cui godono le Autorità amministrative indipendenti e dell'ampia discrezionalità prevista nell'ambito

della fase punitiva, la dottrina reclama, a gran voce, un intervento del legislatore sul punto.

*Pro futuro*, infatti, si auspica un intervento del legislatore che, nell'ottica di una più ampia attività di riorganizzazione sistemica della disciplina normativa riservata alle Autorità amministrative indipendenti, operi una revisione della potestà sanzionatoria loro affidata, tenuto conto dell'unitarietà di tale fenomeno.

## BIBLIOGRAFIA

### DOTTRINA

ALLENÀ M., *Art. 6 CEDU: procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

CAMILLI L., CLARICH M., *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti, in Arbitri e mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010.

CAMILLI E.L., voce *Autorità di vigilanza (profili normativi)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. V, Milano, 2012.

CARIDÀ R., *Autonomie regionali e attività amministrativa tra esigenze di trasparenza, obiettivi di semplificazione e diritti procedurali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2013.

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013.

CHIEPPA R., *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, in *Giur. Comm.*, 2013.

CLARICH M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, n.4/2004.

CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.

CLARICH M., *Presentazione*, in FRATINI M. (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011.

CUOCOLO L., *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quad. Reg.*, 2007.

DE GOIA V., SCAVONETTO L., *Le sanzioni amministrative*, 2009.

DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000.

FABRIZI F., *La Corte costituzionale giudice dell'equilibrio tra poteri. Dinamiche istituzionali e conflitti di attribuzione nella più recente giurisprudenza*, Torino, 2019.

FOÀ S., *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2002.

FOGLIA M., *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2008.

FRANZONI S., *L'attività di regolazione delle autorità indipendenti*, in *Diritto dell'Economia*, 2008.

GIOVAGNOLI R., FRATINI M., *Le sanzioni amministrative*, 2009.

GOTTI P., *Sanzioni amministrative e problemi di giurisdizione. La Cassazione ribadisce il suo noto indirizzo*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009.

GRASSO, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale all'Autorità antitrust. Considerazioni a margine della sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Giuris. Cost.*, n.1/2019.

GRECO G., *I regolamenti amministrativi*, Torino, 2004.

LEONARDI R., *I caratteri del potere sanzionatorio*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, RULES Research Unit Law and Economics Studies, Paper Bocconi 2015.

LICCIARDELLO S., *Le sanzioni ripristinatorie*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, 2012.

LONGOBARDI N., *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata. Temi, sintesi, approfondimenti, considerazioni*, Giuffrè, 2007.

LUCIANI F. (a cura di), *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, 2011.

MARZOCCA M.C., *La Corte Costituzionale fa il punto sulla (non) legittimazione delle autorità indipendenti come giudice a quo*, in rivista AIC, 2020.

MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000.

MONTEDURO M., *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, PaperRULES Research Unit Law and Economics Studies, 2015.

NAPOLITANO G., *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in *Il diritto*, vol. II, Milano, 2007.

NAPOLITANO G., *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2012.

PATRONI GRIFFI A., *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sent. n. 13/2019 della Corte Costituzionale sull'AGCM: alcune considerazioni* in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2019, n. 3.

PUCCINI G., *Osservazioni in tema di applicazione del principio del giusto procedimento agli atti normativi delle autorità indipendenti*, in P. CARETTI – M.C. GRISOLIA (a cura di), *Lo Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010.

SALVATORE P., *La legalità nell'amministrazione*, in *Giurisdir. Amm.*, 2007.

SANDULLI A. M., *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1970.

SCALESE V., *Le opposizioni alle sanzioni amministrative*, Milano, 2006.

SCREPANTI S., *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2007.

SPASIANO M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

TITOMANLIO R., *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2012.

TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n.1/2017.

TRIMARCHI M., *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in «Il diritto dell'economia», v. 26, n. 82, 2013.

VALAGUZZA S., *Le sanzioni amministrative delle Autorità indipendenti nel diritto comunitario*, 2015.

## **GIURISPRUDENZA**

CGUE, Sent. 24 aprile 1998, causa C-200/96;

Corte Cost., sent. 29 maggio 2020, n. 103;

Cass., Sez. Un., 24 febbraio 1978, n. 926;

Cass., Sez. Un., 26 giugno 2001, n. 8746;

Cass., Sez. I, 10 dicembre 2003, n. 18811;

Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 2201/2006;

Cons. Stato, Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1624;

Cons. Stato, ez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542;

Tar Lazio, Roma, Sez. I, 21 febbraio 2011, n. 1585, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

Tar Lazio, Sez. I, 11 ottobre 2011, n. 7864, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).