



EDITORIALE

Editoriale

Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze

di Margherita Ramajoli *

SOMMARIO: 1. La metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione. – 2. Le anomalie del modello dal punto di vista costituzionale. – 3. Le anomalie del modello dal punto di vista amministrativo. – 4. Evanescenza delle garanzie insite nella c.d. legalità procedimentale e la necessaria perdurante centralità della norma attributiva del potere.

1. La metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione

Il modello delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (Arera, Agcom, Art), ma, più in generale, il modello delle autorità amministrative indipendenti è ritenuto comunemente in crisi se non addirittura in declino. Una parabola che condurrebbe dal loro originario “erompere” (secondo la nota espressione di Predieri) negli anni Novanta del secolo scorso all’odierno e inarrestabile sfiorire¹.

Questa raffigurazione corrente è veritiera? Nel caso di risposta affermativa, è la spia di un fenomeno più generale nella relazione tra economia e diritto? C’è troppa politica o, di converso, c’è troppa poca politica? Si sta tornando a uno Stato imprenditore e sovvenzionatore oppure si sta andando verso l’affermazione di un liberalismo spinto con uno Stato leggero e minimo?

È presuntuoso cercare di dare risposte a queste domande, perché è difficile leggere il reale e individuare le tendenze in atto e ancora più difficile è prefigurare il futuro.

Il periodo attuale è attraversato da spinte contrapposte e ambivalenti, in maniera perfettamente coerente con uno scenario di fondo (politico, economico, sociale e, quindi, giuridico) che procede all’insegna dell’incertezza, stretto tra un accentuato interventismo pubblico e plurimi tentativi d’alleggerimento dei vincoli normativi e amministrativi².

* Professore ordinario di diritto amministrativo presso l’Università degli Studi di Milano Bicocca.

¹ Si fa qui riferimento al fortunato saggio di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; di “riflusso” parlava già nel 2005 M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 21 ss., il quale in uno scritto successivo (*La “mano visibile” dello Stato nella crisi economica e finanziaria*, in questa *Rivista*, n. 2/2015), manifestava maggiore ottimismo, definitivamente tramontato con le considerazioni svolte in *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello*, *ivi*, n. 1/2018.

² Si tratta di un contesto sicuramente non facile da leggere e da interpretare; da ultimo cfr. L. MORLINO-F. RANIOLO, *Come la crisi economica cambia la democrazia*, Bologna, 2018.

Così il legislatore, se, da un lato, ha talvolta restituito o attribuito per la prima volta ai Ministri di settore poteri un tempo affidati alle Autorità di regolazione³, dall'altro, ha notevolmente ampliato l'ambito di competenze di queste ultime. In particolare, il campo d'azione dell'Arera si è espanso dai primigeni settori dell'energia elettrica e del gas naturale alla materia dei servizi idrici e al ciclo dei rifiuti, all'Agcom sono stati assegnati compiti di regolazione del settore postale e infine il legislatore ha abbandonato l'originario intento di assegnare le funzioni di autorità di trasporti a una autorità indipendente già esistente decidendo di optare per l'istituzione di un'autonoma Autorità⁴.

Inoltre, alzando lo sguardo a livello sovranazionale, il modello delle Autorità di regolazione si è nel tempo rafforzato, con l'istituzione di regolatori europei e, nello specifico ambito dei servizi nazionali di pubblica utilità, di consorzi o reti di regolatori nazionali⁵.

È indubbio che tutti questi siano segnali non di un declino, bensì di un consolidamento del modello della regolazione tramite autorità indipendenti. Semmai, assieme al consolidamento del modello, è emersa anche la consapevolezza dei limiti che esso presenta.

I limiti sono dovuti principalmente a un difetto di partenza e cioè alla originaria sopravvalutazione del modello. Il legislatore ha affidato inizialmente alle Autorità una sorta di mandato totalizzante, una delega integrale di poteri regolatori in determinati settori. Mandato non solo totalizzante, ma anche salvifico, sulla base del presupposto implicito che la sola presenza di una Autorità di regolazione sia sufficiente a condurre i servizi nazionali di pubblica utilità in un ambito di concorrenza ed efficienza⁶.

Del resto, su di un piano generale ogniqualvolta compare un modello organizzativo pubblico inedito, in un primo momento la tendenza è porsi di fronte alla novità con sorpresa, con entusiasmo, oppure, in maniera diametralmente opposta, con rifiuto (e sulla particolare reazione di rifiuto si tornerà al paragrafo successivo), in ogni caso con reazioni forti. Poi con il passare del tempo il modello penetra e viene assorbito nel tessuto ordinamentale⁷.

