

# LUISS



Dipartimento di  
Impresa e  
Management

Cattedra di Diritto Pubblico dell'Economia

## Il modello delle amministrazioni indipendenti. L'Antitrust nel periodo di crisi pandemica

Massimiliano Francesco Ferrini  
253181

---

CANDIDATO

Prof.ssa Mirella Pellegrini

---

RELATORE

Anno Accademico 2022/2023

## Indice

<b>Capitolo 1. Le autorità amministrative indipendenti.....</b>	<b>3</b>
1.1. La centralità del modello e la logica sottesa.....	3
1.2. I pregi del modello delle amministrazioni indipendenti.....	5
1.3. I vizi nell'attuazione del modello .....	9
<b>Capitolo 2. <i>Accountability</i> delle autorità amministrative indipendenti .....</b>	<b>17</b>
2.1. Eccentricità del modello delle <i>Autorithies</i> .....	17
2.2. La leva di <i>accountability</i> nella democrazia procedimentale .....	20
2.3. I limiti del sindacato giurisdizionale a difesa della legittimazione costituzionale ..	23
<b>Capitolo 3. Antitrust «in crisi» .....</b>	<b>27</b>
3.1. Pandemia e politica della concorrenza .....	27
3.2. Le nuove deroghe al controllo antitrust delle concentrazioni: liquidazioni bancarie e crisi d'impresa .....	28
3.3. Le criticità delle disposizioni legislative inserite nel corso dell'emergenza pandemica.....	33
<b>Bibliografia.....</b>	<b>39</b>

## **Capitolo 1. Le autorità amministrative indipendenti**

### **1.1. La centralità del modello e la logica sottesa**

Le autorità amministrative indipendenti sono attualmente una componente basilare del sistema istituzionale italiano. Per quanto il contesto politico culturale che ne aveva incoraggiato la consistente affermazione a cominciare dagli anni Novanta del secolo scorso sia venuto meno e quantunque le critiche e le contestazioni sovente formulate negli anni successivi abbiano avuto una notevole ripresa (Clarich, 2018), il modello istituzionale che in esse si concretizza prosegue a essere caratterizzato da una solida base nella normativa europea e nazionale e a individuare applicazione in contesti cruciali dell'azione dei pubblici poteri.

Ci sono autorità amministrative indipendenti forti – ossia, che individuano un ancoraggio europeo – e deboli – ossia quelle che non individuano simile ancoraggio (ad esempio, l'ANAC è a base debole in tal senso: la sua attività è più debole in ragione del fatto che è dovuta fondamentalmente a una scelta del legislatore nazionale (Montedoro, 2018).

La notevole ri-espansione degli interventi di politica industriale e sociale conseguenziali alla grande crisi finanziaria ed economica del 2008 e, ancor più, alla crisi provocata dalla pandemia di Covid-19, unitamente allo sviluppo della politica ambientale al centro del progetto politico della Commissione europea, hanno senza dubbio mutato il quadro complessivo in cui le autorità indipendenti operano e, perciò, anche la loro collocazione nello scacchiere istituzionale: se un tempo si era potuto credere che, conformemente al modello dello Stato regolatore, le autorità indipendenti assorbissero in sé la maggior parte delle funzioni pubbliche inerenti a determinati ambiti economici o a precisi scopi (Merusi, 2000), attualmente si palesa come evidente che in molti casi la loro azione deve unirsi a quella delle strutture politico-amministrative legate agli organi di governo e, di conseguenza, coordinarsi con essa. Tuttavia, resta fermo che il ruolo delle autorità, negli ambiti in cui sono state istituite, è di rilievo focale e resta altresì ferma la logica di fondo a cui risponde la loro creazione.

Anche se tale logica è stata variamente declinata dalle differenti normative europee e nazionali che le hanno istituite, essa prosegue a essere essenzialmente riconducibile alla

scelta legislativa di sottrarre la regolazione e/o la vigilanza sul corretto funzionamento dei mercati, ovvero la tutela di determinati diritti fondamentali, ad un criterio di mediazione tra gli interessi in gioco, per assegnarla a criteri di ordine tecnico, nel raggiungimento di un interesse pubblico esclusivo o principale e, per questo, come predominante sugli altri (Bruti Liberati, 2019).

L'indipendenza delle autorità si mostra coerente con simile scelta: una volta stabilito che in precisi ambiti l'assetto degli interessi pubblici e privati implicati non deve essere di volta in volta stabilito in occasione delle singole scelte amministrative, ma, al contrario, deve restare – fino al successivo intervento del legislatore – cristallizzato sulla scorta di una prestabilita gerarchia, il compito di attuarla, con determinazioni che traggono la loro ispirazione dalla ricerca del mezzo tecnico più adeguato, può essere affidato ad organismi avulsi rispetto al circuito politico-rappresentativo e, quindi, non condizionati dalla pressione degli interessi.

In tempi passati, sovente si è raffigurato tale modello facendo ricorso all'immagine e al concetto dell'amministrazione «neutrale»: neutrale proprio in quanto slacciata dal gioco della composizione degli interessi. Attualmente, simile formula non si rivela più idonea sia perché ha l'effetto di svalutare la scelta politica posta alla base dell'istituzione di un'autorità indipendente<sup>1</sup>; sia perché, in ogni caso, la tecnicità delle scelte normalmente rimesse alle autorità indipendenti non vuol dire che le stesse non possano essere estrinsecazione di visioni e di valori ben definiti e quindi per nulla asettici e neutrali dal punto di vista conoscitivo ed etico.

Di seguito, verranno delineati gli ambiti dove il modello trova applicazione sia nell'ordinamento italiano che in quello europeo.

Il primo ambito è quello della regolazione dei mercati dei servizi di interesse economico generale, dove si collocano l'Autorità per Energia Reti e Ambiente (ARERA), competente su energia elettrica, gas naturale, servizio idrico integrato e servizi ambientali; l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), competente su comunicazioni elettroniche e servizi postali; e l'Autorità di regolazione dei trasporti (ART). A queste autorità nazionali – la cui istituzione è stata imposta da normative europee –

---

<sup>1</sup> Quella di individuare uno degli interessi pubblici rilevanti in una determinata materia come prevalente su tutti gli altri, così da di escludere, in linea di principio, e salvo eccezioni, che lo stesso debba essere ponderato e bilanciato con tali altri interessi.

corrispondono in parte a livello UE agenzie di coordinamento<sup>2</sup> non aventi lo status e le competenze decisionali proprie delle autorità, ma munite di un'indipendenza, anche rispetto alla Commissione europea, più accentuata rispetto a quella che generalmente spetta alle altre agenzie europee (Cerulli Irelli, 2012).

Il secondo ambito è quello della vigilanza sui mercati finanziari, con la Banca d'Italia, l'IVASS e la Consob, a cui fanno riscontro le tre autorità europee EBA, EIOPE e ESMA<sup>3</sup>. Ad esse si affianca, in una posizione di indipendenza spiccata e con un ruolo problematico, la Banca Centrale Europea, competente sia per la politica monetaria sia per la vigilanza sugli istituti di credito.

Il terzo ambito, anch'esso peculiare per diversi motivi (Torchia, 2016), è quello del mercato dei contratti pubblici, dove si trova ad operare l'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC).

Infine, vi sono le due autorità indipendenti con competenze generali e trasversali: l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, a cui è affidata tanto la tutela della concorrenza quanto la protezione dei consumatori sulla base della disciplina scandita dal Codice del consumo; e il Garante per la protezione dei dati personali<sup>4</sup>.

## **1.2.I pregi del modello delle amministrazioni indipendenti**

Il primo vantaggio del modello delle amministrazioni indipendenti concerne l'idoneità dello stesso ad assicurare livelli maggiori di coerenza e razionalità dell'azione pubblica, circoscrivendo l'ambito delle scelte rimesse ai mutevoli e talvolta contraddittori indirizzi degli organi democraticamente eletti.

Il meccanismo istituzionale delle autorità, proprio in quanto sottrae un certo oggetto alla logica della composizione degli interessi affidandolo ad un organismo indipendente (anche) dalla politica, ha quale effetto quello di «legare la mani», quantomeno in termini parziali, agli organi di direzione politica, impedendogli di interferire con le loro valutazioni e preferenze contingenti sul coerente raggiungimento di quell'interesse.

---

<sup>2</sup> Come l'Agenzia di coordinamento dei regolatori nazionali dell'energia – ACER, e l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche – BEREC.

<sup>3</sup> È noto che le tre autorità europee in questione sono state istituite, sotto l'incalzare della crisi finanziaria, dai regolamenti UE nn. 1093, 1094 e 1095 del 24 novembre 2010.

<sup>4</sup> Com'è noto, al Garante compete in particolare di controllare che il trattamento dei dati personali sia conforme alla disciplina dettata dal Regolamento (UE) 2016/279 e al Codice in materia di trattamento dei dati personali approvato con d. lgs. 30 giugno 1996, n. 196, recentemente modificato con d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101.

In tal modo, ad esempio, l'affidamento ad un'autorità indipendente del compito di determinare le tariffe di un servizio pubblico sulla scorta del criterio della remunerazione dei costi efficienti sostenuti dal gestore permette di impedire che gli organi politici possano influenzare o pregiudicare la concretizzazione di simile obiettivo efficientistico con interventi ispirati a ragioni di semplice calcolo elettorale.

Similmente, volendo menzionare un altro esempio, assegnare la responsabilità della politica monetaria ad una banca centrale indipendente, vincolata al fine precipuo di assicurare la stabilità dei prezzi, esclude che i governi possano utilizzare la leva monetaria per scopi diversi, pregiudicando potenzialmente la lotta all'inflazione. Che simili effetti di vincolo rispetto a possibili scelte irrazionali della politica raffigurino un vantaggio per un sistema istituzionale, non solo individua una base concettuale nelle teorie sulla razionalità limitata (Elster, 2000), ma è stato oggetto di un ampio consenso, risultato del predominare nel contesto politico-culturale italiano di indirizzi variamente riconducibili ad una matrice liberista.

Attualmente, tale consenso si palesa meno diffuso e le critiche ispirate al rifiuto di questa riduzione preventiva degli spazi di intervento della politica sono più accese e costanti. Tuttavia, se alle autorità viene ancora riconosciuto il ruolo centrale è perché, nonostante il ri-espandersi delle politiche industriali e sociali, identificare taluni contesti sottratti all'incidenza delle stesse e della politica è ancora oggi ritenuto utile e opportuno in sede europea e/o nazionale.

Tra l'altro, deve puntualizzarsi che, diversamente di quanto sovente reputato nel corso degli anni Novanta del secolo scorso o nei primi anni di questo, la sottrazione alla politica dei settori o delle materie in rapporto ai quali viene creata un'amministrazione indipendente non è di regola né piena né assoluta. E, infatti, da una parte, è evidente che l'istituzione di un'autorità settoriale non impedisce la possibilità che nel medesimo settore funzioni tipicamente discrezionali siano contemporaneamente assegnate ad organi amministrativi introdotti nel circuito politico-rappresentativo (Bruti Liberati, 2019). Il che pone un tema di raccordo tra l'azione delle autorità e quella delle amministrazioni di stampo tradizionale, ma al contempo mitiga (o dovrebbe farlo) le preoccupazioni di chi paventa che il modello delle autorità indipendenti implichi un grave sacrificio di interessi pubblici costituzionalmente importanti, riguardanti la promozione della coesione sociale e dell'eguaglianza sostanziale.

D'altronde, se generalmente – proprio in quanto indipendenti – devono perseguire, per mezzo di valutazioni e scelte di ordine tecnico, un interesse pubblico predefinito, ciò non esclude che la legge possa prevedere che in determinate ipotesi quell'interesse pubblico possa e debba essere equilibrato con altri e differenti interessi pubblici. In questa ipotesi, la scelta politico-discrezionale penetra nelle funzioni spettanti a queste ultime. Quando si concretizza simile evenienza va determinandosi una deviazione significativa rispetto a quello che, almeno secondo una parte della dottrina, deve ritenersi il modello ordinario delle amministrazioni indipendenti (*ibidem*), senza che debba reputarsi che lo stesso sia ineluttabilmente alterato o pregiudicato. E ciò per due motivi simultanei.

Il primo è che, anche nel caso in cui un'autorità indipendente debba ponderare una molteplicità di scopi pubblici, l'interesse primario ad essa affidato, differentemente da quanto avviene di regola per le valutazioni politico-discrezionali delle amministrazioni tradizionali, non è mai recessivo, non può mai essere sacrificato a favore di interessi secondari<sup>5</sup>.