Così attualmente stiamo assistendo a un consolidamento e una metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione, mentre le originarie alte aspettative nei suoi riguardi sono state ragionevolmente ridimensionate.

³ Invero il fenomeno non è nuovo; cfr. M. DE BELLIS, *L'erosione dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Rass. giur. en. el.*, 2004, p. 401 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, p. 196 ss.

⁴ Sulle recenti tendenze legislative nazionali cfr. G. NAPOLITANO, *Il decreto "salva Italia"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 229 ss.

⁵ Sulla rete di regolatori europei cfr. V. CERULLI IRELLI, *Dalle agenzie europee alle autorità europee di vigilanza*, in M.P. CHITI-A. NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2012, p. 137 ss.; E. CHITI, *European Agencies' Rulemaking, Powers, Procedures and Assessment*, in *European Law Journal* (2013), p. 93 ss.

⁶ Il profilo è sottolineato da G. NAPOLITANO, *Il decreto "salva Italia"*, cit., e, ancora prima, da A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, pp. 142-166. L'illusione circa il carattere salvifico del modello non è stata solo italiana; cfr. R. BALDWIN e C. MCCRUDDEN, *Regulation and Public Law*, London, 1987; C. TEITGEN-COLLY, *Les autorités administratives indépendantes: histoire d'une institution*, in C.A. COLLIARD-G. TIMSIT (a cura di), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, 1988.

⁷ Si pensi a quanto accaduto con il modello degli enti pubblici diversi dallo Stato; sul punto cfr. V. CERULLI IRELLI-G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991.

2. Le anomalie del modello dal punto di vista costituzionale

Dato questo contesto alcune questioni problematiche che il modello delle Autorità di regolazione porta con sé sono da considerarsi attualmente superate dopo avere suscitato un ampio dibattito nel passato, mentre altre continuano a riproporsi, sia pure con accenti diversi.

In particolare, il dibattito sulla legittimità costituzionale delle Autorità è ora ridimensionato almeno per due ordini di ragioni.

Il primo affonda le proprie radici nel diritto dell'Unione europea, che nella sua disciplina derivata e in particolare nelle varie direttive di liberalizzazione nei settori di pubblica utilità, prevede e quindi legittima le Autorità di regolazione imponendo il recepimento del modello da parte degli ordinamenti nazionali. Pertanto, i vincoli posti dal diritto europeo, in ragione del richiamo operato dall'art. 117, comma 1, Cost., consentirebbero di trovare una soluzione al problema della legittimazione costituzionale delle autorità di regolazione⁸.

In secondo luogo un fondamento costituzionale per le autorità indipendenti è stato ravvisato anche a Costituzione invariata, ritenendosi conseguentemente superata la necessità di una previsione costituzionale espressa intesa a contemplare direttamente questi soggetti. In particolare l'art. 97 Cost. con il suo richiamo al principio d'imparzialità è stato considerato riferimento idoneo a fondare la compatibilità a Costituzione delle Autorità⁹. Del resto, dalla Carta costituzionale non è ricavabile un modello unitario di pubblica amministrazione identificabile solo ed esclusivamente con l'art. 95 Cost. e inoltre l'art. 98 Cost. sancisce che i pubblici funzionari sono al servizio esclusivo non tanto del Governo quanto piuttosto della Nazione¹⁰.

Se la questione della specifica copertura costituzionale delle Autorità di regolazione può dirsi posta non più drammaticamente, tuttavia il carattere non elettivo né responsabile politicamente delle Autorità, specie se accompagnato da un mandato legislativo impreciso, costituisce un elemento comunque problematico, difficilmente superabile solo in virtù di garanzie procedurali rinforzate e della sottoposizione a sindacato giurisdizionale delle decisioni delle Autorità stesse¹¹. In ogni caso resta l'anomalia di avere un soggetto che è contemporaneamente competente a fissare una regola ed a controllarne il rispetto, come ad esempio è emerso in maniera particolarmente eclatante nel caso del regolamento n. 680 del 2013 a tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica adottato dall'Agcom, in merito al quale sarà necessario svolgere poi qualche ulteriore considerazione.

⁸ Cfr. in generale S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, p. 947 ss., spec. p. 964 ss.; nondimeno anche a livello europeo si discute della relazione problematica tra autorità di regolazione e principi democratici; cfr. L. CUOCOLO, *Constitutional principles and the European banking union: what's gone wrong?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2018, p. 1011 ss.

⁹ Cons. Stato comm. spec., 29 maggio 1998, in *Foro amm.*, 1999, p. 414 ss.

¹⁰ M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, p. 1845 ss.; da ultimo cfr. anche M. LIBERTINI, *Autorità indipendenti e giurisdizione (con particolare riferimento all'Autorità Garante della Concorrenza)*, in *www.astrid-online.it*.

¹¹ Sulla imprecisione del mandato legislativo e sulle presunte compensazioni tra deficit di legittimazione democratica e di legalità sostanziale, da un lato, e garanzie partecipative, dall'altro, si rinvia *infra*, par. 4.

Sempre a livello costituzionale si è posta la questione della legittimazione delle autorità indipendenti ad essere parte di un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato oppure a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale davanti alla Consulta. A tal riguardo l'orientamento della Corte costituzionale è nettamente e costantemente negativo.

La Corte ha sempre mantenuto ferma nel tempo la sua giurisprudenza che nega alle autorità la legittimazione ad essere parte nei conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato. Così l'ordinanza n. 137 del 2000 ha affermato che le attribuzioni dell'Agcom sono disciplinate da legge ordinaria e “non assumono uno specifico rilievo costituzionale né sono tali da giustificare – nonostante la particolare posizione di indipendenza riservata all'organo nell'ordinamento – il riferimento all'organo stesso della competenza a dichiarare in via definitiva la volontà di uno dei poteri dello Stato”¹².

Parimenti la Corte è ferma nel giudicare manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata in via incidentale da un'autorità indipendente, in quanto proposta da un soggetto privo di legittimazione. Recente è la sentenza n. 13, che ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità sollevate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato in quanto essa non è configurabile come giudice¹³.

Vero è che nel corso del tempo la Corte ha considerato legittimati a sollevare questioni di legittimità costituzionale anche organi non incardinati in un ordine giudiziario, in virtù di un'interpretazione elastica delle nozioni di giudice e di giudizio¹⁴. Tuttavia l'ampliamento della legittimazione è avvenuto sempre in presenza dell'essenziale requisito della terzietà, che si è invece ritenuto mancante in capo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Come ha osservato in maniera del tutto condivisibile la Corte, l'Autorità antitrust – ma il ragionamento è ben estensibile a tutte le Autorità indipendenti, comprese quelle di regolazione – è parte resistente nei giudizi aventi ad oggetto l'impugnazione dei suoi provvedimenti, visto che questi ultimi sono tutti sottoposti al vaglio del giudice amministrativo, e sussiste una “ontologica incompatibilità tra la posizione di giudice e di parte processuale nel giudizio avverso i propri provvedimenti”. Del resto, la veste processuale di parte riflette la natura del potere attribuito all'Autorità, che, a detta del giudice costituzionale, è “una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco”.

Pertanto, secondo la Corte costituzionale le Autorità indipendenti e, per quanto qui rileva, le Autorità di regolazione non sono assimilabili ai giudici, dal momento che è la loro attività a non essere ritenuta assimilabile a quella giurisdizionale. Va poi notato per inciso – purtroppo questo profilo non può essere qui affrontato perché condurrebbe troppo lontano – che la Corte costituzionale si spinge ulteriormente in là nel suo inquadramento delle Autorità in questione e tende ad assorbirle all'interno dell'amministrazione pubblica di tipo tradizionale. Infatti, per il giudice costituzionale esse, “al pari di tutte le amministrazioni”, sono portatrici di “un interesse pubblico specifico” e non

¹² Corte Cost., ord. 12 maggio 2000, n. 137, ma cfr. anche ord. 2 giugno 1995, n. 226, con riferimento al Garante per la radiodiffusione e l'editoria, di cui l'Agcom costituisce un'evoluzione.

¹³ Corte Cost., 31 gennaio 2019, n. 13.

¹⁴ A far data da Corte Cost., 18 novembre 1976, n. 226, con riferimento alle sezioni di controllo della Corte dei conti, per arrivare più di recente a Corte Cost., 12 ottobre 2017, n. 213, per quanto riguarda la Commissione giurisdizionale per il personale della Camera dei deputati.

sono “in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale”¹⁵.