Il secondo motivo per il quale la logica di fondo del modello è rispettata anche nel caso in cui alle autorità indipendenti sia richiesto di operare analisi di interessi è che, comunque, questa ponderazione non può mai essere estrinsecazione di un loro autonomo indirizzo politico, ma deve invece giocoforza basarsi sull'orientamento politico espresso dalle norme di legge pertinenti e/o da indirizzi di politica generale del governo o anche di organi europei. Ferma restando l'indipendenza delle autorità in ordine alla definizione del contenuto delle misure da adottare, nell'ipotesi in cui le stesse debbano ponderare interessi, devono farlo sulla base e nel rispetto dell'assetto dato agli stessi dagli organi di direzione politica (Bruti Liberati, 2019).

La realizzazione di un'autorità indipendente, pertanto, sembra comportare concretamente la tecnicizzazione della relativa attività amministrativa di regolazione e/o di vigilanza:

---

<sup>5</sup> Appare da escludere, alla luce della pertinente normativa europea e nazionale, che un'autorità di regolazione settoriale possa fissare la tariffa di un servizio pubblico in una misura che – tenuto conto anche degli eventuali contributi pubblici previsti per tale servizio – non sia idonea ad assicurare la copertura dei costi efficienti del gestore, neanche quando le relative norme attributive prevedano che, accanto all'interesse primario all'economicità del servizio, debbano essere considerati altri interessi, come quello alla tutela dell'ambiente e/o allo sviluppo infrastrutturale di determinate aree territoriali<sup>5</sup>; così pure, non sembra in nessun caso ammissibile, in forza delle norme del TFUE, che la BCE adotti misure monetarie suscettibili di mettere in qualsiasi modo in pericolo la stabilità dei prezzi, neanche quando sia chiamata a sostenere, con le sue determinazioni, «le politiche economiche generali nell'Unione». Si vedano gli artt. 127 ss. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e lo Statuto del Sistema Europeo delle Banche Centrali e della Banca Centrale Europea.

ma non in termini rigidi ed assoluti. Infatti, a tale riguardo, restano all'esterno dell'area di azione delle autorità ma anche all'interno, una serie di spazi di incidenza della politica, sia pure considerevolmente circoscritti tanto dall'obbligo degli organi politico amministrativi di rispettare la competenza e l'indipendenza delle autorità, quanto dal vincolo per le stesse autorità di vagliare interessi solo quando ciò gli sia chiaramente richiesto dalla normativa di riferimento e di farlo, in ogni caso, senza sacrificare l'interesse pubblico ad esse affidato e senza esprimere un proprio indirizzo politico.

Ebbene, si tratta di un articolato modello istituzionale, ricco di chiaroscuri, che non può essere applicato pretendendone o affermandone un'assoluta purezza, in quanto ciò implicherebbe una eccessiva limitazione – poco accettabile – di interessi e valori costituzionalmente rilevanti nell'ambito di un ordinamento democratico (Schmitt, 1931). Tale modello, anche in questa versione non del tutto «pura», si palesa capace di fornire le utilità di ordine istituzionale per le quali è stato realizzato. E, segnatamente, di garantire una maggiore adeguatezza tecnica e qualità delle attività di regolazione e vigilanza rispetto a quelle espletate da apparati amministrativi tradizionali, una maggiore coerenza e prevedibilità delle stesse e, di conseguenza, un più serio rispetto dell'affidamento degli operatori economici sulla stabilità delle regole su cui hanno fondato le loro scelte di investimento, e una più attendibile imparzialità e terzietà rispetto ai destinatari pubblici e privati delle loro scelte.

Nessuno di tali vantaggi, infatti, sembra essere intaccato o ridimensionato dal fatto che le autorità devono, alle volte, tenere conto anche di interessi ulteriori rispetto a quello primario e a farlo in maniera coerente con quello che è l'indirizzo politico generale esplicitato dagli organi democraticamente eletti.

Deve, inoltre, aggiungersi che la capacità delle autorità (o, meglio, di quelle munite di poteri di tipo normativo) di scandire regole più idonee in termini tecnici, e anche di conformarle tempestivamente ai cambiamenti scaturenti dagli sviluppi tecnologici e dalle prassi dei mercati, è incrementata anche dalla circostanza che i loro procedimenti regolativi sono aperti alla consultazione degli interessati e devono per forza tener conto, al momento della definizione dei contenuti degli atti che li concludono, le osservazioni formulate dagli interessati (Ramajoli, 2011).

L'obbligo per le autorità di conformarsi ad un meccanismo di *notice and comment*, impostogli dalla giurisprudenza amministrativa prima ancora che venisse decretato in

norme di legge o di regolamento<sup>6</sup> , risponde anche al bisogno di bilanciare con un rafforzamento sul piano procedimentale la mancanza di legittimazione democratica delle autorità e la tendenziale genericità delle norme che definiscono i poteri delle stesse, ma, in special modo, ha l'effetto di ottimizzare l'adeguatezza tecnica delle regole da esse immesse, oltre che la trasparenza e controllabilità dei relativi processi decisionali.

La maggiore esattezza e ponderatezza della regolazione di norma prodotta dalle autorità e, contemporaneamente, la loro minore esposizione alla pressione di esigenze contingenti legate alla ricerca di un consenso elettorale, coopera a chiarire perché sono in linea generale più in grado di evitare quei cambiamenti improvvisi, imprevedibili ed irrazionali delle regole – o anche della loro interpretazione – che<sup>7</sup> sono incompatibili con il legittimo affidamento dei destinatari delle stesse e che possono incidere negativamente sulla inclinazione degli operatori economici ad investire.

Infine, relativamente all'imparzialità nei riguardi dei soggetti destinatari delle attività di regolazione e di vigilanza, la forte ripresa delle politiche industriali, che anche nell'esperienza italiana si concretizza anche per il tramite di imprese pubbliche (Averardi, 2018), consolida ancora di più l'esigenza che funzioni amministrative cruciali per la concorrenza tra le imprese siano affidate non al governo bensì ad organismi che non hanno legami proprietari né diretti né indiretti con nessuna di esse e non sono soggetti alle direttive governative.

La autorità, in virtù dei numerosi presidi di indipendenza funzionale e strutturale per essi disposti, sono in astratto capaci di garantire tale terzietà.

### **1.3.I vizi nell'attuazione del modello**

Dopo avere richiamato i pregi del modello devono ora considerarsi i difetti che lo stesso ha manifestato nella sua concreta attuazione, in Italia e in Europa, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso (Prosser, 1997), e, per far ciò, occorre discernere tra i vizi e gli errori imputabili al legislatore europeo e nazionale, quelli dei governi (e dei parlamenti, al di fuori della loro attività legislativa) e quelli attribuibili direttamente alle autorità.

Sul primo versante, sovente le norme che hanno istituito le autorità o ne hanno definito o ridefinito i poteri sono formulate in maniera del tutto inadeguata e tradiscono una scarsa

---

<sup>6</sup> Cons. Stato, VI, 20 aprile 2006, n. 2201

<sup>7</sup> Anche sulla base del sin troppo cauto orientamento della nostra Corte costituzionale e della Corte di Giustizia UE (Travi, 2016).

consapevolezza da parte del legislatore della logica del modello e delle sue conseguenze in termini giuridici.

A questo riguardo, sono emblematiche le disposizioni scandite dalla legge n. 481 del 1995, che reca ancora oggi la disciplina generale sulla regolazione dei servizi di pubblica utilità e sulle autorità indipendenti ad essi preposte. Come rimarcato più volte dalla dottrina (Trimarchi, 2016), questa normativa, emanata nel pieno della transizione dal vecchio al nuovo paradigma di disciplina dei mercati dei servizi, palesa due problematici profili.

Da una parte, essa risulta chiaramente ambigua in ordine alla natura delle valutazioni e delle scelte regolatorie affidate alle autorità, e in special modo di quelle di ordine tariffario: relativamente alle quali la formulazione testuale delle disposizioni racchiuse nella legge parrebbe di per sé autorizzare sia un'esegesi che conferisce a quelle scelte carattere politico discrezionale e che, perciò, richieda alle autorità di considerare direttamente una molteplicità di interessi pubblici<sup>8</sup>, sia una lettura che configuri invece quelle scelte come fondate su valutazioni tecniche, preordinate solo ad assicurare l'economicità e l'efficienza dei servizi.

A questo difetto di impianto, la riflessione dottrinale ha rimediato andando a rimarcare le motivazioni di tipo sistematico che impongono di accogliere la seconda esegesi: la mancanza di legittimazione democratica, diretta o indiretta, delle autorità indipendenti comporta che alle stesse, in linea di principio, e fatte salvi solo i casi in cui vi sia un'univoca indicazione contraria del legislatore, debbano riconoscersi unicamente poteri di scelta tecnica e non politico-discrezionale (Bruti Liberati, 2019). In tale direzione, avvalorata dalla formulazione delle norme che disciplinano le singole potestà tariffarie, pare muoversi anche la giurisprudenza amministrativa, che, sia anche senza peculiari ponderazioni circa la natura delle determinazioni tariffarie delle autorità, sottopone le stesse ad un sindacato incardinato su un criterio di ragionevolezza tecnica e non politico-discrezionale.

Tra l'altro, la questione si pone anche per altre disposizioni e per altre autorità, in ordine alle quali l'incertezza del legislatore rispetto al ruolo tecnico o anche politico-

---

<sup>8</sup> Si vedano in particolare l'art. 1, comma 1, e soprattutto l'art. 2, comma 12, lett. e) della legge, secondo cui le tariffe devono essere definite «in modo da assicurare la qualità, l'efficienza del servizio e l'adeguata diffusione del medesimo sul territorio nazionale, nonché la realizzazione degli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse di cui al c. 1 dell'art. 1».

discrezionale delle autorità prosegue a creare perplessità e problematiche esegetiche gravi. Il caso che maggiormente rileva è quello della Banca Centrale Europea, le cui misure monetarie non convenzionali sono state al centro del noto contenzioso che ha implicato la Corte costituzionale tedesca e la Corte di Giustizia UE (Tesauro, De Pasquale, 2020). Contenzioso che si è incentrato anche sull'interpretazione da dare, sulla scorta del principio democratico e tenendo conto della mancanza di legittimazione politica della BCE, alle norme del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) che ne definiscono – non univocamente – compiti e poteri<sup>9</sup>.

L'ambiguità della formulazione normativa dipende non solo da una non piena cognizione del legislatore dei caratteri e dei limiti tipici dell'istituto delle autorità indipendenti, ma anche dalla difficoltà di individuare in sede politica un adeguato e bastante consenso su una scelta chiara e coerente e sulla conseguenziale esigenza di accontentarsi di soluzioni di compromesso. Tuttavia, dal momento che, come mostrato dalla vicenda delle misure non convenzionali della BCE, l'ambivalenza sul ruolo delle autorità può cooperare a determinare importanti crisi istituzionali, sarebbe opportuno che tale ruolo venisse più scrupolosamente valutato e definito nel momento in cui le relative normative vengono adottate (o modificate).

La parziale inidoneità di non poche di tali normative è emersa chiaramente nella pratica anche da una differente prospettiva, che è quella della genericità con cui spesso vengono disciplinati i poteri assegnati alle autorità, senza una chiara definizione dei limiti, dei criteri di esercizio e degli effetti giuridici degli stessi. È evidente che simile genericità non si mostra coerente con il principio di legalità dell'azione amministrativa<sup>10</sup>. Né si mostra accettabile il frequente rilievo secondo cui essa sarebbe giustificata dalla

---

<sup>9</sup> Assai più chiare sono, ad esempio, le norme dettate dai tre regolamenti UE sulle autorità di vigilanza dei mercati finanziari, le quali prevedono che le norme tecniche di regolamentazione assegnate alla loro competenza «sono di carattere tecnico, non implicano decisioni strategiche o scelte politiche e il loro contenuto è limitato dagli atti legislativi su cui si basano» (così l'art. 10 dei tre regolamenti n. 1093, 1094 1095 del 2010).

<sup>10</sup> V. ad esempio Cons. Stato, VI, 9/11/2018, n. 6330, secondo cui «il principio di legalità, [...], non può compendiarsi nella sola attribuzione di competenza amministrativa, dovendosi ad essa accompagnarsi un corredo “minimo” di direttrici sostanziali riferite agli scopi, all'oggetto ed ai presupposti. Sebbene in molti settori dell'ordinamento la legalità amministrativa abbia dovuto abbandonare ogni velleità di compiuta tipizzazione dell'attività e degli effetti, quantomeno nei settori di attività che la costituzione riserva alla legge (viene qui in rilievo una restrizione del diritto di libertà economica, di cui all'art. 41 Cost.) va ribadito che il principio di legalità risulta rafforzato in senso «sostanziale» (nel senso di postulare sia il fondamento legislativo dei poteri conferiti all'amministrazione, sia l'apposizione di limiti contenutistici alla sua azione). Ciò in quanto la riserva di legge, nel regolare i rapporti fra le fonti, restringe la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'esecuzione della legge».

dinamicità dei settori economici di cui le autorità sono chiamate ad occuparsi e dalla consequenziale difficoltà del legislatore di prefigurarne l'evoluzione e, perciò, di definire aprioristicamente i poteri essenziali alle autorità per poter espletare la missione loro assegnata. Tale rilievo è parzialmente esatto, ma non pare poter dispensare il legislatore dal compito di identificare nei loro termini essenziali gli strumenti giuridici che le stesse possono usare al fine di conseguire gli obiettivi loro assegnati. È vero che la giurisprudenza, mentre è portata a pretendere un rigoroso ossequio del canone di legalità per gli atti delle autorità che impongano ai destinatari obblighi specifici e puntuali, in special modo laddove abbiano carattere ablatorio o sanzionatorio, dall'altra parte, per gli atti di carattere normativo, pare considerare sufficiente la formale attribuzione della relativa competenza alle autorità e l'indicazione dei relativi fini, senza nessuna tipizzazione delle prescrizioni che sulla base di essa possono essere assunte (Morbidelli, 2007). Tuttavia, sembra esatto evidenziare che anche sotto questo profilo molte delle norme che disciplinano l'azione delle autorità e, in primis, quelle che ne definiscono i poteri meriterebbero attualmente di essere assoggettate a un'attenta revisione, che ovviamente non dovrebbe escludere il diritto delle autorità di avere idonei margini di scelta alla luce delle circostanze concrete, ma dovrebbe però disporre «*un corredo minimo di direttrici sostanziali riferite agli scopi, all'oggetto e ai presupposti*»<sup>11</sup>.

Non è stato solo il legislatore ad aver attuto imperfettamente il modello delle autorità, ma anche i governi e gli stessi parlamenti, al di fuori delle loro competenze legislative, hanno spesso contribuito a rendere l'assetto per esse definito scarsamente coerente ed efficace rispetto a quanto astrattamente possibile. Sono tre i profili maggiormente critici: 1. quello delle nomine dei vertici delle autorità, 2. quello del rispetto della loro indipendenza e 3. quello dell'*accountability*.

Relativamente alle nomine deve rilevarsi che sinora il legislatore europeo ha in linea generale, e salvo eccezioni, tralasciato il tema, che anche si è palesato per più aspetti focale; e deve osservarsi che il legislatore italiano si è servito della sua conseguente totale autonomia normativa per scandire discipline assai diversificate per le diverse autorità (Bruti Liberati, 2019). Basti osservare che quasi tutte le discipline, eccetto quelle

---

<sup>11</sup> Cons. Stato, VI, 9/11/2018, n. 6330

concernenti l’Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>12</sup> e la Banca d’Italia<sup>13</sup>, stabiliscono il coinvolgimento, in diversa forma, sia del governo che del parlamento; che esse stabiliscono per la nomina requisiti notevolmente generici<sup>14</sup>; e che la diversificazione delle procedure si mostra sostanzialmente il risultato di una semplice stratificazione delle relative discipline e non pare giustificata da ragioni obiettive. Tuttavia, eccettuando dai rilievi concernenti l’assetto normativo in materia, ciò che deve evidenziarsi è che le prassi applicative di governi e parlamenti si sono, sia anche con eccezioni, sempre più distanziate dall’ispirazione originaria di designare nei collegi delle autorità persone munite di peculiare autorevolezza e competenza e quindi davvero capaci di garantire l’indipendenza e l’adeguatezza sul piano tecnico delle stesse.

Coerentemente con una ben nota storia nazionale, le scelte di fatto operate hanno il più delle volte privilegiato pratiche spartitorie invece che criteri di merito, con una totale opacità dei processi di selezione che senza dubbio non ha aiutato la qualità di tali scelte. A tal riguardo, giocano profili di cultura istituzionale e di etica pubblica che nessuna disciplina legislativa riesce a governare, come confermato dalla circostanza che tale tendenza è emersa con riguardo a tutte le autorità, qualsivoglia fosse la procedura di nomina prevista dalla legge, e che anche le eccezioni virtuose hanno inherito indiscriminatamente le varie autorità. Tuttavia, potrebbero palesarsi utili alcuni correttivi normativi al fine di indirizzare il sistema verso prassi almeno parzialmente più virtuose. Segnatamente, premesso che parrebbe assai ragionevole uniformare le varie procedure andando a generalizzare il modello che si mostra per diversi motivi maggiormente idoneo,<sup>15</sup> potrebbe essere importante prescrivere che la preventiva designazione governativa venga necessariamente preceduta da un esame indipendente delle candidature e che il parere parlamentare venga reso solo successivamente alle audizioni pubbliche dei designati dirette ad appurarne il curriculum e la competenza e sia analiticamente motivato. D’altronde, dal momento che se il sistema attuale non si mostra appagante ciò non esclude che lo stesso possa essere ulteriormente peggiorato, occorre

---

<sup>12</sup> Per la quale, com’è ben noto, la nomina è affidata congiuntamente ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

<sup>13</sup> Per la quale invece la nomina è di competenza del governo, senza il coinvolgimento del parlamento.

<sup>14</sup> Ad esempio, l’art. 2, comma 8, della legge n. 481 del 1995 richiede solo che vengano nominate «persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore».

<sup>15</sup> Che è quello disposto per le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità dalla legge n. 481/1995 e che, com’è noto, prevede la nomina governativa, previo parere favorevole vincolante delle commissioni parlamentari competenti, reso con la maggioranza qualificata di due terzi.

evidenziare che non è assolutamente compatibile con la logica dell'istituto delle autorità indipendenti l'idea secondo cui le nomine dei vertici delle autorità dovrebbero riflettere un rapporto fiduciario tra gli stessi e gli organi di direzione politica. Infatti, sembra ovvio che l'indipendenza delle autorità, mentre non impedisce affatto appropriati raccordi organizzativi tra esse e gli apparati amministrativi introdotti nel circuito politico-rappresentativo, non è invece per nulla conciliabile con l'eventuale pretesa delle forze di governo di assegnare la guida delle autorità a soggetti disponibili a recepirne «fedelmente» preferenze ed indicazioni. Così, si giunge al nocciolo della questione dell'indipendenza e del modo in cui in concreto hanno funzionato i differenti presidi disposti dalle norme europee e nazionali a difesa della stessa.

È bene evidenziare che tali presidi concernono da una parte l'autonomia funzionale delle autorità, ossia la loro sottrazione (totale o parziale) al potere di indirizzo degli organi politici e a qualsiasi potere atto ad incidere formalmente sul contenuto delle scelte ad esse affidate; dall'altra, alla loro autonomia strutturale, per mezzo di regole e istituti diretti a garantire che le persone fisiche nominate ai vertici delle stesse abbiano incentivi idonei a non soggiacere alle indicazioni anche informali o alle preferenze degli organi politici o delle imprese.

Detto ciò, non può meravigliare che dalla prassi di questi anni emergano diversi casi dove governi e anche parlamenti hanno tentato di interferire con l'esercizio delle competenze riservate alle autorità. Ciò che invece rileva è se a fronte di tali tentativi i meccanismi di tutela dell'indipendenza abbiano o meno operato in maniera efficace. E, a tale proposito, deve osservarsi che i giudici tanto europei quanto nazionali, quando sono hanno dovuto valutare atti governativi o anche legislativi volti a incidere illegittimamente sulle scelte delle autorità, hanno palesato di voler intendere in maniera assai rigorosa simili meccanismi di tutela. In special modo, relativamente all'indipendenza funzionale, deve evidenziarsi che, anche prima che il legislatore europeo decretasse, con riguardo a tutte le autorità nazionali ed europee (e anche alle agenzie europee di coordinamento tra le autorità), il divieto assoluto per le stesse di sollecitare o accettare istruzioni da organi politici<sup>16</sup>, sia la Corte di Giustizia UE che il Consiglio di Stato avevano censurato gli atti

---

<sup>16</sup> Tale divieto è stato sancito dal legislatore europeo per tutte le autorità indipendenti nazionali ed europee con norme relative ai diversi settori. Per quanto attiene alle autorità nazionali v.: per l'energia elettrica v. l'art. 35, par. 4, lett. b) ii), della direttiva 2009/72/CE; per il gas naturale v. l'art. 39, par. 4, lett. b) ii), della direttiva 2009/73/CE; per le comunicazioni elettroniche v. l'art. 3 della direttiva 2002/21/CEE, come modificato dall'art. 1 della direttiva 2009/140/CE; per il trasporto ferroviario v. l'art. 55, par. 3, comma 4,

– in materia di comunicazioni elettroniche e di energia – con cui legislatori e/o governi nazionali avevano interferito con le decisioni rimesse alle autorità<sup>17</sup>; e che tale indirizzo è stato poi inequivocabilmente ribadito<sup>18</sup>.

Similmente, in ordine all'indipendenza strutturale, la Corte di Giustizia ha dichiarato l'illegittimità dei provvedimenti con cui, sebbene nel quadro di una riforma globale del sistema delle autorità ritenuta in sé legittima, era stata disposta la revoca anticipata dei componenti di un'autorità di regolazione<sup>19</sup>, e il Consiglio di Stato ha sanzionato la violazione delle norme in tema di incompatibilità successiva alla cessazione dalla carica<sup>20</sup>. Questa giurisprudenza attesta la totale effettività delle norme diretta ad assicurare l'indipendenza delle autorità. Tra l'altro è chiaro che il rispetto delle stesse dipende anche dalla loro capacità di reagire con decisione alle ingiuste interferenze degli organi politici. Anche perché se, dinanzi a un atto legislativo o amministrativo che incide in modo formale sulle prerogative delle autorità, l'iniziativa di contestarlo può essere assunta anche da un soggetto differente – ad esempio, come accaduto realmente, dalla Commissione europea<sup>21</sup> o da un'impresa regolata<sup>22</sup> –, al contrario, solamente le autorità e i loro vertici possono respingere le pressioni operate, specialmente dai governi, in maniera informale e nascosta.

Infine, si pone la problematica attinente all'*accountability*: ossia, alla verifica della coerenza dell'azione delle autorità con gli obiettivi e con la missione ad esse affidata. Verifica che non può spettare ad organi di governo, in quanto verrebbe sacrificato il connotato dell'indipendenza, ma che senza dubbio non risulta di per sé incompatibile con il rispetto della stessa. Anche sotto questo profilo, la prassi italiana si mostra

---

della direttiva 2012/34/UE. Per le autorità (e agenzie di coordinamento) europee v.: V. gli artt. 40 ss. dei regolamenti UE n. 1093/2010 (relativo all'Autorità bancaria europea), n. 1094/2010 (relativo all'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali, e n. 1095/2010 (relativo all'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati); nonché gli artt. 12 ss. del regolamento (CE) n. 713/2009 (relativo all'Agenzia per la cooperazione dei regolatori nazionali dell'energia; e gli artt. 4 ss. del regolamento (CE) n. 1211/2009 del 25 novembre 2009 (relativo all'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche).

<sup>17</sup> V. Corte Giustizia, IV, 3 dicembre 2009, causa C-424/07, Commissione contro Repubblica Federale di Germania; Cons. Stato, IV, 9 aprile 2008, n. 1274.

<sup>18</sup> V. Corte Giustizia, IV, 26 luglio 2017, causa C-560/15, Europa Way e Persidera; TAR Lombardia, Milano, I, 28 novembre 2019, n. 2538.

<sup>19</sup> V. Corte Giustizia, II, 19 ottobre 2016, causa C-424/15, Xabier Ormaetxea Garai e Bernardo Lorenzo Almendros contro Administracion del Estado.

<sup>20</sup> Cons. Stato, VI, 30 gennaio 2007, n. 341.

<sup>21</sup> Così nei due casi decisi dalla Corte di Giustizia nelle sentenze 3 dicembre 2009, Commissione contro Repubblica Federale di Germania e 26 luglio 2017, Europa Way e Persidera.