3. Le anomalie del modello dal punto di vista amministrativo

Passando dal piano costituzionale al piano amministrativo, i tratti di novità, originalità e conseguentemente di problematicità insiti nella funzione di regolazione demandata alle Autorità di regolazione si riflettono inevitabilmente sui caratteri degli atti emanati dalle stesse. Questi ultimi non sempre obbediscono al principio di tipicità, né sempre hanno una sicura natura provvedimentoale, stretti tra l'essere provvedimenti veri e propri, meri atti o atti generali, e, infine, talvolta concorrono, su un piano di tendenziale parità, con gli atti adottati dal giudice ordinario.

Per ciascuno di questi aspetti problematici possono essere utili delle esemplificazioni. Quanto al mancato rispetto del principio di tipicità, si pensi al non facile inquadramento del parere rilasciato dall'Art la cui inosservanza da parte del Comune fa sorgere una speciale legittimazione ad agire dell'Autorità stessa davanti al TAR del Lazio avverso l'atto comunale sui livelli di prestazione del servizio taxi che a tale parere non si adegui (art. 37, d.l. n. 201/2011, conv. in legge n. 214/2011, come modificato dall'art. 36, d.l. n. 1/2012, conv. in legge n. 27/2012). Del parere tradizionale l'atto in questione non ha neppure l'ombra, mentre condivide molti tratti con l'altrettanto anomalo parere-diffida emesso dall'Autorità antitrust, la cui mancata conformazione da parte della pubblica amministrazione reputata avere emanato atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti ritenuti lesivi della concorrenza consente all'Autorità stessa di agire davanti al giudice amministrativo nei confronti di tali atti (art. 21-*bis* della legge n. 287/1990)¹⁶.

Con riferimento alla difficoltà di distinguere i provvedimenti amministrativi delle Autorità rispetto ai meri atti, si considerino le lettere di sollecito delle maggiorazioni da ritardato pagamento delle sanzioni pecuniarie, qualificate dal giudice amministrativo in senso provvedimentoale, al dichiarato scopo di evitare il frazionamento di una stessa materia tra plessi giurisdizionali diversi¹⁷.

¹⁵ Corte Cost., 31 gennaio 2019, n. 13, punti 6 e 8 del Considerato in diritto. Perplexità sulla possibilità di considerare l'Agcm come giudice *a quo* erano state espresse da M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come “giudice a quo” nei giudizi di costituzionalità*, e da M. LIBERTINI, *Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 (proc. 1803) dell'AGCM*, entrambi in *www.federalismi.it*, n. 14/2018. La nozione di funzioni pubbliche neutrali, caratterizzate “dalla provenienza dell'attività da un organo in posizione d'indipendenza” e “dalla collocazione dell'attività stessa in una posizione di estraneità e di indifferenza assoluta rispetto agli interessi al cui regolamento è diretta” si deve ad A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, vol. II, p. 261 ss., spec. p. 271.

¹⁶ Cfr. M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. 287/90*, in *Conc. Merc.*, 2013, p. 865 ss.; di recente anche l'Anac è stata dotata del potere di emettere un parere-diffida qualora ritenga che una stazione appaltante abbia emanato un provvedimento viziato da gravi violazioni del codice dei contratti pubblici e pure in questa ipotesi la mancata osservanza del parere consente all'Anac di presentare ricorso davanti al giudice amministrativo (art. 211, comma 1-*ter*, del codice dei contratti pubblici).

¹⁷ Cons. Stato, VI, 28 gennaio 2016, n. 289, che ha così respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sollevata sulla base del presupposto che la controversia fosse relativa a diritti soggettivi patrimoniali, devoluta all'ambito di giurisdizione del giudice ordinario.

Per quanto riguarda poi l'indistinzione tra atti generali e atti puntuali, con la conseguente difficoltà di individuare il relativo regime, si pensi a una delibera dell'Arera destinata a produrre effetti tariffari nei confronti della generalità degli utenti del sistema elettrico, ma che al tempo stesso privi il Gestore del sistema elettrico di un provento dell'attività di vendita di ramo d'azienda e quindi presenti anche un carattere afflittivo per quest'ultimo. Mentre il giudice di primo grado ha ritenuto che l'avvio del procedimento di adozione di tale delibera avrebbe dovuto essere comunicato personalmente alla società, avendo inquadrato la delibera all'interno degli atti provvedimenti¹⁸, il Consiglio di Stato invece ha qualificato la delibera come atto generale tariffario, esonerando quindi l'Autorità dal comunicare l'inizio del relativo procedimento¹⁹.