<sup>22</sup> Così nella fattispecie oggetto della citata sentenza del TAR Lombardia, n. 2538/2019.

insoddisfacente. Perché se è fuor di dubbio che ha operato largamente e incisivamente il sindacato di legittimità del giudice amministrativo (Ramajoli, 2006), si è mostrato, invece, meno efficace ed effettivo il controllo espletato in sede parlamentare sull'attività da esse espletata nei differenti ambiti di competenza.

Solamente in occasione di scandali e polemiche che hanno assunto un qualche rilievo politico o mediatico le audizioni dei vertici delle autorità dinanzi alle competenti commissioni parlamentari sono risultate non meramente formali – e anzi fin troppo inquisitorie. Nella generalità dei casi, invece, tanto quelle audizioni quanto la presentazione delle relazioni annuali delle varie autorità sono state concepite più come incontri rituali, di formale rispetto alla sovranità del parlamento, che non come occasioni utili per appurare l'efficacia dell'azione delle autorità.

Senza dubbio ricco di maggiore significato, sul piano dell'*accountability* delle autorità, è stato il loro inserimento in reti europee di organismi consimili e la loro sottoposizione al coordinamento delle autorità o agenzie europee, nei cui organi peraltro esse stesse sono direttamente rappresentate (Cerulli Irelli, 2012).

Questi meccanismi di raccordo orizzontale – che talvolta si saldano con quelli assai più verticali facenti capo alla Commissione europea – assumono importanza anche sul versante della verifica di eventuali deviazioni illogiche di singole autorità rispetto agli indirizzi comuni e condivisi. Tuttavia, è lapalissiano che tali forme sovra-nazionali di controllo operano solamente con riguardo alle competenze assegnate alle autorità dalle normative europee. Per le funzioni ad esse conferite unicamente dal legislatore nazionale, che investono interi ambiti della loro attività, il controllo complessivo di aderenza delle autorità alla loro missione può essere espletato solamente dal parlamento.

Pertanto, sembrerebbe chiara l'esigenza di un consolidamento dei meccanismi di verifica affidati alle competenti commissioni della camera e del senato, fermo restando il rispetto dell'indipendenza delle autorità (Liberati, 2020).

## Capitolo 2. *Accountability* delle autorità amministrative indipendenti

### 2.1. Eccentricità del modello delle *Autorithies*

Le Autorità amministrative indipendenti palesano importanti peculiarità strutturali e funzionali tanto da aver animato la discussione a livello dottrinario e giurisprudenziale in ordine alla loro stessa natura giuridica e ‘posizionamento’ costituzionale.

Le caratteristiche di simile fenomeno – che scorge la propria origine nell’ordinamento americano della fine ’800 con il modello delle *independent regulatory agencies* – hanno origine dalla transizione degli Stati da un ruolo di gestione e di intervento diretto nell’economia, nella maggior parte dei casi monopolistico, a un ruolo di semplice regolatore. Infatti, Non è un caso che l’incremento delle Autorità amministrative indipendenti nel nostro Paese sia strettamente correlato ai processi di privatizzazione e di liberalizzazione, i quali hanno messo lo Stato di fronte alla scelta di affidare la regolazione e la vigilanza di questi «nuovi» mercati a istituzioni munite di considerevole competenza tecnica, neutralità in ordine agli interessi economici in gioco e autonomia rispetto alle ingerenze della politica.

Il fenomeno – che in letteratura è meglio conosciuto come «crisi della legge» (Garofoli, Ferrari, 2017) – ha implementato una forma di «policentrismo normativo», che i più hanno motivato dal bisogno di assegnare la regolazione di settori sensibili dell’economia a *rule-maker* capaci di fornire una risposta celere, con elevata tecnicità e notevole conoscenza dei mercati di riferimento, alle variabili esigenze regolatorie; fenomeno che invece altri hanno visto come estrinsecazione di debolezza della politica, disposta a affidare ad organismi indipendenti dal controllo governativo competenze e funzioni – amministrative, normative e giurisdizionali – tipiche dei «poteri dello Stato» (Pericu, 1996).

In ogni caso, è parere unanime come le Autorità amministrative indipendenti vengano meno a una facile collocazione nella tripartizione montesquiana dei poteri, dal momento che, sebbene con diversi tratti fra le stesse, la legge le chiama a espletare, al medesimo tempo, funzioni di amministrazione attiva, come quelle autorizzatorie; funzioni di regolazione, attraverso l’adozione di norme secondarie o di *soft law*; funzioni paragiurisdizionali, che vanno dall’imposizione di sanzioni pecuniarie a ruoli arbitrali.

Da qui l'astrusità di inquadrare le Autorità amministrative indipendenti nell'ambito della struttura costituzionale, in differente misura ma contemporaneamente partecipanti al potere legislativo, esecutivo e giurisdizionale; astrusità questa ancor di più aumentata dalla mancanza di legittimazione rappresentativa delle Autorità medesime. Queste ultime, infatti, proprio in ragione della loro autonomia rispetto al Governo, da una parte, non vedono nominati direttamente dall'esecutivo i relativi vertici; dall'altra, si palesano sottratte al circuito di responsabilità politica ex art. 95 Cost., in ragione del quale in capo ai ministri vi è la responsabilità collegiale degli atti del Consiglio dei ministri e la responsabilità individuale per quelli provenienti dai loro dicasteri.

Su simili ponderazioni dubitative da molto tempo tanto la giurisprudenza quanto la dottrina sono andate esprimendosi decretando la compatibilità del fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti con i dettami costituzionali, senza bisogno che si configuri un *tertium genus* fra potere esecutivo e giurisdizionale, ma configurando le Autorità indipendenti quali PP.AA. nel concetto di Stato-comunità, più vasto rispetto a quello di Stato-apparato dove colloca l'amministrazione piramidale concepita in termini cavouriani.

Invece, resta ancora aperta la ricerca di una classificazione delle Autorità amministrative indipendenti (Caringella, 2016), tenuto conto dell'eterogeneità delle medesime, al di là della circostanza comune di essere state istituite al fine di salvaguardare interessi pubblici e della collettività in determinati settori economici e di rilievo sociale. Infatti, difetta una disciplina unitaria della materia, nonostante il pensiero di volerla inserire si sia palesato sovente, sia nel dibattito politico che in quello scientifico; ogni Autorità rinviene di fatto il proprio caposaldo nell'alveo di una ben precisa legge istitutiva, che ne delinea, in forme anche notevolmente differenti, organizzazione e poteri (da quelli regolamentari, a quelli consultivi e di segnalazione, a quelli di controllo e vigilanza, ispettivi, sanzionatori e di risoluzione di conflitti). In ogni caso, le Autorità amministrative indipendenti, sebbene con formule organizzative e di poteri differentemente calibrati, sono attualmente riconosciute come un efficace modello di organizzazione amministrativa, il quale si contrassegna di fatto per due principali tratti caratteristici, fra loro interrelati: elevato livello di competenza tecnica e autonomia rispetto all'indirizzo politico.

Relativamente al primo punto, le Autorità amministrative indipendenti sono portatrici di una «legittimazione di natura tecnica». Infatti, la loro medesima giustificazione, la *ratio*

*legis* della loro istituzione, si basa sulla convinzione che taluni compiti – innanzitutto quelli della regolazione e della tutela del consumatore – possano essere meglio concretizzati assegnandoli ad Istituzioni *ad hoc*, a netta impronta tecnico-specialistica, che, nella loro azione, si adeguino e uniformino a criteri oggettivi, svincolati da condizionamenti politici.

La medesima Corte di cassazione, a sezioni unite, rammenta che:

«proprio in ragione della loro specifica competenza tecnica, oltre che del carattere oggettivo e neutrale delle loro funzioni, [alle autorità amministrative indipendenti] sono stati affidati dal legislatore compiti di vigilanza ed accertamento nei settori di rispettiva competenza (compiti da espletare attraverso procedimenti amministrativi connotati da particolari garanzie per i controinteressati)»<sup>23</sup>.

Unitamente alla legittimazione tecnica anche la particolare posizione di indipendenza, gerarchica e funzionale, rispetto ai classici poteri dello Stato e, segnatamente, dall'esecutivo, da una parte; e l'indipendenza dai gruppi di interesse, dall'altra, assumendo la capacità di resistere ai pericoli «di cattura» da parte delle imprese regolate, conservando in tal modo l'interesse pubblico quale esclusivo parametro di riferimento per l'incarico istituzionale.

Se l'*expertise* che contrassegna e rende essenziale il lavoro svolto delle Autorità amministrative indipendenti, si pone quale base per ricondurre il fenomeno nell'alveo delle coordinate costituzionali, l'assenza di connessioni dirette e continuative con il circuito democratico-rappresentativo rende molto interessante una ponderazione su simili figure, in modo tale da appurare le modalità a mezzo delle quali si giustifica la presenza e la coerenza di tali Istituzioni nell'ordinamento italiano.

L'originalità rispetto all'archetipo ordinario di amministrazione, i vasti poteri attribuiti dalla legge, la sensibilità dei settori protetti impongono l'individuazione di idonei contrappesi in grado di ricondurre il lavoro svolto nel circuito democratico della responsabilità.

In tale contesto si trova la riflessione sui fondamentali presidi diretti a garantire una solida *accountability* delle Autorità amministrative indipendenti, a cominciare dalla trasparenza dell'azione amministrativa, dall'autorevolezza dell'agire, dalla partecipazione e dal buon

---

<sup>23</sup> cfr. Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013

governo, dalla valutazione dell'efficacia dell'azione, dal controllo giurisdizionale sull'operato. D'altra parte, una idonea *accountability* è la base per conservare (o ricostruire) la fiducia dei cittadini verso le PP.AA. e le Autorità indipendenti, istituzioni che, volendo mutuare le parole di Sabino Cassese, «sfida[no] i principi più riveriti degli ordinamenti moderni» (Cassese, 1996).

Tra l'altro, simile analisi non può non tener conto di una importante riflessione inerente alla spinta di due linee di tendenza di segno contrapposto: da una parte, una tendenziale prosperante indipendenza delle Autorità nei riguardi dei poteri dello Stato; dall'altra, un affievolimento di tale indipendenza nei riguardi delle Istituzioni sovranazionali, atteso che le *Authorities* sono sempre più chiamate ad operare in interrelazione con altre entità internazionali.

## **2.2. La leva di *accountability* nella democrazia procedimentale**

La dottrina, al fine di fornire una giustificazione in ordine alla irregolare e anomala collocazione istituzionale delle Autorità nel sistema costituzionale italiano, ha teso a individuare nel procedimento una specie di surrogato della democrazia rappresentativa, che consente «una forma di legittimazione diversa, ma equivalente» (Manetti, 1994), rimarcando come sia possibile che vi

«siano funzioni di fondamentale importanza esercitate in un sistema democratico da organi non elettivi e non responsabili, se in sostituzione di quella responsabilità si viene a creare un congegno che rende l'esercizio del potere verificabile, controllabile, in sedi diverse che non siano quelle del sistema rappresentativo elettorale» (Predieri, 1997).

Essenzialmente, la legittimazione di queste Istituzioni «non discend[erebbe] dalla democrazia politica, ma dalla democrazia procedimentale» (Cassese, 1999). Di qui l'esigenza di programmare opportune garanzie procedimentali dirette a garantire una concreta partecipazione ai soggetti interessati.

Sempre Cassese, a tale riguardo, rimarca come

«le Autorità indipendenti, che non sono politicamente accountable, sono in altro modo accountable e [...] questo diverso modo sta nella visibilità delle loro decisioni, nella completezza delle loro informazioni, nella loro capacità di udire gli interessati»(ibidem).

Ben può comprendersi, pertanto, come la legittimazione democratica delle Autorità, oltre che nell'alta competenza tecnica che le contrassegna, individui giustificazione proprio in quelle forme di controllo e di partecipazione al loro operato, grazie alle quali esse divengono responsabili o, meglio ancora, *accountable*.

Sono differenti i presidi posti dall'ordinamento al fine di garantire l'*accountability* delle Autorità amministrative indipendenti. A cominciare dalle caratteristiche modalità di espletamento della funzione regolatoria. La partecipazione degli *stakeholder* alla definizione della disciplina di settore raffigura fattore qualificante dell'iniziativa normativa delle Autorità.

Lo strumento del *notice and comment*, ampiamente usato, incoraggia all'identificazione, attenta e coerente con le particolarità dei singoli mercati, delle possibili ottimali scelte regolatorie. Infatti, le Autorità, attraverso la «consultazione pubblica», attuano una sorta di contraddittorio con i propri *stakeholders* allo scopo di acquisire elementi che possano concernere gli aspetti critici della situazione odierna, le opzioni di intervento compresa quella «zero», la valutazione degli effetti che si attendono, nonché relativamente alla valutazione dell'efficacia dell'intervento, della sua attuazione e dei suoi principali impatti.

Perciò, grazie allo strumento delle pubbliche consultazioni le scelte regolatorie si rifanno a un «principio di circolarità», dove la proposta normativa dell'Autorità viene sottoposta all'apporto collaborativo dei soggetti cui sarà destinata, per poi fare ritorno all'Autorità che, anche sulla scorta degli elementi che sono emersi dalla condivisione con il mercato, la renderà prescrittiva.

Questa circolarità riguarda le disposizioni regolatorie sia nella fase ascendente (di produzione della norma), sia in tutto il ciclo vita della norma, avendo attenzione anche al processo di revisione dell'apparato normativo, sovente imprescindibile per il celere invecchiamento dei settori presidiati.

Anche la giurisprudenza è unanime con simile impostazione, rilevando che la consultazione pubblica costituisce uno strumento «sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative»<sup>24</sup>. Certamente, la consultazione, estrinsecazione della democrazia partecipativa, conserva una serie di differenze rispetto alle forme di democrazia rappresentativa: la più importante consiste nella circostanza che il voto, per

---

<sup>24</sup> Cfr. Cons. Sato, 27 dicembre 2006, n. 7972.

mezzo del quale si esplica la democrazia rappresentativa, può anche non essere motivato, e raffigura un atto di esercizio collegiale del potere, mentre la consultazione «trova la sua forza nella ragione, nelle argomentazioni che attraverso di essa vengono acquisite come contributo di parte alla costruzione di una regola ragionevole» (Sclafani, Zanettini, 2010). L'espansione delle garanzie procedurali non è avvenuta solo sulla base di quanto stabilito da previsioni normative o in ragione di *best practices* delle Autorità, bensì anche a seguito dell'opera della giurisprudenza, non solo amministrativa. Infatti, la Corte costituzionale ha decretato che l'attività delle Autorità «non può sottrarsi al generale canone *audiatur ed altera pars*», e che «il coinvolgimento dei soggetti interessati ed il momento di partecipazione che ne deriva, si pongono come fase indefettibile [del procedimento]»<sup>25</sup>.

Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato sono affermate con convinzione principi quali il giusto procedimento, il valore legittimante delle regole del contraddittorio e della partecipazione dei privati all'esercizio dei poteri regolatori. Invero, il Consiglio di Stato, in una serie di decisioni attinenti all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (Screpanti, 2007), ha individuato i presupposti di esercizio dei poteri regolatori attribuiti alle Autorità.

«L'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative»<sup>26</sup>.

Ebbene, l'assenza di responsabilità e di soggezione verso il Governo, così come l'indipendenza e la neutralità delle Autorità individuano «un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale»<sup>27</sup>. Da qui il richiamo del Consiglio di Stato<sup>28</sup> a che «la caduta del valore della legalità sostanziale [sia] compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio», quasi a richiamare una connessione inversa: quanto meno è garantita la prima, tanto più

---

<sup>25</sup> Corte cost. n. 57/1995.

<sup>26</sup> Cons. Stato, n. 7972/2006

<sup>27</sup> Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215.

<sup>28</sup> Cons. Stato, n. 7972/2006

si rende essenziale incrementare il coinvolgimento di tutti gli stakeholders interessati nel procedimento regolatorio. In tale direzione, la consultazione preventiva si trasforma in uno «strumento essenziale per arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione», a mezzo del quale conseguire un contributo informativo e valutativo da parte dei soggetti interessati.

Pertanto, l'Autorità dovrà tener conto delle osservazioni presentate in sede di motivazione del provvedimento conclusivo, nascendo puntuale obbligo in tal senso. A tali declinazioni dell'*accountability*, dirette all'efficacia regolatoria, vanno affiancandosi le declinazioni dirette alla trasparenza dei processi di normazione. Emblematico di ciò è, ad esempio, quanto stabilito dalla legge sulla tutela del risparmio<sup>29</sup>, in base alla quale i provvedimenti delle Autorità di settore che presentano natura regolamentare o di contenuto generale, eccetto quelli riguardanti l'organizzazione interna, devono avere adeguata motivazione con riguardo alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono. Questo carico motivazionale non è presente, viceversa, relativamente alla genericità delle amministrazioni, laddove la legge sul procedimento amministrativo dispone che la motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli aventi contenuto generale<sup>30</sup>.

Il ruolo consolidato del contraddittorio, oltre che con riferimento alle funzioni di regolazione, rileva per le Autorità anche con riguardo all'attività di decisione puntuale ed all'attività di risoluzione dei conflitti, dove il contraddittorio rispetta il fine precipuo di garantire la «parità delle armi» ed è anche la conseguenza diretta della sussistenza di un conflitto tra le parti che deve essere sciolto con l'intervento terzo dell'Autorità.

Proprio l'utilizzo di formule organizzative ispirate al contraddittorio sposta, a mano a mano, l'amministrazione verso un ruolo di terzietà che permette di rendere l'azione esercitata più attendibile e più efficace, ovvero: più *accountable*.

### **2.3. I limiti del sindacato giurisdizionale a difesa della legittimazione costituzionale**

Il controllo giurisdizionale se assume rilievo centrale in termine di legittimazione del contraddittorio procedimentale, ricopre una funzione basilare per la riconduzione delle Autorità alle coordinate costituzionali.

---

<sup>29</sup> L. 28 dicembre 2005, n. 262, recante «Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari». Si veda in particolare l'art. 23, c. 1.

<sup>30</sup> L. 7 agosto 1990, n. 241, si veda in particolare l'art. 3, c. 2.

Il tema non si sviluppa solo intorno all'oramai conosciuto interrogativo *who guards the guardians?* ma ha riguardo, in special modo, alle modalità per mezzo delle quali espletare tale sindacato, vertendo su un'attività articolata, tecnica e specialistica quale è quella delle Autorità indipendenti. Infatti, il sindacato giurisdizionale su tali Istituzioni potrebbe essere più o meno ampio a seconda del modello di controlli che si sceglie: se l'esame giudiziario si propone ad essere il solo concreto foro di verifica dell'operato, allora dovrà essere piuttosto incisivo; al contrario, se si colloca nell'ambito di un sistema multiforme di controlli diffusi e parziali, allora potrebbe anche essere più limitato (Durante, 2021).

Una struttura istituzionale che si basa sulla distribuzione dei poteri, sui *checks and balances*, su una responsabilità delle Autorità differente tra i differenti soggetti permetterebbe, quindi, di evitare la degenerazione della loro indipendenza in autoreferenzialità, pur senza invocare un sindacato penetrante della giurisprudenza.

Quindi, se appare aperta la discussione in ordine ai confini del sindacato giurisdizionale, opinione condivisa è l'esigenza di simile controllo (Cassese, 1996). D'altra parte, l'art. 24 Cost. riconosce a tutti la possibilità di «agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi» e definisce la difesa un «diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento»; l'art. 102 puntualizza la proibizione di istituire «giudici straordinari o giudici speciali»; l'art. 113 conclude disponendo che «contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giustizia ordinaria o amministrativa».

Alla realizzazione di un sistema di tutela efficiente coopera certamente la linearità del riparto di giurisdizione. Invero, le norme che hanno istituito le Autorità indipendenti hanno stabilito le modalità di impugnazione dei loro atti, da cui emerge un *favor* alla sottoposizione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, come precisamente recepito dal Codice del processo amministrativo (Michetti, 2018).

Anche la giurisprudenza, obiettando il carattere para-giurisdizionale delle autorità indipendenti, ha riconosciuto e avallato l'esigenza di un controllo giurisdizionale. In ordine ai confini del sindacato del giudice sulla discrezionalità tecnica delle *Authorities* è stato fatto notare (Contessa, 2018) come tale tema sia andato evolvendosi con il modificarsi delle competenze rimesse alle stesse Autorità, oltre che con il cambiamento del ruolo istituzionale alle stesse conferito, delle differenti tipologie di potere esercitato, nonché degli strumenti tipici del controllo giurisdizionale su di esse.

La discussione in ordine alla portata del controllo giurisdizionale sugli atti estrinsecazione di discrezionalità tecnica delle Autorità indipendenti è andato articolandosi nel corso del tempo: si è passati da una concezione diretta a riconoscere al giudice un sindacato estrinseco e debole (ai limiti della «deference istituzionale»), escludendo la valutazione giudiziaria in merito all'esatta ricostruzione dei fatti, fino a un sindacato intrinseco e forte, integrativo dell'accertamento fattuale da parte dell'Autorità, con il solo limite dell'esercizio del potere amministrativo da parte del giudice.

A comporre simili posizioni, con una soluzione mediana, è stata infine la giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>31</sup>, a scuola della quale, anche se il sindacato giurisdizionale pieno ed effettivo sugli atti delle Autorità indipendenti si estende anche alla verifica dei fatti operato dalle Autorità sulla base di concetti giuridici indeterminati o di regole tecnico-scientifiche opinabili (in modo tale da impedire che la discrezionalità tecnica tramodi in arbitrio specialistico) e comporti il controllo del rispetto dei limiti dell'opinabile tecnico-scientifico (mediante gli strumenti processuali a questo proposito considerati più opportuni), non può, tuttavia, spingersi fino al punto di «sostituire» le valutazioni discrezionali dell'Autorità.

Un simile modello di bilanciamento fra tutela giurisdizionale piena ed effettiva ed intangibilità dello spazio di riserva del potere amministrativo si mostra allineato con le garanzie garantite dalla CEDU, soprattutto nel caso in cui le Autorità indipendenti assumono provvedimenti di tipo afflittivo verso i soggetti vigilati.

La tematica concernente il rispetto dei principi del giusto procedimento, da parte delle *Authorities* è stata messa in evidenza mediante la sentenza Grande Stevens della Corte di Strasburgo<sup>32</sup>, la quale ha riconosciuto natura penale alle sanzioni comminate dalla CONSOB, sulla scorta dei criteri c.d. Engel (qualificazione giuridica della misura, natura della misura e relativo grado di severità).

La giurisprudenza nazionale di legittimità, tanto civile quanto amministrativa, ha fatto proprio simile approdo concettuale, reputando che – in materia di irrogazione di sanzioni che, sebbene qualificate come amministrative, abbiano, alla stregua dei criteri formulati dalla Corte EDU, natura penale – gli Stati possano scegliere se concretizzare le garanzie del giusto processo della Convenzione EDU già nel corso della fase amministrativa o

---

<sup>31</sup> Cons. Stato, sez. VI, 25 settembre 2017, n. 4460.

<sup>32</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 marzo 2014.

attraverso l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio applicato dall'autorità amministrativa (a conclusione di un procedimento non contrassegnato da quelle garanzie) ad un sindacato giurisdizionale pieno, di natura sostitutiva, posto in essere mediante un procedimento conforme alle prescrizioni della Convenzione. In questo secondo caso, il procedimento amministrativo non può considerarsi illegittimo, in rapporto ai parametri disposti dalla Convenzione, e la successiva fase giurisdizionale non comporta una sorta di sanatoria di tale originaria illegittimità.

Viceversa, il procedimento amministrativo, pur non offrendo esso stesso le garanzie della Convenzione, si mostra *ab origine* conforme alle prescrizioni di tale articolo, proprio in quanto è diretto a terminare con un provvedimento passibile di un sindacato giurisdizionale pieno, nell'alveo di un giudizio che garantisce le garanzie del giusto processo<sup>33</sup>.

Sulla scorta di tale generale ricostruzione, si deve concludere evidenziando la centralità assunta dal controllo giudiziale di quanto svolto dalle Autorità, quale elemento di chiusura in maniera tale da rendere compatibili tali Autorità sia con l'ordinamento nazionale, che reputa indefettibile la tutela giurisdizionale ex art. 113 Carta costituzionale, sia con quello sovranazionale a difesa delle garanzie individuali generalmente riconosciute dagli Stati. Ciò, ferme restando le considerazioni da taluni avanzate in ordine alle faticosità del giudizio amministrativo: riguardando affari di considerevole portata economica, gli interessati potrebbero pragmaticamente addentrarsi nel percorso dell'annullamento o dell'utilizzo strumentale di alcune misure legittime, sperando magari in qualche vizio procedimentale (La Spina, Majone, 2000).