Quanto agli atti dell'Autorità non immediatamente distinguibili da quelli adottati dal giudice ordinario, vengono qui in rilievo gli atti emanati all'esito di una procedura alternativa di risoluzione delle controversie. Il giudice amministrativo non ha esitato a definire tale procedura, come ad esempio quella contemplata all'art. 23 del Codice delle Comunicazioni, alla stregua di strumento effettivamente "alternativo a quello giurisdizionale di cui condivide gli obiettivi", precisando poi che l'Autorità di regolazione in tale ipotesi "non esercita funzioni amministrative ma paragiurisdizionali, assumendo il ruolo di un vero e proprio giudice di una controversia, di tal che l'intero procedimento che si svolge dinanzi ad Agcom segue le regole del procedimento paragiurisdizionale e non amministrativo"²⁰.

Il parallelismo con gli atti del giudice ordinario talvolta si spinge a un livello molto elevato, essendo stato introdotto un vero e proprio meccanismo di tutela a doppio binario. In particolare, per la protezione del diritto d'autore *on line* il già menzionato regolamento dell'Agcom n. 680/2013 ha previsto, da un lato, il tradizionale rimedio inibitorio esperibile davanti al giudice ordinario, dall'altro, un *public enforcement* che si concretizza nell'adozione da parte dell'Agcom d'ordini di cessazione della violazione del diritto d'autore e di rimozione dei contenuti pregiudizievoli (artt. 5 ss.).

A differenza di quanto accade nella disciplina antitrust, in cui il *public enforcement*, attivabile d'ufficio, è disciplinato come tutela non alternativa, ma complementare a quella offerta dal giudice ordinario, in quanto posta a protezione di interessi differenti²¹, nel caso della tutela del diritto d'autore *on line* l'intervento dell'Autorità di regolazione è configurato non come complementare, bensì come propriamente alternativo a quello giurisdizionale. Infatti il procedimento davanti all'Autorità e il procedimento di fronte al giudice ordinario hanno

¹⁸ TAR Lombardia, Milano, IV, 16 gennaio 2007, n. 39, ritenendo che la partecipazione della società al procedimento "può far rilevare elementi, di fatto e di diritto, che inducano l'amministrazione a recedere dall'adozione dell'atto finale o a modificarne il dichiarato intendimento".

¹⁹ Cons. Stato, VI, 20 gennaio 2009, n. 258, secondo cui "la circostanza che il mercato in oggetto sia *ratione naturae* ristretto e che il provvedimento stesso, in ultima analisi, finisca per produrre effetti nei confronti di soggetti determinati e preconoscibili, non può condizionarne l'apprezzamento sino ad obliarne la natura di atto generale ed in senso impositivo di un obbligo che *ex lege* non sussiste".

²⁰ TAR Lazio, I, 10 novembre 2015, n. 12703; TAR Lazio, III-ter, 7 dicembre 2006, n. 14517, che dall'inquadramento in questione ha tratto una precisa conseguenza in punto di disciplina. Infatti il giudice amministrativo ha affermato che "perché sia Fastweb che Telecom Italia possano partecipare attivamente al procedimento paragiurisdizionale ad armi pari è giusto che siano entrambe poste in condizione di conoscere la documentazione di controparte, che sarà utilizzata dal Consulente tecnico d'ufficio per giungere alla determinazione finale".

²¹ Sul punto, se si vuole, M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998.

il medesimo oggetto, sono entrambi attivati su istanza di parte e quindi posti in essere per la tutela di medesime situazioni giuridiche soggettive a carattere disponibile²².

Vi è però un ulteriore elemento di problematicità, che poco si armonizza con la costante affermazione del giudice amministrativo secondo cui le Autorità di regolazione esercitano funzioni non amministrative ma para-giurisdizionali allorché emettono decisioni di risoluzione delle controversie. Infatti il legislatore, sia europeo, sia nazionale, prevede espressamente che le Autorità di regolazione anche nella loro attività di risoluzione delle controversie debbano perseguire gli obiettivi generali della regolazione²³. Ne discende che gli atti puntuali di risoluzione delle controversie, pur avendo un ambito soggettivo di applicazione limitato alle sole parti coinvolte, possono tradursi in vere e proprie raccomandazioni rispettate dall'intero settore in virtù dell'effetto c.d. di *moral suasion*, assumendo una funzione generale di tipo regolatorio (*regulation by litigation*)²⁴.

Di conseguenza, l'inquadramento amministrativo delle funzioni delle Autorità di regolazione risulta non solo predominante, ma anche assorbente, nonché perfettamente coerente con la sopra illustrata rappresentazione offerta dalla Corte costituzionale.