Quindi, se non può che osservarsi con occhi favorevoli la previsione dell'art. 119 Codice sul processo amministrativo che riduce notevolmente i termini processuali per i giudizi aventi ad oggetto le controversie inerenti ai provvedimenti delle Autorità, potrebbe mostrarsi utile la valorizzazione di «sezioni specializzate» sui temi notevolmente tecnici delle Autorità, problema delicato sebbene stemperato con l'inserimento della consulenza tecnica d'ufficio tra gli strumenti probatori di TAR e Consiglio di Stato.

---

<sup>33</sup> Cass. civ., sez. II, 10 marzo 2016, n. 4725.

## Capitolo 3. Antitrust «in crisi»

### 3.1. Pandemia e politica della concorrenza

La crisi sanitaria che ha colpito brutalmente l'Europa a inizio 2020 ha fatto molte vittime e, tra queste, anche l'Autorità Antitrust nazionale.

Sulla scia delle reazioni emergenziali attivate dalla pandemia, ad ogni latitudine è andato registrandosi un allentamento della politica di concorrenza.

La Commissione europea e le autorità nazionali di tutta Europa e dei principali Paesi extra-europei, ben conscie dell'esigenza di fornire una risposta alle urgenze imposte dal nuovo quadro, sono celermente intervenute (Ghezzi & Zoboli, 2020), dando prova dell'elasticità che contrassegna la politica di concorrenza e che permette all'*enforcement* di conformarsi alle particolari esigenze delle diverse fasi economiche (Fingleton, 2009; Libertini, 2013). Tuttavia, nell'ordinamento italiano si è andati ben oltre un simile allentamento. Il legislatore nazionale, nella corsa faticosa volta a circoscrivere quanto possibile l'impatto della pandemia e nel convincimento che, dinanzi ad una tale emergenza, la salvaguardia della concorrenza non sia un lusso che ci si possa permettere, ha deciso *ex abrupto* di trascurarla: in tal modo, a mezzo di decreto, ha inserito una serie di deroghe al controllo antitrust delle concentrazioni che, ripetendo un copione già visto, palesano quanto il rapporto tra crisi d'impresa e tutela del mercato sia ben distante dall'aver conseguito un equilibrio appagante all'interno dell'ordinamento (Libertini, 2020; Guizzi, 2018; Minervini, 2018).

Come considerevolmente ricordato «I tempi di crisi sono tempi di magra per l'Antitrust, costretto a piegarsi ai sussidi e al protezionismo, visti in genere come strumenti irrinunciabili per salvare il salvabile» (Amato, 2015; Pezzoli, 2020).

Ciò nondimeno, se la complicata sfida che le autorità di concorrenza devono attualmente affrontare è incoraggiare le opportunità legate alla riorganizzazione pro-competitiva di alcuni settori produttivi mediante un uso esteso e selettivo degli aiuti di Stato e un approccio rigoroso, ma elastico rispetto al controllo delle concentrazioni (ibidem), la scelta risolutiva del legislatore di allontanare l'Antitrust dal controllo dei processi di acquisizione di alcune imprese in crisi rischia di mettere in crisi lo stesso Antitrust: manifestando un approccio allarmante che volge lo sguardo alla tutela della concorrenza

come parte del problema anziché come antidoto alla crisi (Pitruzzella, 2015) e che puntualmente sembra riemergere, come un riverbero pavloviano, ad ogni tornante decisivo. Allora, il punto di domanda al quale dovrebbe darsi una risposta è, innanzitutto, se le deroghe inserite più di recente possano individuare oggettiva giustificazione nella situazione odierna, ridimensionandosi così la preoccupazione sopra espressa; nel caso in cui difetti una simile giustificazione, se le stesse possano essere riguardate solo come un cattivo esempio di legislazione d'emergenza oppure non raffigurino invece un ulteriore traccia del nuovo equilibrio tra Stato e mercato che va tratteggiandosi e che spinge a domandarsi se l'insieme di misure e interventi attuati con la pandemia non rischi di mutare in maniera duratura la nostra costituzione economica (Minervini, 2020).

### **3.2. Le nuove deroghe al controllo antitrust delle concentrazioni: liquidazioni bancarie e crisi d'impresa**

Sono due i versanti dove i decreti emergenziali dei mesi scorsi sono intervenuti, spogliando l'Autorità dei propri poteri di intervento.

Il decreto-legge 19 maggio 2020 n. 34 (c.d. decreto Rilancio) convertito dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, nel prevedere alcuni interventi dello Stato a favore della solidità del sistema bancario e finanziario, ha disposto talune forme di sostegno pubblico alle procedure di liquidazione coatta amministrativa delle banche di minori dimensioni e, in tale ambito, ha provveduto a inserire una deroga all'applicazione della legge n. 287/90. Segnatamente, con gli articoli 168-175, è stato istituito un regime di sostegno pubblico per «l'ordinato svolgimento delle procedure di liquidazione coatta amministrativa di banche», differenti dalle banche di credito cooperativo, con attività totali di valore pari o inferiore a 5 miliardi di euro. A questo riguardo, il Ministero dell'Economia e delle Finanze è autorizzato a concedere tale sostegno alle operazioni di trasferimento a una banca acquirente di attività e passività, di azienda, di rami d'azienda nonché di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco (il c.d. «compendio ceduto») di una banca che, dopo l'entrata in vigore del decreto-legge, si trovi in liquidazione coatta amministrativa, ex art. 80 del D. Lgs. n. 385/93 (Tub)<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> L'ammontare complessivo massimo degli oneri a carico dello Stato per la concessione del sostegno pubblico in esame è pari a 100 milioni di euro, che possono essere aumentati a determinate condizioni (art. 169, co. 6). Tale supporto può essere concesso nei dodici mesi successivi alla positiva decisione della Commissione europea riguardo alla sua compatibilità con il quadro normativo dell'Ue in materia di aiuti di

La deroga al controllo antitrust è prevista al co. 4 dell'art. 171 laddove è previsto che se la concentrazione che scaturisce dall'acquisizione compendio ceduto all'acquirente non rientra nell'alveo applicativo del regolamento (Ce) n. 139/2004 (e, quindi, non è di dimensione comunitaria), essa «si intende autorizzata in deroga alle procedure previste dalle norme a tutela della concorrenza e del mercato di cui alla legge n. 287 del 1990, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale».

Qualche mese dopo è stato l'articolo 75, commi 1-3, del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104 recante Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia (c.d. decreto Agosto), convertito dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126, a inserire una ulteriore deroga per alcune concentrazioni non rientranti nell'alveo applicativo del regolamento europeo e, quindi, non aventi dimensione comunitaria<sup>35</sup>.

Precisamente, in ragione di simile articolo si intendono autorizzate in deroga alle procedure previste dalla legge n. 287/90, in quanto rispondono a importanti interessi generali dell'economia nazionale, le operazioni di concentrazione concernenti imprese:

- operanti in mercati contraddistinti dalla presenza di: i) servizi ad elevata intensità di manodopera come definiti dall'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici (i.e. servizi dove il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto) oppure ii) servizi di interesse economico generale ex art. 14 Tfu;
- che abbiano registrato perdite di bilancio negli ultimi tre esercizi e che, anche a causa delle conseguenze scaturenti dalla pandemia, potrebbero cessare la loro attività.

Al fine di usufruire dell'autorizzazione in deroga, le imprese interessate devono provvedere a comunicare in via preventiva le operazioni di concentrazione all'Agcm, assieme alla proposta di misure comportamentali atte a prevenire il pericolo di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali gravose per gli utenti a causa dell'operazione.

Altresì, è stabilito che l'Autorità, entro 30 giorni dalla comunicazione, sentito il parere del Mise e dell'Autorità di settore, prescriva tali misure con le modifiche e integrazioni

---

Stato, ovvero a seguito dell'autorizzazione rilasciata dalla Commissione europea a seguito della notifica individuale del singolo sostegno, qualora questa sia necessaria (art. 169, co. 5).

<sup>35</sup> L'art. 75 è rubricato «Operazioni di concentrazione a salvaguardia della continuità d'impresa e modifiche all'articolo 64-bis del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58».

essenziali a tutela della concorrenza e dell'utenza, anche considerata la sostenibilità complessiva dell'operazione.

La deroga presenta carattere temporaneo, trovando applicazione solamente alle operazioni comunicate entro il 31 dicembre 2020.

Sotto la vigenza della legge n. 287/90, sono stati rari i casi di deroga legislativa del controllo delle concentrazioni spettante all'Autorità Antitrust. Mettendo da parte l'art. 25, co. 1, della legge n. 287/90 che, nel disporre un potere eccezionale dell'Autorità di esaminare concentrazioni restrittive per rilevanti interessi dell'economia nazionale, non ha ricevuto attuazione dal momento che il Governo non ha mai emanato i criteri generali e preventivi previsti dalla norma, come anche l'art. 20, co. 5-bis della medesima legge che permette all'Autorità, su richiesta della Banca d'Italia, di autorizzare concentrazioni bancarie per motivi di stabilità (anch'esso mai applicato), due sono state le deroghe più importanti immesse da altrettante leggi-provvedimento:

- l'art. 4, co. 4-quinquies del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347<sup>36</sup>, introdotto dall'art. 1, co. 10, del decreto-legge n. 134/2008 recante *Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi*<sup>37</sup>;
- l'art. 3, co. 4, del decreto-legge 25 giugno 2017, n. 99 recante *Disposizioni urgenti per la liquidazione coatta amministrativa di Banca Popolare di Vicenza e di Veneto Banca*<sup>38</sup>.

L'art. 4, co. 4-quinquies del d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 ha disposto per le imprese esercenti servizi pubblici essenziali che:

«le operazioni di concentrazione connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato [...] rispondono a preminenti interessi generali e sono escluse dalla necessità dell'autorizzazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287, fermo quanto previsto dagli articoli 2 e 3 della stessa legge. Fatto salvo quanto previsto dalla normativa comunitaria, qualora le suddette operazioni di concentrazione rientrino nella competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, le parti sono, comunque, tenute a notificare preventivamente le suddette operazioni all'Autorità unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione.

---

<sup>36</sup> Decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347 recante «Disposizioni urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza», convertito dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39.

<sup>37</sup> Decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito dalla legge 27 ottobre 2008, n. 166.

<sup>38</sup> Decreto-legge 25 giugno 2017, n. 99, convertito con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2017 n. 212.

L'Autorità, con propria deliberazione adottata entro trenta giorni dalla comunicazione dell'operazione, prescrive le suddette misure con le modificazioni e integrazioni ritenute necessarie; definisce altresì il termine, comunque non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare [...]. Il presente comma si applica alle operazioni effettuate entro il 30 giugno 2009».

Si tratta della c.d. norma Alitalia-Cai, con cui venne coperto uno dei tanti tentativi di salvataggio della compagnia di bandiera (Stanghellini, 2010; Osti, 2008)<sup>39</sup> e autorizzata *ex lege* la concentrazione, salvando in ogni caso l'obbligo di notifica dell'operazione all'Autorità ai fini della prescrizione di misure comportamentali (Stecchetti, 2008; Guizzi, 2009; Pitruzzella, 2013).

Più di recente, l'art. 3, co. 4, del d.l. 25 giugno 2017, n. 99, ha disposto che:

«se la concentrazione che deriva dalla cessione non è disciplinata dal regolamento n. 139 del 2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004, essa si intende autorizzata in deroga alle procedure previste dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287 per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale».

Si tratta della disposizione a mezzo della quale, nel quadro della liquidazione coatta amministrativa della Banca Popolare di Vicenza e di Veneto Banca, è stata disposta *ex lege* l'autorizzazione dell'operazione di cessione, in deroga alle procedure di controllo previste dalla legge n. 287/90 e con esclusione dei poteri di controllo dell'Autorità.

Una previsione che si è mostrata in evidente controtendenza con quanto disposto nel settore, appena due anni prima, dal d.l. n. 183/2015 in occasione della risoluzione delle note «quattro banche» allorché venne esplicitamente richiamato dal legislatore l'art. 42, co. 3, del d.l. n. 180/2015 in base al quale «Sono fatte salve le eventuali limitazioni stabilite ai sensi della disciplina della concorrenza» (Argentati, 2016).

A perfezionamento del quadro, infine, devono richiamarsi i motivi in ragione dei quali la Corte costituzionale, con la sentenza 22 luglio 2010, n. 270, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale della norma c.d. Alitalia-Cai. Infatti, trattandosi,

---

<sup>39</sup> L'operazione prevedeva la costituzione di una nuova holding italiana destinata ad acquisire il controllo di due imprese in crisi (Alitalia e Airone).

del solo caso in cui il Giudice delle leggi si è finora pronunciato nella materia *de qua*<sup>40</sup>, la stessa offre elementi utili ad appurare la congruenza delle più recenti disposizioni.

La Corte ha osservato quanto segue:

- la «libertà di concorrenza» raffigura estrinsecazione della libertà d'iniziativa economica privata, che, ex art. 41 Cost., commi 2 e 3, è passibile di limitazioni giustificate da motivazioni di «utilità sociale» e da «fini sociali»;
- le esigenze di «utilità sociale» devono essere bilanciate con la concorrenza, ferma restando l'esigenza che l'identificazione delle stesse «non appaia arbitraria» e che esse non siano perseguite dal legislatore per mezzo di misure chiaramente incongrue, assumendo rilievo in tale valutazione anche il «carattere temporalmente limitato della disciplina» che le prevede;
- dette misure devono essere ragionevoli e non porre in essere una immotivata disparità di trattamento; altresì, la dovuta coerenza con l'ordinamento comunitario implica il carattere derogatorio ed eccezionale di questa regolazione.

Dunque, volendo concludere, stando al parere della Corte:

- «l'attenzione per interessi diversi si può tradurre in un potere di valutazione, in sostanza di regolazione generale, comunque non tecnica, demandato normalmente all'autorità politica, eventualmente in aggiunta o in sostituzione dell'Autorità indipendente preposta al controllo antitrust» e «il legislatore ordinario può, infatti, prevedere la possibilità di autorizzare operazioni di concentrazione in vista del contemperamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti, diversi da quelli inerenti all'assetto concorrenziale del mercato»;
- la norma in ogni caso deve essere scrutinata in termini di ragionevolezza e ciò «richiede di accertare in maniera stringente se siano identificabili interessi in grado di giustificarla, desumibili anche in via interpretativa, e se sia stata realizzata una scelta proporzionata ed adeguata»;
- pertanto, una volta individuati e reputati esistenti gli interessi generali riconducibili alle clausole generali «utilità sociale» e «fini sociali» dell'art. 41, commi 2 e 3, Cost., la soluzione realizzata per assicurarne la tutela deve sottoporsi al fondamentale test di proporzionalità.

---

<sup>40</sup> Corte cost., 22 luglio 2010, n. 270, in «Foro it.», I, 2010, p. 2902, con nota critica di A. Palmieri, R. Pardolesi; in «Giur. cost.», I, 2010, p. 3251, con nota parzialmente critica di M. Libertini (I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del decreto «Alitalia»).

Nel formulare detto giudizio di «proporzionalità», la Corte ha considerato la stessa sussistente nel caso sottoposto al suo esame sulla scorta dei seguenti argomenti:

- il fatto che la norma abbia conservato intatti gli artt. 2 e 3 della legge n. 287/90 e, quindi, la possibilità di colpire *ex post* l'eventuale abuso di posizione dominante che seguisse alla concentrazione;
- la dimostrazione di attenzione all'interesse dei consumatori attraverso la conservazione del potere dell'Autorità di stabilire le misure comportamentali atte a garantire i consumatori;
- il conferimento all'Autorità del potere di definire il termine, in ogni caso non minore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare (Argentati, 2020).

### **3.3. Le criticità delle disposizioni legislative inserite nel corso dell'emergenza pandemica**

Per quanto le deroghe da ultimo inserite sembrano posizionarsi, a primo impatto, sulla scia aperta nel 2008 dalla norma c.d. salva-Alitalia e continuato nel 2017 con la previsione sulle due banche venete e possano ricondursi alla scelta discrezionale del legislatore di perseguire così «rilevanti interessi generali dell'economia nazionale», le stesse se ne diversificano per molti aspetti, contrastando altresì con i criteri, nemmeno particolarmente rigorosi, disposti dal Giudice delle leggi nel 2010.

Relativamente alla norma sulla liquidazione coatta amministrativa delle banche minori, il maggiore punto critico è che essa, pur adottata nel contesto dell'emergenza sanitaria, non dispone alcun limite temporale di applicazione della deroga. Infatti, prevede solamente che il sostegno pubblico del Mef può essere concesso entro dodici mesi dalla positiva decisione della Commissione europea in materia di aiuti di Stato, periodo che può essere esteso fino a un massimo di ulteriori dodici mesi con decreto del Ministro, previa approvazione della Commissione europea.

Ne scaturisce che, per le liquidazioni aperte successivamente al mese di maggio 2020, si prefigura una sospensione *sine die* delle regole in materia di concentrazioni (contro il requisito della transitorietà indicato dalla Corte). Altresì, la norma differentemente dalle altre disposizioni richiamate:

- è destinata ad essere applicata rispetto ad un numero indeterminato di operazioni di concentrazione bancaria per le quali il Mef riterrà di fornire sostegno pubblico;
- dispone un'autorizzazione *ex lege*, escludendo qualsiasi obbligo di comunicazione preventiva all'Autorità, nonché i conseguenti poteri di intervento;
- prescinde dall'operare qualsivoglia bilanciamento con i principi di concorrenza, bilanciamento che risulta presente sia nei richiamati artt. 25 e 20 della legge n. 287/90 sia nell'art. 4, co. 4-quinquies del decreto-legge n. 347/03.

Viene da domandarsi, a tale riguardo, quale sia l'interesse pubblico perseguito e se esso sia di rango almeno equi-ordinato rispetto a quello della tutela del mercato concorrenziale, posto che ciò potrebbe (quantomeno in termini astratti) giustificare un contemperamento dei due interessi.

Trattandosi di banche, risulta immediato pensare alla stabilità del sistema bancario, sul quale vi è stata una lunga discussione. Tuttavia, deve osservarsi che se l'obiettivo fosse questo, l'ordinamento già oggi dispone una disciplina speciale racchiusa all'art. 20, co. 5-bis della legge n. 287/90, in base al quale l'Agcm, su richiesta della Banca d'Italia, può autorizzare un'operazione che, diversamente, sarebbe da vietare «per esigenze di stabilità di uno o più dei soggetti coinvolti». In questa disposizione, tra l'altro, si prevede il *caveat* per cui non potrebbero in ogni caso essere consentite restrizioni della concorrenza che non fossero intrinsecamente essenziali rispetto al fine puntuale di assicurare l'equilibrio del sistema bancario (co. 5-ter), così ponendo in essere quel bilanciamento di interessi ritenuto come imprescindibile dalla Corte (Ghezzi, 2011).

D'altronde, che ad aver ispirato la deroga di cui si discorre non sia la tutela della stabilità lo dimostra indirettamente il fatto che neanche nel caso di risoluzione di una banca sistemica è stabilita alcuna eccezione alla disciplina ordinaria delle concentrazioni: men che mai, perciò, essa potrebbe giustificarsi per banche di dimensioni piccole, che restano fuori da quella procedura proprio in ragione del fatto che la loro crisi non mette a repentaglio l'interesse pubblico alla stabilità.

È legittimo affermare che, nel caso di specie, il legislatore d'emergenza abbia voluto immettere una siffatta deroga al fine «precauzionale», ossia per garantire la positiva e celere definizione delle liquidazioni che potranno riguardare gli intermediari più piccoli, liberando il terreno da ogni possibile intralcio antitrust.

Detto in altre parole, ha reputato che l'acquisizione in deroga alle regole antitrust nazionali sia, per le procedure liquidatorie in questione, la soluzione in maggior misura capace di salvaguardare i numerosi interessi implicati in operazioni di tal genere (da quello dei lavoratori, a quello degli investitori, a quello dei consumatori), realizzando in tal modo una prevalente finalità di utilità sociale (Visco, 2018).

Una conclusione che in sé non dovrebbe meravigliare, atteso che la medesima Corte costituzionale ha chiarito nella sentenza Alitalia che le norme di tutela della concorrenza possono essere legittimamente derogate per motivi di utilità sociale preminente (Libertini, 2020).

Il problema nel caso di specie è che la deroga immessa, sebbene nata dall'emergenza pandemica, non ha un orizzonte temporale definito; altresì, come evidenziato dall'Autorità Antitrust, difetta del basilare requisito di proporzionalità dal momento che, in nome di altri interessi generali, rinuncia a ogni bilanciamento con i principi posti a caposaldo della libera concorrenza<sup>41</sup>, bilanciamento richiesto come fondamentale proprio dalla Corte costituzionale.

Inoltre, non possono sottacersi altri elementi di perplessità che attorniano la previsione *de qua*: il primo è che la sterilizzazione del controllo antitrust sembra crepitare con il sostegno pubblico del Mef di cui le procedure in questione già beneficiano per coprire l'eventuale deficit di cessione e incoraggiare la vendita dei compendi sul mercato (Minervini, 2020)<sup>42</sup>: la scelta di prevedere un simile supporto per il conferimento delle attività e passività della banca in dissesto non vuol dire affatto che, su un altro piano, l'operazione non debba essere valutata sulla base della (differente) disciplina delle concentrazioni. Il secondo elemento di perplessità nasce dalla considerazione che se le richiamate preminenti esigenze di utilità sociale sono adeguate a giustificare una simile deroga per le banche «minori», a fortiori quelle stesse esigenze potranno invocarsi domani per le banche «maggiori», il che apre la strada a una rischiosa breccia nei tradizionali presidi antitrust.

---

<sup>41</sup> Agcm, Segnalazione AS1684 «Osservazioni in merito alle disposizioni contenute nel Decreto Rilancio», 7 luglio 2020, in «Boll.», 28, 2020.

<sup>42</sup> Subordinatamente all'assenso della Commissione europea. Giova rammentare che, sempre allo scopo di assicurare l'uscita ordinata dal mercato di banche con attivo inferiore a 3 miliardi di euro, nell'aprile 2018 la Commissione europea ha approvato uno schema di intervento per la liquidazione delle banche italiane di minori dimensioni, in virtù del quale l'Italia è stata autorizzata (fino al 12 aprile 2019, ma il periodo è prorogabile) a erogare, previo burden sharing, aiuti di Stato tramite i sistemi di garanzia dei depositi riconosciuti (Sgd).

Dunque, vi è motivo di reputare che il rischio che la crisi economica innescata dal lockdown avrebbe presto investito gli intermediari più piccoli e più fragili ha spinto il legislatore a preparare in via precauzionale una deroga antitrust in aggiunta al sostegno pubblico, con il fine principale di «semplificare» le operazioni di cessione e sveltire l'ordinato espletamento delle procedure liquidatorie; è arduo confutare, tuttavia, che si sia approfittato dell'urgenza al fine di silenziare la voce della concorrenza, rimuovendo il controllo dell'Autorità Antitrust.

Un approdo che sembra essere discutibile in quanto, dal lato del legislatore, esso non equivale più a dare legittima priorità alle ragioni di breve periodo (tipiche del diritto della crisi) rispetto a quelle di lungo periodo (tipiche del diritto della concorrenza) (Guizzi, 2009), ma vuol dire disconoscere, anche se con riferimento a una fattispecie circoscritta, il peso e il ruolo conferito nell'ordinamento alle ragioni del mercato concorrenziale.

Non meno dubbi suscitano gli strappi causati nel sistema dalla norma contenuta nel c.d. decreto Agosto che, immessa nell'ambito di un provvedimento diretto a supportare le imprese e contrastare la pandemia, eccettua totalmente dai settori più colpiti dalla crisi. La deroga è diretta a incoraggiare l'acquisizione di imprese in crisi che operano in settori contrassegnati da elevata densità di manodopera o relativi a servizi di interesse economico generale: mentre in quest'ultimo caso la previsione può avere una sua credibilità, trattandosi di garantire la continuità nell'erogazione di servizi essenziali per i cittadini<sup>43</sup>, meno chiara appare la *ratio* della deroga nel primo caso: infatti, se la tutela del lavoro è la preoccupazione primaria del legislatore, l'elevata densità di manodopera non appare un *discrimen* così ragionevole, potendo assumere importanza nella prospettiva indicata anche altri fattori, a cominciare dal numero di occupati dell'impresa che si trova in stato di difficoltà.