4. Evanescenza delle garanzie insite nella c.d. legalità procedimentale e la necessaria perdurante centralità della norma attributiva del potere

Un profilo problematico sempre accompagna e sempre accompagnerà l'attività delle Autorità di regolazione. Esso riguarda la difficoltà di individuazione puntuale della norma attributiva dei poteri che trovano poi manifestazione tangibile negli atti in concreto adottati.

Vi è un rapporto spinoso tra regolazione e legislazione: la regolazione è disciplina non solo in divenire, ma propriamente da costruire, che procede per via di assestamenti successivi, assecondando e incanalando un processo economico dinamico e tendenzialmente anarchico²⁵. La regolazione incarna un modello di "giuridicità camaleontica, dal carattere spiccatamente adattativo e teleologico, chiamata a servire i mutevoli bisogni del mercato"²⁶. Con parole diverse, "non vi è alcuna staticità nell'azione regolatoria", "quanto piuttosto

²² Anche se il parallelismo non è perfetto, perché, qualora sia stata adita l'autorità giudiziaria l'istanza all'Agcom sarà improcedibile, mentre lo stesso non vale nell'ipotesi inversa (art. 11), e soprattutto perché avverso i provvedimenti dell'Autorità è dato ricorso davanti al giudice amministrativo (art. 17). In tema cfr. B. TONOLETTI, *La tutela della proprietà intellettuale tra giurisdizione e amministrazione*, in *AIDA*, 2013, p. 335 ss.

²³ Cfr. ad esempio, nel settore delle comunicazioni elettroniche, art. 9, comma 5, direttiva n. 97/33/CE; artt. 23 e 42, comma 5, del Codice delle Comunicazioni.

²⁴ Dalla premessa per cui "la tutela giustiziale partecipa anche alla finalità di interesse pubblico attinente al perseguimento della piena funzionalità del settore regolato", il TAR Lombardia, Milano, II, 9 gennaio 2017, n. 36, ha tratto la conseguenza in base alla quale "è ragionevole che, laddove l'Autorità (Arera), per quel medesimo fine, abbia attivato l'esercizio dei suoi poteri officiosi – ben più pregnanti, in quanto non limitati allo spettro di una singola controversia – il rimedio giustiziale sia ... archiviato".

²⁵ Cfr. B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in questa *Rivista*, n. 1/2014.

²⁶ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, p. 91 ss.

un'evoluzione attenta alle mutate condizioni del mercato"²⁷.

La questione relativa alla difficoltà di individuazione puntuale della norma attributiva dei poteri è dunque fisiologica, perché le Autorità di regolazione operano in base a un dettato normativo laconico per natura. Come è noto, la legge n. 481/1995 è stata definita dalla giurisprudenza (costituzionale, di cassazione, amministrativa) "legge d'indirizzo" basata su "prognosi incerte" e "rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere", "inscritto in clausole generali o concetti generali che spetta all'Autorità concretizzare". Con la conseguenza che la "natura della copertura legislativa" è "adeguata" alla "peculiarità dei poteri" esercitati dall'Autorità²⁸.

È la logica stessa della regolazione ad invocare un costante intervento giudiziale di precisazione dei confini del potere di regolazione. Infatti fondamentale è il ruolo del giudice nel tracciare ambiti e limiti degli atti, generali e puntuali, di regolazione, visto che essi non sono previsti in maniera sostanziale dal legislatore.

In questo contesto, la giurisprudenza si è trovata a spezzare lo stretto legame tradizionalmente esistente tra finalità istituzionali contemplate dalla legge e strumenti tipici per realizzarle, con un'interpretazione del principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi attento alle peculiarità dell'amministrazione titolare del potere²⁹.

Ma soprattutto il giudice, di fronte a un dettato legislativo che "non indica nei dettagli il relativo contenuto, né descrive in modo prescrittivo le condizioni e i limiti di esercizio della relativa attività"³⁰, ha talvolta ravvisato la fonte attributiva del potere dell'Autorità in una "lettura sistematica" delle varie normative del settore.

Emblematico a tal proposito quanto avvenuto con riferimento al più volte menzionato regolamento n. 680/13/CONS dell'Agcom in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

Il regolamento in questione ha generato un enorme contenzioso, giunto anche davanti alla Corte costituzionale. Quest'ultima, pur avendo dichiarato inammissibili le questioni sollevate, in ragione dell'ambiguità nella formulazione del *petitum*, ha precisato in un *obiter* che nessuna norma di legge, in sé considerata, "dispone specificamente l'attribuzione all'autorità di vigilanza di un potere regolamentare qual è quello esercitato con l'approvazione del regolamento"³¹. Ma il giudice amministrativo, al quale è così ritornata la que-

²⁷ TAR Lombardia, Milano, II, 13 maggio 2014, n. 1245.