Ancora meno chiara appare la correlazione del settore in questione con i «rilevanti interessi generali dell'economia nazionale», a meno di non concepire la formula legislativa nella sua accezione più vasta, generica e tautologica, diretta a coprire qualsiasi scelta del legislatore per il solo fatto di giungere dall'autorità politica.

Infine, si mostra arbitraria e illogica la condizione che l'impresa (acquisita) sia in perdita da tre anni. Sul punto deve rammentarsi che la Commissione europea, nell'allentare con

---

<sup>43</sup> Deve rilevarsi che la categoria dei servizi di interesse economico generale richiamata dalla disposizione è ben più ampia di quella alla base della norma c.d. salva-Alitalia, che faceva riferimento solamente a servizi pubblici essenziali.

il *Temporary Framework* il controllo degli aiuti di Stato, ha esplicitamente estromesso dall'accesso agli aiuti di Stato le imprese che al 31 dicembre 2019 potevano già qualificarsi come «imprese in difficoltà»: ciò, chiaramente, allo scopo di evitare l'eventualità che dell'iniezione di ingenti risorse pubbliche nel sistema potessero beneficiare imprese il cui deficit di liquidità e ricavi non fosse ascrivibile al blocco delle attività previsto al fine di far fronte alla pandemia (Maggiolino, 2020).

Ci si sarebbe aspettati identica coerenza nel contesto nazionale.

Vi sono adeguati elementi per sospettare che il legislatore non abbia voluto con la deroga in esame impedire la fuoriuscita dal mercato di imprese «sane» messe in crisi dalla pandemia, bensì abbia inteso servirsi della pandemia per rendere possibili operazioni che, in condizioni di normalità, stentatamente avrebbero potuto superare il vaglio antitrust<sup>44</sup> (Lanza, 2016).

Sotto diverso profilo, la norma viene segnalata perché, a dispetto dell'apparente intenzione di segnare una discontinuità con il recente passato (liquidazione delle banche venete) tutelando i poteri di controllo dell'Agcm, non permette concretamente alcuna compiuta valutazione antitrust dell'operazione. Per rendersene conto, basta considerare che la norma è costruita affinché l'Autorità, entro 30 giorni dalla comunicazione dell'operazione, sentito il parere del Mise e dell'Autorità di regolamentazione del settore, prescriva le misure comportamentali proposte dalle imprese con le modifiche e integrazioni da essa considerate essenziale a baluardo della concorrenza e dell'utenza, tenuto conto anche dalla sostenibilità dell'operazione.

Apparentemente, parrebbe un meccanismo simile a quello disposto dalla norma c.d. salva-Alitalia. Se ne diversifica per la previsione del parere del Ministero e dell'Autorità di regolamentazione, il cui rilascio si presta astrattamente a impedire la possibilità stessa di espletare l'istruttoria, atteso che (a meno di non ritenere il termine di legge ordinario) la sola espressione del parere impegna 20 giorni sui 30 previsti per il pronunciamento dell'Autorità.

Infine, last but not least, la norma inserisce un criterio di valutazione ambiguo («la sostenibilità complessiva dell'operazione»), che non si capisce in quale modo dovrebbe

---

<sup>44</sup> Il che ripropone, con forza, il problema di dare concretezza ed effettività alle ragioni di utilità sociale in nome delle quali vengono introdotte le norme eccezionali nell'ordinamento, posto che le stesse si prestano spesso ad essere utilizzate soltanto come grimaldello per realizzare obiettivi che di interesse generale non sono. In tale prospettiva, proprio il caso Alitalia, salvata nel 2008 con una sospensione delle regole antitrust, e oggi nazionalizzata, ne offre una testimonianza plastica.

essere calibrato dall'Autorità, a meno di non trasformare quest'ultima in un soggetto che compie valutazioni non tecniche bensì *lato sensu* politiche oppure che rientrano nell'alveo decisionale dell'impresa che pone in essere l'operazione.

Un aspetto positivo della norma, per lo meno se confrontata con quella sulla l.c.a. delle banche minori, risulta essere la temporaneità dell'eccezione, in maniera conforme a quanto richiesto dalla Corte Costituzionale; è altresì vero, d'altronde, che un arco temporale tanto ristretto (4 mesi) per porre in essere l'acquisizione in deroga, *a fortiori* se valutata alla luce dei requisiti irragionevoli richiamati, incrementa più di un sospetto circa il fatto che si tratti dell'ennesima norma-provvedimento.

Il sospetto si è trasformato in certezza con lo spirare del termine del 31 dicembre 2020, quando la sola operazione notificata all'Agcm ai sensi dell'art. 75 è stata la concentrazione Poste Italiane-Nexive, con la quale l'ex monopolista ha inteso acquisire il principale concorrente nel settore del recapito postale, salvandolo dalle acque in cui annaspava da ben prima della pandemia.

La vicenda conferma che la politica di concorrenza, per potersi radicare nel sistema e spiegare i propri benefici effetti, sia accompagnata da altre importanti politiche pubbliche, innanzitutto di protezione sociale, mediante un sistema di ammortizzatori che possano accompagnare l'uscita dal mercato di imprese in crisi strutturale, in modo da evitare la realizzazione di monopoli per conservare in vita posti di lavoro inefficienti e di agevolare così il recupero di produttività (Pezzoli, 2019; Pezzoli & Tonazzi, 2020).

## Bibliografia

- Amato, G. 2015. “Editoriale”, in *Merc. Conc. Reg.*, 1, 1.
- Argentati, A. 2006. “I salvataggi di banche italiane e l’Antitrust europeo”, in *Merc. Conc. Reg.*, 1, 131.
- Averardi, F. 2018. *Potere pubblico e politiche industriali*, Napoli: Jovene.
- Bindi, E. “Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d’Italia e Consob: un’anomalia del sistema italiano”, in *Riv. della regolazione dei mercati*, (2020).
- Bruti Liberati, E. “Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche”, in *Riv. della regolazione dei mercati*, n. 2, (2014): pp. 47 ss.
- Bruti Liberati, E. 2019. *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino: Giappichelli.
- Capriglione, F. 2007. *Concentrazioni bancarie e logica di mercato*, in E. Bani (a cura di), *Concentrazioni bancarie e tutela della concorrenza*, Padova: Cedam.
- Caringella, F. 2016. *Manuale di diritto amministrativo*, Roma: Carocci.
- Cassese, S. 1996. *Il posto dei poteri indipendenti nell’ordinamento*, in <https://www.agcm.it/dotcmsDOC/temi-e-problemi/tpES01S4.PDF>
- Cassese, S. 1999. *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino: Giappichelli.
- Cassese, S. “Dalle regole del gioco al gioco delle regole”, in *Mercato concorrenza regole*, (2002): pp- 265 ss.
- Cerulli Irelli, V. 2012. *Dalle agenzie europee alle autorità europee di vigilanza*, in M.P. Chiti E A. Natalini (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo*, Bologna: Il Mulino.
- Clarich, M. “Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?”, in *Riv. della regolazione dei mercati*, n. 1, (2018): pp. 2 ss.
- Clarich, M. “Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati”, in *Riv. della regolazione dei mercati*, (2020a): n. 2

- Contessa, C. 2018. *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, in IRPA, (2018).
- Durante, F. 2021. *Presunzione relativa di accountability della CONSOB in assenza di un giudice specializzato?*, in [https://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina%202004/accountability\\_consob.htm](https://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina%202004/accountability_consob.htm).
- Elster, J. 2000. *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment and Constraints*, Cambridge: Cambridge University Press, trad. it. *Ulisse liberato. Razionalità e vincoli*, Bologna: Il Mulino, 2004.
- Fingleton, J. 2009. “La politica di concorrenza in tempo di crisi”, in *Merc. Conc. Reg.*, 7 ss.
- Garofoli, R. Ferrari, G. 2017. *Manuale di diritto amministrativo*, Roma: Carocci.
- Ghezzi, F., Maggiolino, M.T. 2011. “Crisi di impresa e diritto antitrust”, in *Riv. Soc.*, 351 ss.
- Ghezzi, F., Zoboli L. 2020. “L’antitrust ai tempi del coronavirus: riflessioni sulle esperienze internazionali e sulle iniziative italiane”, in *Riv. Soc.*, 625 ss.
- Goisis, F. 2018. *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino: Giappichelli.
- Guizzi, G. 2009. “Concentrazione tra imprese e insolvenza (Appunti a margine del caso Alitalia)”, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 337 ss.
- Guizzi, G. 2018. *Il mercato concorrenziale. Problemi e conflitti*, Milano: Giuffrè, 155 ss.
- Lanza, E. 2016. “Concorrenza, iniziativa economica e utilità sociale: spigolature su principi e limiti tra ordinamento europeo e Costituzione italiana”, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 1, 89 ss.
- La Spina A. Majone, G. 2000. *Lo Stato regolatore*, Bologna: Il Mulino.
- Libertini, M. 2013. “Il diritto della concorrenza in tempi di crisi economica”, in *Odc*, 1.
- Libertini, M. 2020. *Concorrenza e crisi di impresa*, in «Rassegna Astrid», p. 6.
- Maggiolino, M.T. 2020. “Appunti sul ruolo delle banche al tempo del Covid-19”, in *Riv. Soc.*, 536.
- Manetti, M. 1994. *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano: Giuffrè.

- McCraw, T.K. 1984. *Prophets of Regulation*, Cambridge: Harvard University Press.
- Merusi, F. 2000. *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna: Il Mulino.
- Michetti, E. 2018. *Banche: La giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori inflitti dalla Banca d'Italia*, in nota a Cons. Stato, sez. VI, in <http://www.gazzettaamministrativa.it/servizicu/bancadatigari/viewnews/45be58330c9a2ac2bc408ec210820fab>.
- Minervini, V. 2018. *Insolvenza e mercato*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- Montedoro, G. “Le giurisdizioni e le autorità indipendenti”, in *Quaderni del CSM*, 2018.
- Morbidelli, G. “Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti”, in *Dir. amm.*, (2007): pp. 703 ss.
- Osti, C. 2008. “Alitalia: la dolorosa istoria”, in *Merc. Conc. Reg.*, 2008.
- Pellegrini, M. 2023. *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Padova: Cedam.
- Pericu, G. 1996. *Legittimazione costituzionale delle autorità amministrative indipendenti e politica della concorrenza*, in <https://www.agcm.it/dotcmsDOC/temi-e-problemi/tpES01S4.PDF>
- Pezzoli, A. 2020. “La politica della concorrenza ai tempi del virus e la rilegittimazione dell'intervento pubblico”, in *Merc. Conc. Reg.*, 1, 150.
- Pitruzzella, G. 2013. “La saga Alitalia e l'Autorità «sdoppiata»”, in *Merc. Conc. Reg.*, 1, 191.
- Pitruzzella, G. 2015. *Presentazione della Relazione annuale dell'Agcm*, Roma.
- Predieri, A. *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze: Passigli.
- Prosser, T. 1997. *Law and the Regulators*, Oxford: Clarendon Press.
- Ramajoli, M. “Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale”, in *Dir. Proc. Amm.*, (2006): pp. 80 ss.
- Ramajoli, M. 2010. *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. Bruti Liberati E F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino :Giappichelli.
- Schmitt, C. 1931. *Il custode della costituzione*, trad. it., Milano: Giuffré, 1981.

- Sclafani, F. Zanettini, L. 2010. *L'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas*, in G. P. Cirillo, R. Chieppa (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Milano: Wolters Kluwer.
- Screpanti, S. *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, (2007), pp.37-46.
- Stanghellini, L. 2010. “Caso Alitalia e procedure concorsuali”, in *Anal. Giur. Econ.*, 2.
- Stecchetti, L. 2008. “Law cost: le ripercussioni della legge salva-Alitalia”, in *Merc. Conc. Reg.*
- Tesauro, G. De Pasquale, P. “La BCE e la Corte di Giustizia sul banco degli accusati del Tribunale Costituzionale tedesco”, in *dUE*, (2020).
- Torchia, L. “La regolazione del mercato dei contratti pubblici”, in *Riv. della regolazione dei mercati*, n. 2, (2016): pp. 72 ss.
- Travi, A. “Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alla incentivazione ad attività economiche)”, in *Riv. della regolazione dei mercati*, n. 2, (2016): pp. 6 ss.
- Trimarchi Banfi, F. 2016. *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino: Giappichelli.
- Visco, V. 2018. “Banche e finanza dopo la crisi: lezioni e sfide”, in *Moneta e Credito*, 116 ss.