²⁸ Cfr., per tutte, Cons. Stato, VI, 17 ottobre 2005, n. 5827.

²⁹ Cfr. anche la risalente, ma sempre attuale, vicenda decisa da TAR Lombardia, Milano, II, 11 maggio 2002, n. 2027, e, in appello, da Cons. Stato, VI, 8 settembre 2003, n. 4910; secondo il giudice amministrativo l'ordine ad una società di porre fine a comportamenti lesivi nei confronti dei produttori di energia elettrica richiedenti allacciamento alla rete di distribuzione di energia elettrica di proprietà della società ricorrente e in gestione alla stessa costituisce un provvedimento che, lungi dal violare il principio di tassatività delle potestà autoritative dell'amministrazione, costituisce uno strumento per il perseguimento delle funzioni di vigilanza sul settore elettrico (art. 2, comma 12, lett. c), della legge n. 481/1995). Di conseguenza legittimamente l'Autorità, "piuttosto che esercitare la potestà tariffaria di cui pure è astrattamente attributaria, ha adottato ... un provvedimento rientrante nelle funzioni di vigilanza sul settore elettrico, imponendo ad un operatore di tale settore la cessazione di un comportamento contrastante con la normativa di riferimento siccome da essa Autorità interpretata".

³⁰ Cons. Stato, VI, 20 marzo 2015, n. 1532.

³¹ Corte Cost., 3 dicembre 2015, n. 247, punto 4.2 del Considerato in diritto; su tale decisione cfr. A. GIANNELLI, *La tutela amministrativa del diritto d'autore on line*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 345 ss.; sulla tematica in generale cfr. M. RENNA, *Le questioni di legittimità del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore on line*, in *AIDA*, 2014, p. 111 ss.

stione, ha ravvisato il fondamento del potere dell'Agcom di regolazione del diritto d'autore su internet in una "visione sistematica delle norme" del settore, aderendo a una nozione oltremodo allargata di norma attributiva del potere³².

La posizione giurisprudenziale suscita qualche perplessità, a maggior ragione se si considera che l'assenza di una chiara predeterminazione legislativa ha riguardato non solo il potere regolamentare dell'Agcom in materia, ma anche il potere interdittivo e ordinatorio³³ fondato su tale regolamento e che è sempre di spettanza della stessa Autorità.

Il fenomeno richiama la teoria dei poteri impliciti, la cui conformità a Costituzione non è affatto pacifica, specie nell'ipotesi d'esercizio di poteri regolatori di tipo non generale, bensì puntuale³⁴.

In questo contesto problematico ha cominciato a farsi strada in giurisprudenza l'idea di ritenere compensabile la caduta o dequotazione del principio di legalità in senso sostanziale (o, in altri termini, la difficoltà d'individuazione della norma attributiva del potere delle Autorità di regolazione) con un rafforzamento della "legalità procedurale". Legalità procedurale declinata nel caso di atti amministrativi generali sulla base del modello statunitense c.d. *notice and comment*, in cui a tutti gli interessati è garantita l'opportunità di partecipare alla creazione della disciplina, mentre nel caso di atti amministrativi puntuali sotto forma di contraddittorio rafforzato³⁵.

Così da oltre una decina di anni ricorre in giurisprudenza l'affermazione che 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"³⁶.

La garanzia procedimentale è stata caricata del ruolo di legittimazione delle Autorità, come se potesse compensare l'indeterminatezza dei contenuti sostanziali della legge e l'assenza di responsabilità e di soggezione delle Autorità stesse nei confronti del Governo.

Di recente anche la Corte costituzionale ha aderito a questa impostazione, come mostrato dalla vicenda relativa alla procedura di definizione del contributo dovuto all'Art. La Consulta è stata chiamata dal TAR Piemonte a pronunciarsi sulla disposizione che prevede un potere impositivo in capo all'Art per il suo finanziamento. Il contributo previsto dal legislatore e richiesto ai gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati costituisce una prestazione patrimoniale imposta e in questa logica il TAR Piemonte ha sollevato questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 23 Cost. (oltre che degli artt. 2, 41

³² TAR Lazio, Roma, I, 30 marzo 2017, nn. 4100 e 4101, su cui le note critiche di P. PANTALONE, *L'arbitro delle controversie sul diritto d'autore online supera il vaglio del giudice amministrativo. Nota a Tar Lazio, sez. I, 30 marzo 2017, n. 4101*, in www.medialaws.eu.

³³ Ordini ai prestatori di servizi di *hosting* di rimozione selettiva delle opere digitali rese disponibili in maniera illecita e di disabilitazione dell'accesso al sito.

³⁴ Cfr., per tutti, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 703 ss.

³⁵ Cfr., tra le tantissime, Cons. Stato, VI, 24 maggio 2016, n. 2182; VI, 20 marzo 2015, n. 1532; VI, 2 maggio 2012, n. 2521; VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; VI, 17 ottobre 2005, n. 5827; in primo grado TAR Lombardia, Milano, II, 6 settembre 2016, n. 1629.

³⁶ Cons. Stato, VI, 20 aprile 2006, n. 2206.

e 97 Cost.), perché imporrebbe una prestazione patrimoniale sulla base di una previsione legislativa insufficientemente determinata³⁷.

Ma la Corte costituzionale con la decisione n. 69/2017 ha ritenuto la questione non fondata, facendo leva su due distinte argomentazioni che riprendono le tesi sopra viste della giurisprudenza amministrativa maggioritaria.

Da una parte, la Corte, in mancanza di una puntuale norma attributiva del potere, ha preso in considerazione l'intero contesto normativo, di cui ha fornito una lettura sistematica. Essa ha quindi ritenuto che la riserva di legge fosse stata rispettata perché "il potere impositivo della Autorità trova – nella disposizione censurata e nelle altre norme pertinenti, anche di principio – limiti, indirizzi, parametri e vincoli procedurali complessivamente adeguati ad arginarne la discrezionalità"³⁸.

Dall'altra, la Corte ha fatto propria la "declinazione procedurale del principio di legalità": "la possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale ... ai fini della valutazione del rispetto dell'art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti", "quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica". In questi casi "la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative" comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, "se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti"³⁹.

Quindi, secondo questa ricostruzione, anche laddove venga in rilievo la riserva di legge contemplata dall'art. 23 Cost. e quindi anche laddove vengano in rilievo provvedimenti individuali di tipo impositivo, la legalità procedimentale è in grado di sopperire alla scarsa disciplina legislativa e pure regolamentare.

Non solo. Nel caso di specie la valorizzazione della legalità procedurale è particolarmente spinta: la disposizione impugnata non aveva previsto una partecipazione procedimentale e neppure il regolamento dell'Art per svolgimento dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'Art aveva richiesto forme di coinvolgimento per la determinazione del contributo volto a finanziare l'Autorità stessa, ma solo l'iniziativa spontanea dell'Autorità aveva portato a coinvolgere le categorie interessate mediante consultazioni.

Tuttavia, a prescindere dal fatto che la garanzia procedimentale risulta evanescente se si ritiene che "il semplice mancato accoglimento delle prospettazioni avanzate dagli *stakeholders*, oltre a non richiedere una specifica confutazione per ciascuna di esse, neppure ridonda di per sé in eccesso di potere"⁴⁰, un'eccessiva enfasi sulla legalità procedimentale rischia di depotenziare la centralità che invece deve continuare a possedere la norma attributiva del potere nel nostro ordinamento democratico.

³⁷ TAR Piemonte, II, ord. 17 dicembre 2015, n. 1746.

³⁸ Corte Cost., 22 febbraio 2017, n. 69, punto 7.3 del Considerato in diritto.

³⁹ Corte Cost., 22 febbraio 2017, n. 69, punto 7.2 del Considerato in diritto. Sulla pronuncia cfr. B. CAROTTI, *La Corte costituzionale torna sul finanziamento delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, p. 55 ss.; M. PICCHI, *Partecipazione e legalità procedurale nella sentenza della Corte costituzionale sul controllo per il finanziamento dell'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Quad. cost.*, 2017, p. 913 ss.

⁴⁰ Così, tra le tante, TAR Lombardia, Milano, III, 3 gennaio 2011, n. 1, cit.

In conclusione, quanto si è tentato di illustrare mostra che, nonostante il modello delle Autorità di regolazione sia stato metabolizzato dal nostro ordinamento giuridico, nonostante in concreto le Autorità siano state messe in grado di funzionare in virtù della tendenza ad adattare e calibrare la disciplina dei loro atti alle peculiarità del loro mandato, nonostante la loro attività sia stata supportata da un'interpretazione che colma in via suppletiva le lacune normative, alcuni problemi che il modello porta con sé non potranno mai considerarsi definitivamente chiusi.